

ONEROSIDADE EXCESSIVA EM CONTRATOS DE ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION (EPC FULL): UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO ENTENDIMENTO DO TCU

Giovani Trindade Castanheira Fagg Menicucci¹

RESUMO

O presente artigo analisa o tema da Imprevisibilidade e modificações supervenientes em contratos de EPC Full. Verificou-se que o Tribunal de Contas da União entende pela possibilidade de reequilíbrio do contrato, apesar do fato de, nessa modalidade contratual, haver transferência dos riscos do empreendimento à Contratada. Apesar disso, por força da gestão de riscos, as possibilidades de aditivos em contratos do tipo EPC são tratadas de forma excepcionalíssima, recomendando, inclusive, a Elaboração de orçamentos detalhados, de modo a se evitar falhas na fase pré-contratual com consequências no momento da execução do ajuste. Pretende-se verificar a posição do TCU quanto aos requisitos necessários ao reequilíbrio de contratos de EPC, detalhando-se os riscos e cuidados inerentes a essa modalidade contratual. A análise utiliza-se de pesquisa jurisprudencial para a definição de conceitos e, a partir disso, apresenta uma análise crítica à luz da Doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: Empreitada integral a preço global. Engineering, Procurement and Construction. EPC. Onerosidade. Reequilíbrio. Transferência de riscos.

¹ Advogado. Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *E-mail:* <gte@bmalaw.com.br>.

SUMÁRIO:

- 1) INTRODUÇÃO**
- 2) CONTRATO EPC - MODALIDADE E CARACTERÍSTICAS DE GESTÃO**
- 3) O CONTRATO DE EPC FULL SEGUNDO O TCU**
 - A) IMPREVISIBILIDADE E MODIFICAÇÕES SUPERVENIENTES**
 - B) REEQUILÍBRIO DO CONTRATO²³**
 - C) TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS DO EMPREENDIMENTO⁴**
 - D) GESTÃO DE RISCOS E POSSIBILIDADES DE ADITIVOS EM CONTRATOS DO TIPO EPC⁵**
 - E) ELABORAÇÃO DE ORÇAMENTOS DETALHADOS**
- 4) CONCLUSÃO**

² Processo 008.949/2013-1. Acórdão n. 2172/2013 – Plenário.

³ Processo 017.053/2015-3. Acórdão Acórdão 2839/2016 - Plenário.

⁴ Processo 008.949/2013-1. Acórdão n. 2172/2013 – Plenário.

⁵ Processo 008.949/2013-1. Acórdão n. 2172/2013 – Plenário.

1) INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, de forma crítica, o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União acerca da onerosidade excessiva em contratos de construção de grandes obras, especificamente aqueles estabelecidos na modalidade Engineering, Procurement and Construction (EPC Full).

O tema é de grande relevância porque essa modalidade contratual, aplicada à grandes obras de engenharia, tem como característica a transferência de maiores riscos ao contratado, abrindo, em princípio, menor margem a concessão de aditivos, pois o contratado é que estabelece as soluções que, sendo alteradas, devem também ser por ele assumidos seus eventuais custos. Considerando que esse tipo de contrato é denominado preço global e contempla o fornecimento integral, há casos em que se torna excessivamente oneroso a ponto de inviabilizar a continuidade de grandes obras de infraestrutura.

Dessa forma, uma adequada compreensão do tema à luz do entendimento consolidado do TCU tem como objetivo avaliar o risco dessa modalidade de contratação e assegurar o atendimento ao melhor interesse público, que de um lado representa uma melhor eficiência dessa modalidade contratual com a mitigação de riscos para a administração e, de outro, a continuidade dos empreendimentos de grande porte imprescindíveis ao desenvolvimento econômico do país.

A pesquisa procura descrever de forma precisa o entendimento do TCU acerca do tema, apontando as possíveis vantagens e as desvantagens do contrato EPC, os processos de gerenciamento de aquisições, os tipos de contratos e os riscos proporcionados às empresas de engenharia. Para tanto, serão analisados todos os acórdãos proferidos pelo Plenário do TCU acerca dessa modalidade contratual, cuja metodologia de pesquisa será apresentada ao leitor de forma que possa ser replicada ou mesmo refutada.

