

Contrato de "Engineering" (*)

CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA
Catedrático de Direito Civil da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A estrutura do contrato de "engineering". 3. O adimplemento do contrato de "engineering". 4. Conclusão.

1. Introdução

Nas últimas décadas, começou a aparecer no direito brasileiro, no princípio timidamente, depois sempre com maior ousadia, o termo contrato de *engineering*. Esse contrato, que se poderia traduzir para o português como "contrato de engenharia", se distinguia de outros contratos em que se fazia a aplicação dos conhecimentos específicos de engenharia civil denominados de contratos de construção. Como o desenvolvimento urbano, e o crescimento das cidades, procurou-se regular os condomínios e as "incorporações imobiliárias"¹ e a garantir os adquirentes de apartamentos e casas. Esses contratos, antes da legislação específica sobre incorporações, obedeciam a regras, aliás muito gerais, do Código Civil relativas ao contrato de empreitada (Cód. Civil, arts. 1.257 e 1.247), que não atendiam às necessidades de nossos tempos. Os condomínios e o contrato de incorporação, referentes a obras de engenharia civil, foram regulados, minuciosamente, em lei, não sucedendo o mesmo com a construção de obras de grande porte, em que se associam não só as construções civis mas, também, equipamentos elétricos e mecânicos, em que a regulamentação atinge apenas a certos aspectos. Esses contratos de grandes obras e equipamentos industriais obedecem, assim, a modelos contratuais praticamente iguais, podendo dizer-se que se estabeleceu uma tipologia resultante das necessidades comumente aceitas nestes tipos de construções.

Para observar melhor a forma com que esses contratos se desenvolveram entre nós, seria necessário mencionar que, nos fins da década de 1960 e na de 1970, manifestou-se, em todo o mundo, uma tendência ao protecionismo, que se refletiu, no direito brasileiro, especialmente em matéria de contrato de *engineering*. Por esse motivo, editou-se o Decreto n.º 64.345, de 10 de abril de 1969, que regulou a contratação de empresas estrangeiras na prestação de serviços de consultoria técnica e engenharia.

* Conferência proferida na Universidade Católica Portuguesa, no Centro Regional do Porto, por ocasião do Congresso sobre "Contratos: Actualização e Evolução", de 27 a 31 de novembro de 1991.

1 Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

determinando (art. 1.º) que estes contratos, com a Administração Federal, direta ou indireta, só poderiam ser realizados se não houvesse empresa brasileira devidamente constituída para o desempenho desses serviços. A seu turno, quando possível a contratação de empresa estrangeira, dever-se-ia procurar a constituição de consórcios com empresas brasileiras, com a finalidade de facilitar a transferência de tecnologia (art. 6.º). Para coibir quaisquer práticas que pudessem diminuir a importância dessas disposições, determinava-se que esses contratos, envolvendo órgãos da Administração Federal, direta ou indireta, só seriam registrados no Banco Central, desde que houvesse no processo a declaração do Ministro de Estado, em cuja jurisdição estivesse o órgão contratante, da conformidade do contrato com as disposições do Decreto n.º 64.345.

Essas regras restringem-se somente à contratação de empresas estrangeiras com entidades da Administração Federal, direta ou indireta, não se aplicando, em princípio, a contratações feitas com os Estados. O Decreto n.º 66.717, de 15 de junho de 1977, veio a complementar o Decreto n.º 64.345, em razão do fato de o art. 1.º ser bastante vago, quanto ao seu significado, e por isso determinaram-se quais os serviços de engenharia que estariam destinados a ser realizados por empresas brasileiras. Estabeleceu-se que neles estariam contidas: "(I) a elaboração de estudo e projetos de engenharia; (II) a execução, supervisão e controle de instalações de obras de construção civil; (III) execução, supervisão e controle de estradas de rodagem e ferrovias; (IV) execução, supervisão e controle da instalação e da montagem de unidades industriais".

É possível, porém, sustentar que a reserva de mercado terá deixado de existir por força das disposições do art. 3.º, § 1.º, III, do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, segundo as quais: "é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade da sede ou do domicílio dos licitantes", salvo a determinação de que no consórcio de empresas nacionais e estrangeiras a liderança caberá obrigatoriamente à empresa nacional, art. 26, § 2.º; e também do art. 25, § 10, que se refere à participação de empresas estrangeiras, que não funcionam no País, no pertinente à concorrência internacional. Ainda quando o Decreto-Lei n.º 2.300 não tenha revogado, expressamente, as disposições constantes nos Decretos n.ºs 64.345, de 10 de abril de 1969, e 66.717, de 15 de junho de 1977, porque a eles não se refere o art. 90 do Decreto-Lei n.º 2.300, parece serem incompatíveis as suas regras, de modo que deve prevalecer a posição mais liberal e igualitária do Decreto-Lei n.º 2.300.²

² Essa orientação não foi, entretanto, adotada pela Constituição Federal de 1988, que define o que se deve considerar como empresa brasileira, não só perflitando o critério do lugar de sua constituição (art. 171, inc. I), como também o do controle, direto ou indireto, por nacionais (art. 171, inc. II). Em suma, o tratamento preferencial da empresa brasileira aparece em várias disposições do
(Continua)

As regras do contrato de empreitada coexistem em alguns contratos típicos, ou seja, contratos de prestação de serviços com a obrigação de resultado, regulada pelos Códigos Civil e Comercial, como a comissão mercantil, e em outros criados pelos próprios usos ou costumes comerciais. O direito brasileiro, pode-se dizer, deu uma conotação especial ao contrato de *engineering*, que ainda está à margem de uma legislação complexiva, e que se vincula com as grandes construções; e estas se relacionam com as formas específicas de contratar das entidades de direito público. O contrato de *engineering* pode ser encontrado, especialmente, no período em que se construíram as grandes obras de infra-estrutura no País, como as grandes centrais hidrelétricas, as pontes e aeroportos, ou o reequipamento dos portos brasileiros, na década de 70.

Pode-se afirmar sem temer o exagero que todas as obras públicas de importância contratadas pela Administração Federal foram realizadas por empresas nacionais e, em alguns casos, em consórcio com empresas estrangeiras.³ Alguns Estados⁴ dispuseram a respeito dos contratos de *engineering* a ser com eles realizados, sob a denominação de "contratos administrativos", em que se procurou regular, com pormenores, a sua formação e desenvolvimento.

No plano internacional, foram muitas as instituições, especialmente a Organização das Nações Unidas, que colaboraram na formação de modelos contratuais a serem utilizados pelos países em desenvolvimento⁵ e que parecem ter inspirado as cláusulas utilizadas na construção de obras de engenharia da União, ou de suas empresas públicas.

Para que se tenha, portanto, uma idéia ainda que sumária deste contrato, será necessário examinar a sua estrutura (I), incluindo nessa análise o desenvolvimento do contrato de *engineering*, e depois, o que é muito importante, o adimplemento das obrigações resultantes desses contratos (II). Neste particular, cumpre salientar que podem incidir as recentes disposições a respeito da proteção ao consumidor, tais como definidas pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (*Código do Consumidor*), também nesses contratos em favor de quem encomendou a obra ou o equipamento.

(Continuação)

mencionado art. 171, especialmente no § 2º, que estabelece: "Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional." (Grifos do autor.)

3 A contratação de obras públicas com a União submetia-se a um processo prévio, disciplinado pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que regulamentava também os contratos administrativos em seus arts. 44 e ss., dispendo sobre seus requisitos essenciais. Atualmente, esta matéria está regulamentada pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.

4 O Estado de São Paulo disciplinou os contratos administrativos nos arts. 40 e ss. da Lei nº 89, de 27 de dezembro de 1972.

5 As principais cláusulas constantes nesses contratos foram analisadas por J. A. Boon e R. Goffin. "Les contrats Clé en Main", Paris, 1981, especialmente, pp. 55 e s. com ampla bibliografia. Para um confronto com formas de contratar do direito americano, sempre importantes nessa matéria, ver Gordon-Kurzmann. "Modern Annotated Forms of Agreement", N. J., 1972, pp. 374 e s.

2. A estrutura do contrato de "engineering"

Já se mencionou que a estrutura do contrato de *engineering* tem a sua base legal no Código Civil quando regula o contrato de empreitada (Código Civil, arts. 1.237 a 1.247). Como na maioria das legislações, o contrato de empreitada é, entre nós, tratado com uma certa simplicidade resultante da circunstância de o Código Civil ter em vista o que normalmente acontece nesses contratos. Estabelecidas certas distinções com contratos semelhantes, que são óbvias na atualidade, e delimitada a questão da transferência dos riscos em matéria de empreitada, quando o empreiteiro utiliza materiais por ele mesmo adquiridos ou de sua propriedade, os Códigos Civis não exaram muitas outras regras no particular.

A doutrina sempre estabeleceu a diferença entre o contrato de empreitada e os demais que com ele mantêm semelhanças, entendendo que aquele é típico, de resultado, enquanto que o contrato de prestação de serviços gera obrigações simplesmente de meios. A compra e venda, por exemplo, supõe que o objeto já exista, que já tenha sido fabricado ou que tenha sido adquirido pelo vendedor; o objeto da obrigação do empreiteiro em face ao dono da obra é de realizar certo serviço, para, através dele, obter um certo efeito. Assim, enquanto este não se realizar, ou seja quando não realizada a obra prometida, seja ela de que natureza for, não se tem como adimplido o contrato de *engineering*. E, conseqüentemente, não se transferem os riscos.⁶

O contrato de *engineering* pode, assim, realizar-se com pessoas físicas e jurídicas, e não necessita, nos termos do Código Civil, ser realizado com forma específica. Não sucede, porém, o mesmo com contratos de empreitada realizados com a Administração Pública, que supõem um processo específico, regulado pelo Direito Administrativo, que exige forma escrita. Esses contratos tomaram uma configuração própria; embora tenham o seu fundamento no contrato de empreitada, a eles se acresceram as aludidas disposições administrativas que o regulam, ao mesmo tempo em que se operou uma ampla padronização nas cláusulas contratuais.

O primeiro aspecto a chamar a atenção — e este ponto já foi analisado — se denominou "reserva de mercado" para as companhias de engenharia brasileiras, porquanto essas obras públicas supunham que as empresas que delas participassem fossem preponderantemente de capital nacional, podendo, entretanto, associar-se com outras empresas estrangeiras sob a forma de consórcio, cabendo, neste caso, a liderança à empresa nacional.⁷ Esses consórcios surgiram, em princípio na prática, e posteriormente foram regulados pela Administração Pública⁸ e pela Lei das Sociedades Anônimas,⁹ sendo que nesta última, entre as formas de agrupamento de sociedades destinadas a realizar obras determinadas.

6 Código Civil Brasileiro, art. 1.238.

7 Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, art. 26, § 1º.

8 Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973.

9 Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, arts. 278 e s.

As empresas consorciadas não configuram um grupo de empresas; os consórcios resultam de contratos destinados a multiplicar as forças econômicas ou técnicas das empresas para realizar determinado empreendimento. Esse tipo de contrato, quando realizado com empresas estrangeiras, permitiu o acesso a tecnologias mais sofisticadas e dele resultou a transferência de *know how*. As empresas de engenharia cresceram muito e ao cabo de algum tempo se tornaram sociedades com tecnologia e capacidade de construção, suscetíveis de competirem internacionalmente.

A Administração Pública Federal havia regulado os consórcios para construção das obras públicas,¹⁰ determinando os seus requisitos essenciais, ou seja, exigindo a indicação de quem seria o representante das empresas consorciadas; a composição do consórcio; o seu objetivo; a responsabilidade de cada uma das consorciadas; e a responsabilidade solidária de todos os consorciados pelos atos praticados sob o consórcio, em relação à licitação, e ao eventual contrato. Há, ainda, a obrigação de não alterarem sua composição ou de que não se fará nenhuma modificação no contrato, sem a anuência prévia e expressa da União. Deverá, ainda, o contrato de consórcio conter o "compromisso expresso de que o consórcio não se constituiu, nem se constituirá em pessoa jurídica distinta de seus membros, nem terá denominação própria ou diferente da de seus associados".

Essas disposições foram ab-rogadas, porquanto o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, art. 90, revogou as normas dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei n.º 200, de 27 de fevereiro de 1967, artigos esses que foram objeto de regulamentação pelo Decreto n.º 73.140, de 9 de novembro de 1975. Se foram ab-rogados os arts. 125 a 144 do Decreto n.º 200, a que se vincula expressamente o Decreto n.º 73.140, parece que os artigos constantes neste último foram, por igual, revogados, ainda quando a derrogação expressa diga respeito, apenas, aos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei n.º 200.

À sua vez, o Decreto-Lei n.º 2.300 determina que certas cláusulas devem constar obrigatoriamente dos contratos feitos com a União (art. 45), entre as quais, a título de exemplo: (I) o objeto e seus elementos característicos; (II), o regime de execução ou a forma de fornecimento; (III) o preço e as condições de pagamento, e quando for o caso, os critérios de reajustamento. E, ainda; (VII) a responsabilidade das partes, penalidades e valor dos materiais; (VIII) os casos de rescisão, etc., sem prejuízo de outras cláusulas que possam ser estabelecidas pela simples vontade dos figurantes, incluindo-se, entre elas, disposições a respeito do contrato de consórcio.