Para a elaboração do presente trabalho, utilizou-se o seguinte critério de pesquisa: (ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION e onerosidade). Ao todo foram identificados 6 (seis) acórdão, os quais foram analisados em sua integralidade, muitos dos quais fazem referência a

empreendimentos de grande porte, como a construção de plataformas para exploração de petróleo em alto mar e a instalação de parques eólicos. É certo que o critério de pesquisa poderia ser estendido com o parâmetro “epc full”, alcançando um total de 13 (treze) acórdãos, contudo, para efeito metodológico, optou-se pelo critério no qual a expressão “onerosidade” fosse mencionada expressamente, de forma a aproximar a pesquisa do seu objeto de estudo.

Apesar disso, com o objetivo de se aprofundar na análise dos julgados, foram também analisados os julgados apontados como relevantes para a compreensão da matéria. Com efeito, ao longo do trabalho, foram analisados os seguintes julgados: Acórdão 571/2013 – plenário; Acórdão 300/2013 – plenário; Acórdão 3282/2011 – plenário; Acórdão 1742/2011 – plenário; Acórdão 773/2012 – plenário; Acórdão 2060/2012 – plenário; Acórdão 2894/2012 – plenário; Acórdão 2876/2014 – plenário; Acórdão 3426/2014 – plenário; Acórdão 3493/2014 – plenário; Acórdão 2383/2016 – plenário; Acórdão 2839/2016 – plenário; Acórdão 3096/2016 – plenário; Acórdão 225/2017 – plenário; Acórdão 1183/2018 – plenário; Acórdão 2196/2018 – plenário.

Dessa forma, o trabalho poderá ser ampliado, incorporando outras opções e critérios de pesquisa, de forma que reflita, de maneira fidedigna, o entendimento do TCU acerca do tema “Contratos de EPC”

2) CONTRATO EPC - MODALIDADE E CARACTERÍSTICAS DE GESTÃO

Inicialmente, como forma de introduzir os assuntos que serão abordados no decorrer do presente trabalho, cuidamos de fazer uma breve exposição conceitual no que tange às características de contratos firmados na modalidade EPC. Isso porque, essas ferramentas serão imprescindíveis para se estabelecer um claro entendimento da posição adotada pelo Tribunal de Contas da União quando a essa modalidade contratual.

O fluxo cada vez maior de investimento privado nas grandes obras de engenharia ocorrido nas últimas décadas, em especial no segmento de infraestrutura, trouxe consigo a necessidade de um gerenciamento mais eficiente na construção desses empreendimentos, impulsionando a busca por novas formas de contratação, que minimizassem custos, reduzissem prazos,

forneçassem garantias aos investidores e trouxessem vantagens, de um modo geral, tanto para a Contratante quanto para a Contratada.⁶

Nesse ambiente, dentre as várias modalidades de contratos de construção, tem ganho destaque os temas relativos a alocação de riscos, a forma de remuneração e a aplicação de penalidades, que impactam diretamente na forma, conteúdo e valor do orçamento a ser apresentado.

A modalidade EPC (Engineering, Procurement and Construction), do tipo Turnkey Lump Sum (contrato de empreitada global com preço e prazo determinados), veio suprir a necessidade desse novo modelo gerencial, que se caracteriza por abarcar a totalidade da cadeia do processo construtivo. Esse modelo contratual ganhou destaque, em meados dos anos 1990, com a estabilização da economia brasileira, quando passou-se a adotar, como forma de captação de recursos para grandes obras de infraestrutura, o sistema de financiamento de projetos (*project finance*).⁷

Nesse formato contratual, o fornecimento integral do projeto básico e executivo, a provisão de todos materiais, os equipamentos e serviços da construção, a montagem, os testes e a colocação em operação são efetuados por uma única parte - a Contratada - e isso tudo a um preço fixo e previamente estabelecido, com prazos predefinidos. Assim, na data previamente prevista, a obra deve ser entregue com qualidade e em condições de garantir a performance fixada nos projetos, atendendo todas as normas e regulamentos legais.