Um dos aspectos essenciais do contrato de empreitada é o fato de a obra dever ser aceita por quem a encomendou. Ele se configura, pois, como um contrato bilateral, não só genético, como também funcional. Resulta

¹⁰ Decreto n.º 73.140, arts. 22 e s.

do encontro de declarações de vontades concordantes, mas, por igual, dele nascem obrigações para ambas as partes, para o empreiteiro e para o dono da obra. A obrigação principal do empreiteiro é, como se mencionou, a de realizar a obra. E a do dono da obra é de aceitá-la e pagar o preço convenicionado. Em geral o preço é pago em dinheiro, mas não obrigatoriamente, e, por vezes, ele é, também, satisfeito segundo as entregas feitas, entregas parciais. Nos contratos de grandes obras, especialmente em matéria de construções eletromecânicas ou de máquinas em geral, costumam-se utilizar os contratos *turn-key*, ou seja, a entrega final e definitiva ocorre com todo o equipamento em perfeito funcionamento.

Sendo assim, a entrega não se faz por partes, embora possam ser feitos testes de cada uma delas; mas ela se realiza globalmente, com todos os equipamentos e obras de engenharia completamente acabados e em perfeito funcionamento. Em todos os modelos contratuais, as obrigações típicas são enriquecidas com a aplicação do princípio da boa-fé, e o contrato de empreitada não constitui exceção a essa regra. Não é possível afirmar, exatamente, em que consistem os deveres anexos, sem analisar uma situação concreta. Configuram-se como deveres de consideração para com a outra parte, de que resulta a cooperação necessária ao correto desenvolvimento da relação obrigacional. É difícil enumerá-los, por antecipação, bastando, contudo, salientar que se expressam sob a forma de indicações, esclarecimentos; atos, em suma, que têm por finalidade impedir que a relação contratual não se desenvolva, normalmente, e não satisfaça de modo compreensivo o interesse do credor.¹¹

Alguns sistemas jurídicos, como sucede no direito brasileiro, não possuem, em sua legislação civil, a cláusula geral da boa-fé. Por isso, a boa-fé se configura como princípio e é, assim, aplicada, de modo semelhante ao que sucederia se ela houvesse sido recebida, expressamente, pelo Código Civil na forma de uma cláusula geral. O desenvolvimento do contrato de *engineering* supõe o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, expressas e implícitas. A obra pode ser construída nas dependências da propriedade do empreiteiro, na sua empresa, o que normalmente sucede com a fabricação de equipamentos. É possível, porém, que a obra a ser feita deva sê-lo em determinado lugar, que pertence a quem encomendou; neste caso, deve este último, se não se convencionou diversamente, dar condições, especialmente as de segurança, para que a mesma possa ser realizada adequadamente. Muitas vezes, o equipamento é fabricado por partes, devendo-se fazer, na obra, a sua montagem. É possível que a empresa montadora não seja a fabricante das partes, devendo esta última esclarecer as particularidades do equipamento, e dirimir as dúvidas que possam razoavelmente surgir, para permitir, assim, a sua realização.

11 A respeito das concepções atuais relativas à boa-fé, no direito português e brasileiro, ver Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1991, pp. 86 e s. e a bibliografia citada.

Alguns casos da literatura estrangeira podem esclarecer as dificuldades. Assim, a opinião de Lord Esher (*Hull v. Burke, 1886*) — e o modelo é tomado do direito inglês, pois foi nele que se desenvolveram, particularmente, essas questões relativas ao contrato de *engineering* — é a de que se foi o dono da obra quem forneceu o plano de construção de uma máquina a obrigação do empreiteiro é simplesmente realizá-la segundo o que lhe foi oferecido.¹² Sucede, assim, decerto, na maioria das hipóteses. Todavia, se o plano for complexo, e o empreiteiro um especialista, não se pode afastar que a ele caiba o dever de informar o dono da obra de algum aspecto, que, talvez, lhe tenha passado despercebido, pois os deveres de boa-fé são deveres de cooperação, e incidem em todos os contratos tendo uma aplicação particular no contrato de empreitada; e, por motivo ainda maior, no contrato de *engineering*. Entre nós, porém, em se tratando de obra pública, o contrato faz parte de um processo de licitação, e o concorrente que vencer o certame, não poderia, depois, alterá-lo seja em que medida for. Ele é elemento da oferta pública de contratação, e daí a sua categoria de contrato de adesão. Todavia, nem sempre são previsíveis certas situações no curso da obra, de modo que algumas cláusulas, à vista desses acontecimentos, podem ser alteradas ou complementadas.¹³

Tal seja o caso, podem ocorrer diversos contratos de empreitada, relativos a uma única obra; por exemplo: a construção de um aeroporto, uma hidrelétrica ou equipamentos para trens, com diversas pessoas, vinculadas ou não a um contrato-base. Quando todos eles se ligam a um único contrato, é comum apor-se a cláusula de solidariedade de todos os intervenientes. Se não houver esta cláusula, e se houver um dano, a solidariedade pode ocorrer, mas será uma hipótese de responsabilidade extracontratual, e resultará da concausação do dano.¹⁴

Pode o empreiteiro subcontratar outras empresas para fazerem parte da obra, objeto da empreitada. É comum o contrato de subempreitada, podendo, entretanto, as partes do contrato de empreitada excluir, expressamente, as subcontratações. Seria possível realizar, isoladamente, esses contratos de empreitada. Mas, em geral, a administração pública põe em licitação a totalidade da obra, de modo a que as empresas, para realizá-la, usam muitas vezes a figura do consórcio, e subcontratam, ainda, certas partes da obra.

12 Ver, a respeito, Hudson, "Building and Engineering Contracts", London, 1976, pp. 282 e s.

13 Nos contratos administrativos, o Poder Público pode alterá-los de modo unilateral, "quando houver (Decreto-Lei nº 2.300, art. 55, I, a) modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica dos seus objetivos, (b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos neste decreto-lei."

14 Código Civil Brasileiro, art. 1.518, e parágrafo único.

O contrato de *engineering* é um negócio jurídico complexo, porquanto, de regra, são feitos diversos contratos, parciais, seja com finalidade preparatória, seja executiva, que constituem, no seu todo, o aludido negócio jurídico.¹⁵ O seu conteúdo pode abrigar, assim, contratos de empreitada parciais, de planejamento da obra, de realização de certas partes ou equipamentos, contratos de serviços, contratos de transporte, contratos de supervisão, sendo a sua totalidade o "contrato de *engineering*". Configura-se, como um contrato atípico, que se desprende do modelo de 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 de empreitada previsto no Código Civil. Por esse motivo, não é possível descrever o desenvolvimento desse contrato em todas as suas formas; de um modo geral, ele supõe a existência de um projeto, realizado por empresas competentes para isso, projeto esse que depois é executado pelos empreiteiros.

Um dos papéis principais no desenvolvimento das obras de certa magnitude é exercido pelo seu fiscal.¹⁶ Os seus poderes são variáveis, mas não raro aproximam-se do *certifier*, que, no direito inglês, tem faculdades quase judiciais. Considera-se que o fiscal da obra tenha poderes de arbitragem em certos casos, sendo a sua decisão irrecorrível. Procura-se, nessa concepção vitoriana de contrato, impedir discussões e problemas que atrasariam o normal desenvolvimento dos trabalhos. Se, por um lado, e por meio dela, seria possível atingir esse objetivo, por outro, essa competência exclusiva poderia findar na criação de situações anômalas, sem solução jurídica aceitável.

O fiscal ou os fiscais da obra têm função relevante, porquanto além da fiscalização técnica dos serviços de engenharia, são eles que cientificam o correto desenvolvimento da obra, de que resulta o pagamento do que houver sido realizado. Na maioria dos contratos, o recebimento da obra é precedido de uma declaração do fiscal da obra, para isso competente, de que a mesma se encontra totalmente acabada e que foram obedecidas as exigências contratuais relativas aos aspectos técnicos. Nesse ponto, pode ele determinar alterações no que foi feito, impedindo assim seja a obra aceita. Não é difícil compreender a importância do ato por ele praticado; e em se tratando de uma declaração técnica não deveria deter o fiscal nenhuma parcela de discricionariedade. Todavia, nem sempre há unanimidade a respeito dos critérios técnicos utilizados, tendo-se em vista a eventual

15 Todavia, em se tratando de obra pública da União, o autor do projeto da obra não poderá participar da licitação ou de sua execução (Decreto-Lei nº 2.300, art. 8º, II).

16 O Decreto-Lei nº 2.300, em seu art. 57, relativamente às obras da União, determina que: "a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado". No parágrafo único, determina-se a sua competência obrigando-o a anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução da obra.

complexidade da obra. Levando na devida conta uma certa liberdade que, normalmente, possui o empreiteiro, não é possível prever, com antecipação, todos os detalhes técnicos que serão resolvidos, para que a obra venha a concluir-se em sua totalidade, especialmente quando as obrigações do empreiteiro são enriquecidas com deveres secundários resultantes da boa-fé.

O fiscal da obra pode ser um terceiro, indicado pelo empreiteiro e pelo dono da obra, assemelhando-se, assim, quanto à sua indicação, a um juiz arbitral, embora esta não seja, obviamente, a sua função. Se ele for dotado de independência, indicado por ambas as partes, aproxima-se, por igual, a um *trustee*; neste caso, as suas decisões teriam, decerto, maior importância, e seriam, com mais facilidade, obedecidas. No geral, porém, o fiscal da obra é indicado pelo contratante mais forte, não se devendo esquecer que os “contratos de *engineering*” são, no geral, contratos de adesão

Acresce que o direito brasileiro tem dificuldade em admitir poderes tão extensos e insuscetíveis de controle, como os que, por vezes, são atribuídos ao fiscal da obra; por isso, tem-se afirmado que, entre nós, se estabeleceu um “Estado Judicial”, quase em forma pura, sendo difícil, senão impossível, impedir a verificação em juízo da conformidade dos atos praticados pelo empreiteiro com o projeto de engenharia, qualquer que seja a competência do fiscal da obra. Ainda quando se tivesse estabelecido que as dúvidas a respeito do ato do fiscal da obra especialmente a sua recusa em assinar o “certificado de conclusão da obra”, deveriam ser submetidos a juízo arbitral, cumpre ponderar que a cláusula de arbitragem sobre litígio futuro, e portanto ainda não existente ao tempo da assinatura do contrato de *engineering*, não obriga as parte.¹⁷

3. O adimplemento do contrato de “*engineering*”

Estabelecidos esses aspectos gerais que definem a estrutura do contrato de *engineering* e o desenvolvimento desse mesmo contrato, o processo de suas relações obrigacionais em direção ao adimplemento, deve-se passar à análise do cumprimento desse negócio jurídico e da responsabilidade pelo seu eventual inadimplemento. O aspecto capital dessa fase da

17 CPC, art. 1.074, III. A obrigação de submeter o litígio a juízo arbitral somente existiria se a cláusula fosse estabelecida após a existência do conflito. Essa disposição enfraquece a arbitragem no direito brasileiro, e, por isso, ela não é, praticamente, utilizada (ver a respeito, Clóvis do Couto e Silva, “L’Arbitrage en Droit Brésilien”, in: *Journées de la Société de Législation Comparée*, Année 1986, pp. 594 e s.). O Decreto-Lei nº 2.300, no seu art. 45, parágrafo único, exara a regra, no referente à União, de que: “no contrato com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, a cláusula que declare o foro competente o Distrito Federal, vedada a instituição de juízo arbitral.” Apesar da demora judicial muito grande na resolução das questões, ainda assim, o que é paradoxal, há uma profunda animosidade contra a arbitragem de parte dos legisladores, ao ponto de a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código do Consumidor, haver determinado que são nulas de pleno direito (art. 51) as cláusulas contratuais que (IV) determinem a utilização compulsória da arbitragem.

relação obrigacional começa pela aceitação ou recusa do dono da obra. De modo igual ao que sucede com os demais códigos, o art. 1.242 de nosso Código Civil regula o recebimento da obra, determinando que: "Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, enfeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza".