Seguindo essa linha, na modalidade EPC, a Contratada se obriga a garantir a plena performance final do empreendimento, já que lhe compete exclusivamente a responsabilidade pela concepção e desenvolvimento dos projetos, devendo levar ao resultado almejado pelo Empreendedor, a quem cabe fornecer as diretrizes necessárias e o estudo de viabilidade do negócio.⁸

⁶ GIL, Fábio Coutinho de Alcântara. A onerosidade excessiva em contratos de engineering, 2007. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 51.

⁷ BUENO, Júlio César. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. Direito e Infraestrutura, Coordenação Leonardo Toledo da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62/63.

⁸ UEMA DO CARMO. Lie. Contratos de Construção de Grandes Obras, 2012. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 47.

Não existe um padrão universal de contrato com fornecimento integral e preço global (EPC - Turn key Lump Sum) a ser obedecido⁹, o que dá margem a formatações variadas e específicas a cada caso, mas sem o distanciamento dos conceitos basilares da referida modalidade de contratação.

O TCU, em seu Roteiro de Auditoria de Obras Públicas¹⁰, equipara a empreitada integral (“turn-key”) ao regime comum na seara privada denominado EPC (Engineering-Procurement-Construction). A doutrina tem buscado nesse tipo de contrato (EPC) os fundamentos para o regime de contratação integrada introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de Regime Diferenciado de Contratações Públicas.¹¹

Invariavelmente, o que o proprietário do empreendimento busca na celebração do contrato EPC é a transferência para a Contratada dos riscos possíveis e da responsabilidade da entrega do empreendimento concluído na data contratual, em funcionamento, dotado de qualidade e com a performance estabelecida previamente.

De modo a cumprir esses objetivos, é imprescindível que o Empreendedor busque a contratação de um único Contratado, que ficará responsável pelo atendimento integrado e unificado das diversas etapas do empreendimento, começando pela fase dos projetos e planejamento da obra, estendendo-se ao longo da implantação de todo o escopo técnico, englobando o gerenciamento das interfaces, comissionamento e entrega final em operação comercial.

É certo ainda que uma das premissas fundamentais que regem os contratos EPC é a liberdade do Contratado (também chamado Epecista) para buscar soluções de projetos e procedimentos construtivos da melhor maneira, levando em consideração a sua expertise, almejando, com isso, otimizações de recursos que visem fazer frente ao risco assumido nessa ampla contratação.

⁹ A Interntional Federation of Consulting Engineers (FIDIC), em seu livro “The Silver Book”, estabelece um modelo conceitual de contrato EPC, onde especifica algumas condições desses contratos e define conceitos fundamentais EPC.

¹⁰

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701>

¹¹ MOREIRA, Egon Bockman, e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

Porém, não se pode perder de vista que, mesmo se tratando de uma contratação no formato EPC, a formação do preço por parte da Contratada se dá amparada em um planejamento pré-estabelecido na etapa de orçamentação. Em razão disso, o presente trabalho busca analisar, ainda que sucintamente, as consequências decorrentes da imprecisão das premissas e critérios utilizados na formação do preço, de forma a avaliar quais variações desse cenário inicial estariam contempladas no “risco do negócio” e quais outras poderiam ensejar o desequilíbrio econômico financeiro do contrato.

A pergunta que procuramos responder é a seguinte: Na contratação do tipo EPC, teria o Contratado condições de assumir riscos indeterminados e indistintos? A pergunta fomenta grande interesse justamente porque impacta diretamente na formação do preço. Dessa forma, nessa modalidade contratual, estaria a Contratada assumindo a responsabilidade dentro do que poderia ser constatado num plano de razoabilidade e condição ordinária de execução das obras ou, em sentido oposto, o preço estabelecido deveria contemplar inclusive eventuais custos que possam vir a ser incorridos em função de variações diversas desnudadas somente no curso da obra?