Verifica-se, assim, e não poderia ser diferente, que, estando ela conforme com o convencionalizado, o dono da obra tem a obrigação de aceitá-la. Por vezes, determina-se no contrato a forma que deve ter o ato jurídico, de recebimento, em verdade, ato devido, e, por isso, dele não podem resultar senão os efeitos peculiares à entrega da obra:¹⁸ o início do prazo de garantia, seja pelas obras de engenharia civil, seja pelos equipamentos fornecidos; e a transferência dos riscos ao dono da obra. Tal seja o tipo de obra de engenharia, é comum submetê-la previamente a testes, como sucede em geral, quando o objeto da obra é a entrega de equipamentos. Se o contrato for do tipo *turn-key*, feitas e acabadas totalmente a obra e o equipamento, conforme o caso, são elas submetidas a testes. Não é possível descrever todas as espécies de verificações a que se deverão submeter, pois dependem do tipo de equipamento. Se se tratar de testes com máquinas que transportam cargas, é costume fazê-los com o equipamento funcionando "em vazio" ou "carregado". A sua duração dependerá das regras técnicas específicas, ou do que for determinado no contrato. No silêncio do contrato, o período de testes dependerá do tempo necessário para que se verifique se o funcionamento é normal. Não fica este prazo ao arbítrio da verificação do fiscal da obra, o que é absurdo, e configuraria condição potestativa pura, que anularia o ato jurídico nos termos do art. 115 do Código Civil, pois não há lugar para que se configure esse poder como direito formativo.

Podem existir conflitos entre as disposições contratuais e a realidade: imagine-se um contrato que possua a cláusula de o equipamento ou a obra de engenharia somente se considerarem entregues com todos os seus componentes em perfeito funcionamento. É possível que esse contrato seja executado por partes, sendo cada uma delas independente, e suscetível de ser colocada, separadamente, em funcionamento. Estipulado, pois, que os equipamentos somente entrarão em operação com todas as suas fases acabadas, pode o dono da obra, por sua conveniência, determinar que certas partes do conjunto entrem em funcionamento imediatamente. Se isto ocorrer, tornar-se-á ineficaz a cláusula de as garantias pelos equipamentos somente terem seu prazo iniciado após a conclusão de toda a obra. A colocação em funcionamento comercial significa aceitação da obra; não pode, assim, o dono da obra pretender que a obra não foi entregue, porquanto, segundo o contrato, isto somente ocorreria com todos os equipamentos em funcionamento, e não apenas alguns deles. Nessa hipótese, terá havido aceitação

¹⁸ O Decreto-Lei nº 2.300, em seu art. 63, I, a e b, regula o recebimento provisório e definitivo de obras e serviços.

parcial das obras, ou seja, serão considerados aceitos os equipamentos que entraram em funcionamento.¹⁹

Ainda quando se tenha disposto, no contrato, uma forma específica para aceitação, como usualmente costuma ser, entre nós, a assinatura do "termo final de recebimento da obra", ainda assim essa cláusula não pode impedir que as garantias dos equipamentos já em funcionamento esteja a operar e que se tenha transferido o risco a eles referente. A colocação em funcionamento com finalidades lucrativas duradouras é um fato concludente que altera a eventual cláusula em sentido contrário inserta no contrato; de outro modo, ter-se-ia uma disposição contratual contrária ao princípio da boa-fé, e, que, apesar disso, produziria os seus efeitos normais. Essa solução não seria admissível, e, por isso, sempre se torna mais importante a eficácia dos deveres de boa-fé, inclusive na forma proibitiva. Seria, pois, uma hipótese de aceitação parcial tácita, ainda quando os termos do contrato não tivessem sido, formalmente, alterados.

Um dos aspectos mais importantes é o da natureza do ato de recebimento da obra, que muitas vezes se corporifica no "certificado de conclusão da obra" ou no "termo final de recebimento", expressões equivalentes. Não se pode pretender que a prática desses atos possa ser recusada pelo fiscal da obra ou pelo dono, conforme se tenha estipulado no contrato. Cuida-se, na verdade, de ato declaratório que apenas comprova, em definitivo, a conclusão da obra. Detém, assim, a natureza de "ato devido"; não há liberdade em praticá-lo. A conseqüência é a de que essa declaração, simples decorrência do pensamento cognitivo, pode ser exigida em juízo.²⁰

19 No direito francês, por força da Lei nº 78-12, de 4 de janeiro de 1978, que alterou o art. 1792-6 do Código Civil, segundo o qual "la réception est l'acte du maître de l'ouvrage qui déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves"; há discussão a respeito da possibilidade da recepção tácita, admitindo, porém, a jurisprudência essa possibilidade (Cass. Civ., em 8 de julho de 1986; e em 20 de janeiro de 1987).

20 A exata qualificação da aceitação depende de saber se do cumprimento do contrato de empreitada resulta a transferência da propriedade no caso de o empreiteiro haver-se obrigado a dar o material, ou somente a transferência da posse dos materiais que lhe foram entregues, na empreitada simplesmente de labor. Nos sistemas que fazem a distinção apenas entre ato jurídico e fato jurídico, como sucede no direito francês, a categoria do ato de aceitação, por parte do dono da obra, será de ato jurídico unilateral. Entretanto, Bernard Boubli (*La Responsabilité et l'Assurance des Architectes, Entrepreneurs et Autres Constructeurs*, Paris, 1979, nº 210, p. 128) considera que, sendo a aceitação uma obrigação do dono da obra, mais se assemelha a um fato jurídico do que a um ato jurídico (a respeito da discussão, no direito francês, ver Jean Bigot, *La Réforme de l'Assurance Construction*, Paris, 1980, pp. 136 e s.; Jean Bigot et Anne d'Hauteville, *Responsabilité et Assurance Construction*, Paris, 1988, pp. 82 e s.). Há autores que distinguem entre obrigação e obrigatoriedade, e salientam que a aceitação é cumprimento de obrigação em seu verdadeiro sentido, não se tratando de adimplemento de "um dever em benefício próprio" ou simples obrigatoriedade, o que poderia qualificar a aceitação como negócio jurídico, ao invés de ato material, sua verdadeira natureza (a respeito da teoria dos negócios jurídicos, ver Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. 3, § 249, pp. 3 e s., passim, Rio, 1954).

A eventual recusa em realizá-la acarreta a mora do dono da obra, com todas as conseqüências que dela decorrem.

Uma das questões que pode aflorar se relaciona com uma certa liberdade de execução que possui o empreiteiro. Se houver possibilidade de realizar-se por mais de uma forma a obra, teria ele, em princípio, a opção. Essa faculdade deve, entretanto, exercer-se conforme a boa-fé, ou seja, levando em consideração o interesse do dono da obra, máxime se a via pretendida não onerar significativamente a posição do empreiteiro.