Analisaremos, ao longo deste trabalho, o entendimento do TCU acerca de custos adicionais relativos às alterações de projetos, aumento de escopo, entre outras intercorrências ocasionadas pela Contratante ou por fatos imprevisíveis, e que tenham levado ao consequente aumento dos custos.

3) O CONTRATO DE EPC FULL SEGUNDO O TCU

Ao longo da pesquisa jurisprudencial fica claro que inúmeros contratos de EPC são objeto de fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União, contudo, em poucos casos essa natureza contratual recebe uma análise mais detalhada, seja por parte do corpo técnico ou do próprio colegiado daquela Corte de Contas.

É consenso a definição do contrato de EPC Full (Engineering, Procurement, Construction) como modalidade de contratação de empreendimento

na qual a empresa contratada é responsável pelo projeto de engenharia, fornecimento de equipamentos e execução de toda a obra.¹²

A relevância e o impacto de contratos dessa natureza podem ser facilmente observados nos acórdãos objeto do presente estudo, a exemplo dos investimentos feitos pelo poder público para a ampliação dos parques eólicos e o consequente aumento da participação dessa fonte de energia limpa na matriz energética do País. Parques eólicos já construídos, particularmente na região Nordeste, estão impedidos de levar a energia produzida pelo vento a milhões de consumidores, em razão da falta de linhas de transmissão, as quais eram objeto de contratos de EPC.

Estamos falando em um prejuízo da ordem de R\$ 270 milhões aos cofres públicos apenas nos primeiros nove meses. A gravidade da situação foi, inclusive, discutida pela Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados em audiência pública realizada em 12/6/2013, resultando na formalização de um pedido ao TCU para a realização de auditoria nos processos e contratos de implantação dos parques de energia eólica nos estados da Bahia, Rio Grande do Norte, Ceará e Rio Grande do Sul.¹³

Conforme será abordado, a inadequada pactuação dos riscos do empreendimento na fase pré-contratual, algumas das vezes feita com base em estudos e projetos deficientes, apresenta-se como uma das principais causas de problemas na fase de execução dos contratos. As implicações daí resultantes são múltiplas, a exemplo da elevação de custos, extrapolação de prazos e deficiência quanto à qualidade das obras.

A resposta do TCU a situações como estas resultou uma análise casuística e com pouca margem de objetividade, conforme será a seguir analisado.

F) IMPREVISIBILIDADE E MODIFICAÇÕES SUPERVENIENTES

A análise acurada dos acórdãos do TCU aponta para a conclusão de que os contratos de EPC apresentam peculiaridades em relação às típicas

¹² Processo 017.053/2015-3. Acórdão Acórdão 2839/2016 - Plenário.

¹³ Referido pedido resultou no TC 017.421/2013-6.

empreitadas por preço global derivadas de licitação, especialmente no setor elétrico, em razão de compromissos assumidos pelas empresas estatais na fase pré-contratual e das inúmeras incertezas que cercam o empreendimento no momento da concorrência para a concessão e permissão de serviços públicos.

Há casos em que o contrato é assinado sem um projeto básico com alto grau de precisão. Em situações como essas, o custo total da obra e de cada etapa de medição poderão ser estimados com margem mínima de incerteza, de modo que a necessidade de aditamento do contrato com reflexo no valor total da obra demanda o exame dos riscos previamente assumidos.

Por isso, no Acórdão n. 1.977/2013-Plenário o TCU recomenda que, nesses casos em que há incertezas relevantes e mesmo assim se opta pela contratação por preço global, a exemplo da contratação integrada – e, por semelhança, do EPC –, que a administração elabore uma matriz de riscos, com vistas à objetivação dos eventos que podem afetar o empreendimento, tais como as imprecisões de projeto (no caso concreto, anteprojeto), prevendo contratualmente a quem caberá suportá-los, se ocorrerem na fase de execução.

Logo, ganha destaque e relevância o uso de matriz de riscos em contratos do tipo EPC, de forma a definir com clareza as responsabilidades da administração e do particular, servindo, ainda, como instrumento de gestão dos riscos de empreendimentos contratados pela empresa.