A obrigação principal do dono da obra é a de aceitá-la e de pagar o preço, que o Código Civil denomina de salário,²¹ pelo menos quando se trata de empreitada de labor, ou seja, aquela em que o empreiteiro entra somente com a mão-de-obra. Nesse particular, tudo dependerá do que foi convencionado. Pode, também, suceder que não se tenha estipulado o preço no contrato de empreitada. O Código Civil Brasileiro não regulou essas hipóteses. No contrato de *engineering* é essencial o acordo sobre o preço, pois é um contrato formal, em razão das exigências do direito administrativo, especialmente do Decreto-Lei n.º 2.300, diversamente do contrato de empreitada, seu modelo-básico, que não depende de forma específica. Contudo, o Código Civil, no caso deste último contrato, determina que seja pago o preço da empreitada, embora não tenha disposto como se arbitra o seu montante. Deve-se obedecer aos valores de mercado, levando em consideração as situações análogas. Em se tratando de obras consideráveis, que duram por dilatado espaço de tempo, é costume fazer-se o pagamento com financiamentos obtidos de entidades nacionais e internacionais especializadas. As suas modalidades são importantes, mas escapam à finalidade desse ensaio.

É oportuno mencionar que nos contratos se estabelecem, em regra, cláusulas relativas ao acréscimo dos valores dos materiais e da mão-de-obra, ou dos tributos, no desenvolvimento do contrato de *engineering*, que dão motivo a que se corrijam os preços. Entre nós, em que se manifesta uma alta taxa de inflação, e ao mesmo tempo, de modo até paradoxal, um alto grau de iliquidez, pode suceder que os pagamentos em favor do empreiteiro não sejam feitos nas épocas contratadas, e, sim, posteriormente. A demora determina a perda do poder de compra da moeda. Em alguns casos, esses percalços podem determinar o atraso final da obra em alguns anos, o que acarreta enorme prejuízo econômico para o empreiteiro, em razão da mencionada inflação.

Esses fatos têm ensejado muitas discussões, porquanto a Administração Pública, em regra, não corrige a moeda fora das hipóteses estabelecidas no contrato. No geral, nesses contratos de adesão, o poder público não insere a cláusula de correção monetária ou de indexação por motivo de demora a ele imputável em realizar os pagamentos. Em alguns casos,

21 Código Civil Brasileiro, art. 1.240.

de grandes obras, a perda do poder de compra da moeda em razão dos sucessivos atrasos pode representar um valor de grande porte, suscetível de pôr em dificuldades financeiras as empreiteiras. Por isso, começa a desenhar-se na doutrina uma posição favorável à aplicação da correção monetária em razão da demora, ou de outro indexador, como sucede com a Taxa Referencial (TR) e a Taxa de Referência Diária (TRD), que tomam como base a taxa média de juros.²²

Há autores que consideram a correção monetária, atualmente a Taxa Referencial, como indenização a ser prestada pela demora do dono da obra em fazer os pagamentos que a ele competem. A equação financeira, prevista no contrato, em suma, o cálculo de atualização do preço da obra, não se refere a essa hipótese, pois supõe o desenvolvimento normal do contrato, com o pagamento nas épocas previstas. Desde que esses pagamentos não sejam feitos nos prazos constantes do contrato conforme a fórmula estabelecida, e tenha havido prejuízo em razão da demora, essa situação deve ser atendida pelo dono da obra, especialmente pela Administração Pública, independentemente da ação judicial.²³

A obrigação principal do empreiteiro é entregar a obra no modo e no prazo convençados, cumprindo, por igual, os deveres anexos ou secundários decorrentes do princípio da boa-fé. Se isto não ocorrer, configura-se a demora do empreiteiro, e pode exercer o dono da obra o direito de resolução, como sucede com os demais contratos bilaterais.²⁴ Nas obras de engenharia, principalmente nas construções ou edificações, desde cedo no direito inglês começou-se a aplicar o princípio de que se já houvesse sido construída uma grande parte da obra o aludido direito de resolução não poderia ser exercido. É o que se denomina de *substantial performance*.²⁵ Essa mesma solução irradiou-se, mais tarde, por outros direitos, como, por exemplo, pelo direito alemão²⁶ e também pelo direito brasileiro.²⁷ Constitui uma clara decorrência do princípio da boa-fé; contudo, cabe ao dono da obra o direito a ser indenizado, em razão de o

22 A respeito da natureza desse indexador, ver K. Carvalho Rocha, "A Impropriedade da TR e TRD como Indexadores Tributários, Trabalhistas, Falimentares", in: *Revista dos Tribunais*, v. 667, 1991, pp. 238 e s.

23 Ver Hely Lopes Meirelles, "As Conseqüências do Atraso de Pagamento em Contrato Administrativo", in: *Revista do Direito Administrativo*, nº 174, 1988, pp. 12 e s.; Dora de Carvalho (Parecer), "Empreitada, Obra Pública, Equilíbrio nas Prestações", in: *Revista de Direito Público*, v. 92, 1989, pp. 277 e s.

24 Código Civil Brasileiro, art. 1.092 e parágrafo único.

25 Honig vs. Isaacs, 1952. Ver, a respeito, Hudson, *Building and Engineering Contracts*, cit., pp. 245 e s.

26 No direito germânico, já se decidiu que não se pode recusar uma prestação oferecida, embora não completa, porquanto falta realizar-se uma parte diminuta da prestação, se não se opuser à aceitação nenhum interesse objetivamente fundamentado (OLG. Dresden Seuff A 73, nº 217; OLG Düsseldorf NJW 65, 1763; in: Larenz, "Lehrbuch des Schuldrechts", I, München, 1987, § 10, b, p. 132).

27 Apel. Civ. nº 588012666. 5ª CC. do TJRGS. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr.: Comentário de J. Martins Costa, *Revista Juris*, v. 50, 1990, pp. 210 e s.

contrato não haver sido cumprido em sua totalidade. Essa solução que, no início, se restringia somente às obras de engenharia, tende a generalizar-se, e passa a exigir do juiz uma consideração específica dos interesses das partes. Por esse motivo, relativiza-se em certa medida o radicalismo do princípio de que, se não se cumpriu totalmente o convencionado, nada foi cumprido. Acresce, ainda, que, no direito brasileiro, o exercício do direito de resolução pode ser acompanhado do pedido de perdas e danos, não havendo uma alternativa para o credor, de escolher uma ou outra via. Por outro lado, essa concepção levava a que, exercido o direito de resolução, e extintos os efeitos do contrato, não se devolvesse ao devedor faltoso o que dele se havia recebido, e até se lhe exigia ainda mais a título de indenização.

Em princípio, a responsabilidade civil decorre do descumprimento do contrato de *engineering* e é, portanto, responsabilidade contratual. No caso de vários empreiteiros aparecerem autonomamente na construção de uma obra, a responsabilidade pode ser solidária e resultar do fato de haverem concorrido para a produção do defeito.²⁸ Há, porém, uma particularidade própria aos contratos de empreitada, e, em consequência, do contrato de *engineering* e cuja diferença melhor se verifica quando comparado este contrato com o de compra e venda, em que inexiste, evidentemente, faculdade de rejeição da obra. Na empreitada, a obra feita pode ser recusada, se ela não obedecer ao que foi contratado ou contiver vício. Recebida, porém, a obra, e verificada posteriormente a existência de algum defeito suscetível de correção, além da redibição por força do exercício da ação redibitória, e o abatimento do preço (*quantum minoris*), pode ainda o dono da obra exigir que sejam feitas as correções necessárias para que ela se enquadre dentro das condições ajustadas. Essa última solução não está expressamente determinada nas regras que governam o contrato de empreitada, pois nelas se regulam simplesmente a aceitação ou recusa, ou ainda a aceitação, com abatimento de preço, quando o empreiteiro se afastar das instruções recebidas ou dos planos dados.²⁹ A pretensão ao adimplemento resulta, porém, do art. 1.092 do Código Civil que exara os princípios gerais a respeito dos contratos bilaterais, e a redibição e a *quantum minoris* têm a sua fonte nos arts. 1.101 e segs. do Código Civil, e se referem aos contratos comutativos, na terminologia do Código Civil, entre os quais se inclui o de empreitada. No caso do contrato de *engineering*, em que se tenha construído equipamentos ou máquinas, além das faculdades anteriormente mencionadas, existe, também, a pretensão à substituição, desde que o simples conserto não lhes tenha dado a segurança de funcionamento do modelo original.

Por isso é comum inserir no contrato um prazo de garantia. O Código Civil alude apenas a "obras de engenharia consideráveis", e o prazo

28 Código Civil Brasileiro, art. 1.518.

29 Código Civil Brasileiro, art. 1.243.

de garantia, neste caso, é de cinco anos,³⁰ período em que o empreiteiro de materiais de construção responderá pela "solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais como do solo, exceto se quanto a este, se não o achando firme, previniu a tempo o dono da obra". Nos demais casos aplicam-se os prazos dos vícios redibitórios, 15 dias para as coisas móveis, ou 6 meses para imóveis,³¹ prazos esses absolutamente insuficientes, e que a jurisprudência tem procurado de algum modo aumentar, levando em conta a data do início do prazo. Essas regras referem-se a todo o tipo de contrato, em que haja transmissão de propriedade, e não apenas ao de empreitada.

Em grande número de contratos de fabricação de equipamentos, de certo porte, costuma-se adotar o prazo de dois anos, sendo que essa cláusula vem, quase sempre, imposta ao empreiteiro, pelo menos nos contratos de obra pública, que detêm a categoria de contratos de adesão. Já mencionamos que o maior número de dificuldades tem ocorrido em razão da recusa do recebimento definitivo da obra, pois o dono da obra aferra-se, muitas vezes, ao argumento de que o recebimento é provisório, com a finalidade de protrair o início da garantia para a ocasião de seu recebimento final, ainda quando o equipamento tenha sido colocado, imediatamente, em funcionamento comercial. É claro que não se pode perfi-lhar essa opinião, por ser contrária ao princípio da boa-fé.

A obra recebida pode conter defeitos. É possível que esses vícios relacionem-se com o projeto da obra ou do equipamento, sua fabricação, ou ainda sua execução. Se existir a cláusula de solidariedade entre os contratantes, a responsabilidade em sua relação externa vinculará a todos. Caso contrário, responderá quem houver causado o defeito, com a exclusão dos demais, se estes não concorreram para ele.

Há uma particularidade quanto aos danos que podem ser causados na execução da obra ou posteriormente. Sempre com maiores adesões tem-se discutido no direito brasileiro a possibilidade de aplicação da denominada causalidade alternativa, ou seja, quando não se souber quem causou o dano, mas sendo certo que um dentre vários foi o autor, todos os possíveis causadores respondem solidariamente. A causalidade alternativa é extremamente importante em matéria de dano quando ele for produzido por várias pessoas, sem que se saiba quem, dentre elas, provocou o prejuízo. Esse tipo de causalidade aparece, por exemplo, no § 850, II, do Código Civil alemão e tem sido progressivamente adotado em diversos sistemas jurídicos, por via jurisprudencial. Na França têm sido proferidas decisões que adotam essa solução, embora sob a denominação imprópria de "culpa coletiva". Se diversas empresas estiverem construindo uma obra, e entre elas não existir um contrato, e uma delas houver causado o dano, sem que se possa identificar quem teria sido o seu autor, responderão

30 Código Civil Brasileiro, art. 1.245.

31 Código Civil Brasileiro, art. 178, §§ 2º e 5º, IV.

todas solidariamente.³² Essa solução favorece ao dono da obra que teria, assim, suas garantias acrescidas, no caso em que venha a sofrer algum dano. É necessário, porém, que exista uma relação que não seja simplesmente ocasional entre os figurantes e que haja o que se denomina de uma certa homogeneidade de riscos.

Na atualidade, vigoram no direito brasileiro as disposições específicas da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código do Consumidor), que, além de muitas outras matérias, regula a responsabilidade pelo fato do produto e pelo risco. A regra fundamental é a de que³³ “o fabricante, o produtor e o construtor, nacional e estrangeiro e o importador respondem independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados ao consumidor, por defeitos decorrentes do projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

A sua vez, o consumidor é definido como sendo toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final,³⁴ de tal modo que o dono da obra que a adquire sem a intenção de revendê-la, ou de intermediá-la, é o consumidor, ou seja, o destinatário final do processo de aquisição.

Criou-se, por igual, uma responsabilidade solidária dos fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis, pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.³⁵

Para esses casos, que, no Código Civil, são considerados como vícios redibitórios, se deu uma outra solução, pois obrigou-se o fornecedor a saná-los no prazo máximo de trinta dias; não tendo sido o vício sanado neste prazo, pode o consumidor exigir, alternativamente, a substituição do produto por outro, perfeito, e da mesma espécie; a restituição imediata da quantia paga, atualizada pela correção monetária, e sem prejuí-

³² Para o direito brasileiro, ver Clóvis do Couto e Silva, “Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile”, Cours fait dans l’Université de Paris XII, 1988, pp. 71 e s.; idem “La Responsabilidad Alternativa y la Responsabilidad Acumulativa”, in: J. Mosset Iturraspe, Díez-Picazo, Busnelli, Perret, do Couto e Silva, *Danos*, Buenos Ayres, 1991, pp. 53 e s.; Vasco della Giustina, *Responsabilidade Civil dos Grupos*, Rio de Janeiro, 1991, pp. 61 e s.

³³ Lei n.º 8.078, art. 12.

³⁴ Lei n.º 8.078, art. 20.

³⁵ Lei n.º 8.078, art. 18. A respeito da responsabilidade por produto, no Direito Comparado, ver Christian Gavalda (org.) “La Responsabilité des Fabricants et Distributeurs, Colloque Organisé les 30 et 31 Janvier 1975 par L’UER de Droit des Affaires de l’Université de Paris, 1, Paris, 1975”, ver, especialmente, Jacques Ghestin, “L’Application des Règles Spécifiques de la Vente à la Responsabilité des Fabricants et Distributeurs de Produits en Droit Français”, pp. 3 e s. Sobre as orientações atuais na Comunidade Européia, ver os diversos ensaios sob a direção de Salvatore Patti, “Il Danno da Prodotti”, Padova, 1990, notadamente, Michael R. Will, “Responsabilità per Difetto d’Informazione nella Comunità Europea”, pp. 47 e s.

zo de eventuais perdas e danos; ou, ainda, o abatimento proporcional do preço.³⁶

Por fim, cumpre mencionar que nos contratos, em geral, de *engineering* há cláusulas que determinam se façam seguros sobre os equipamentos contra fogo. Há, por igual, em certos casos, seguros obrigatórios, como, por exemplo, o referente “à responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas”, ou por “garantia do cumprimento das obrigações do incorporador ou do construtor de imóveis.”³⁷

No pertinente aos contratos administrativos com a União, o Poder Público pode exigir o seguro para garantia de pessoas e bens fazendo constar essa exigência no edital de licitação ou convite.³⁸ Há ainda o seguro de risco de engenharia, aplicável aos contratos de *engineering*, nos quais a Superintendência de Seguros Privados estabeleceu entre as Condições Gerais, Especiais e Tarifas de Seguros, a cláusula oitava a respeito do início e fim da responsabilidade civil, com as seguintes regras:³⁹ “a responsabilidade da seguradora cessará em relação ao conjunto segurado, na parte dele, logo que termine o prazo de vigência da apólice, ou durante sua vigência, assim que se verifique o primeiro dos seguintes casos: a) seja retirado do canteiro de obras; b) tenha sido aceito, mesmo que provisoriamente, por outra entidade que não o segurado; c) sejam colocadas em operação, ainda que provisoriamente, em apoio à execução do projeto do segurado; d) tendo sido efetuada a transmissão de propriedade; e) de qualquer modo tenha terminado a responsabilidade do segurador sobre os bens segurados”.

Verifica-se, pois, que o seguro de risco de engenharia toma em consideração, para o seu término, o fato, que se tem tornado comum entre nós, de o dono da obra colocar provisoriamente em funcionamento partes dos equipamentos, quando isto só deveria ocorrer ao término da obra, no momento em que todo o complexo estivesse em atividade.

4. Conclusão

O contrato de empreitada, previsto no Código Civil, possui regras difusas, insuficientes para regular o contrato de *engineering*. Por esse mo-

36 Art. 18, § 1º. Esclareça-se que o prazo de 30 dias pode ser reduzido, não podendo, porém, ser inferior a 7 dias, ou aumentado, até o limite máximo de 180 dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado por meio de manifestação expressa do consumidor (art. 18, § 2º).

37 Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, art. 10, letras c e e, respectivamente, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 61.867, de 7 de dezembro de 1967. Sobre a organização do sistema de seguros, e à semelhança do sistema brasileiro e francês, ver Clóvis do Couto e Silva, “O seguro no Brasil e a Situação das Companhias Seguradoras”, in: *Revista dos Tribunais*, v. 589, 1984, pp. 9 e s.

38 Decreto-Lei nº 2.300, art. 61, § 2º, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.348, de 24 de julho de 1987.

39 Circular nº 16, de 14 de abril de 1983.

tivo, foram editadas disposições legislativas relativas a certos aspectos do aludido contrato, especialmente quando um dos participantes fosse uma pessoa de direito público ou uma empresa do Estado. Os contratos passaram a ter cláusulas com uma uniformidade acentuada, referentes, no geral, aos prazos de garantia, à obrigação de segurar a obra, ao cálculo de reajustamento dos valores e à forma de aceitação da obra, procurando impedir, neste caso, os efeitos da aceitação tácita. A ausência de ações contra o dono da obra, quase sempre autarquias ou empresas públicas, resulta das conseqüências danosas advenientes à empresa que fizer uso do exercício do direito de pleitear em juízo, como, por exemplo, a sua exclusão das demais concorrências a serem realizadas com a entidade com a qual ela contende. São poucos os grandes contratantes no Brasil; no geral, são, além da União e dos Estados, as Autarquias, as Empresas de Economia Mista e as Empresas Públicas, e o afastamento do sistema de contratação, pelos motivos mais diversos, pode causar um sério prejuízo econômico à empresa. Por isso, não há decisões a respeito da aceitação tácita, pela colocação dos equipamentos em atividade antes de o conjunto das obras estar concluído, ou referentes à aplicação do princípio da boa-fé, notadamente quanto ao adimplemento dos deveres secundários, que podem vincular o empreiteiro e o dono da obra.

É possível que certos aspectos peculiares à contratação com o Poder Público venham a desaparecer com o processo de privatização que se inicia. Como quer que seja, é necessário exigir maior transparência no contrato de *engineering*, o que determinaria fosse ele disciplinado, como sucedeu no direito alemão, com o "contrato de viagem" (*Reisevertrag*),⁴⁰ para só citar um dos exemplos mais recentes. Na atualidade, manifesta-se uma tendência para leis especiais reguladoras de determinados contratos cuja complexidade tem exigido um provimento legislativo. No caso não parece possível inserir o contrato de *engineering* no Código Civil, tendo em vista que nele se manifestam aspectos de direito público. Mas, com toda a certeza, é, ainda, insuficiente a regulamentação neste particular, do Decreto-Lei n.º 2.300, mesmo porque ela se restringe, apenas, aos contratos administrativos com a União, não abrangendo, em sua totalidade, os diferentes aspectos do contrato de *engineering*, que pode realizar-se entre particulares.

Apesar de a desregulamentação ser uma das finalidades urgentes no direito de todos os países, e ainda quando não seja em princípio favorável à descodificação, parece certo que, no caso, é imperiosa a edição de uma lei especial, que consolide as disposições, usualmente, utilizadas nestes contratos, não deixando de inserir cláusulas gerais que adaptem a sua aplicação às hipóteses sempre imprevisíveis mas que vêm necessariamente a ocorrer.

40 BGB, § 661, a e s.