Ainda analisando os julgados do TCU, verificamos que o Acórdão 1.977/2013-Plenário é apontado por Ministros e áreas técnicas como *leading case* sobre o tema, tendo sido prolatado pelo Tribunal no âmbito do TC 044.312/2012-1 (Sessão de 31/7/2013, da relatoria do Ministro Valmir Campelo). Naquele caso abordou-se estudo relativo à contratação de obras sob o regime de empreitada por preço global, lançando luzes sobre os riscos inerentes às modificações de projetos e o impacto desses riscos sobre o aditamento contratual.

Referido estudo aponta no sentido de que, caso não seja estipulada cláusula contratual diversa, a alteração de projeto devidamente motivada, frente a riscos do próprio empreendimento, vinculariam a aplicação do art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 8.666/93, que aduz:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”.

Essa regra se aplicaria mesmo nos casos de contratação integrada, a qual é realizada compulsoriamente a preço global, muito embora esse regime diferenciado, tal como ocorre nos ajustes do tipo EPC (Engineering Procurement and Construction), tenham como ponto de partida apenas o anteprojeto do empreendimento.

Contudo, analisando os demais julgados do Tribunal afetos ao tema, chama a atenção a resistência por parte do TCU em definir com clareza as hipóteses nas quais haveria a configuração de uma situação fática imprevisível. Não se trata necessariamente da dificuldade de se avaliar caso a caso, considerando que as especificidades de cada um podem reclamar uma solução jurídica distinta. Há, conforme se verá, uma baixíssima margem de segurança acerca das hipóteses que poderiam dar ensejo a tais modificações.

Contudo, curiosamente, essa avaliação pode ser feita mediante uma interpretação a *contrario sensu* dos julgados do TCU. Para tornar a hipótese mais clara, cuidamos de selecionar um exemplo que demonstra tal situação.

Ao analisar a questão afeta a modificações imprevisíveis em um caso da CHESF o TCU destacou que o empreendimento em questão “não envolveria grandes fatores de riscos geológicos e geotécnicos de fundação como grandes escavações de túneis, barragens de terra, canais etc”. Ou seja, uma leitura a *contrário sensu* nos levaria à conclusão de que riscos geológicos e geotécnicos de fundação como grandes escavações de túneis, barragens de terra, canais etc podem configurar elemento apto a demonstrar a necessidade de modificação imprevisível do projeto original.

Para o reconhecimento da situação imprevisível, o TCU impõe como condição que tenha havido a observância da “boa prática de engenharia”, aliado a um cuidado com a tempestividade na consideração das variáveis impactantes nos

projetos. Em outras palavras, somente será considerada imprevisível aquela situação que, apesar da tempestividade na avaliação das variáveis e da observância de boas práticas de engenharia, não puderem ser detectadas a tempo.

G) REEQUILÍBRIO DO CONTRATO

Ao analisar um termo aditivo a um contrato de EPC celebrado pela NESSA, o TCU entendeu que, não sendo o fato superveniente excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, de natureza excessivamente onerosa, não há falar em motivação para o reequilíbrio do contrato para fazer modificação na fórmula de reajuste contratual.¹⁴

Partindo dessa premissa, podemos tecer ao menos duas considerações de ordem prática. Primeiro, que é possível haver o reequilíbrio, mesmo do contrato de EPC, desde que o fato além de imprevisível também seja estranho à vontade das partes. Segundo, que para ensejar o reequilíbrio do contrato, deve haver onerosidade excessiva, o que afastaria os casos nos quais o aumento do custo inicialmente previsto não se enquadraria no que o TCU entenda como "excessivamente oneroso".

Essa linha argumentativa trazida pelo TCU¹⁵ encontra amparo na teoria da imprevisão, segundo a qual a revisão de contratos entre as partes é possível na hipótese de acontecimento (i) superveniente e imprevisível que (ii) desequilibre a sua base econômica, implicando a uma das partes (iii) obrigação excessivamente onerosa, conforme preconizado no Código Civil brasileiro:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua

¹⁴ Processo 017.053/2015-3. Acórdão Acórdão 2839/2016 - Plenário.

¹⁵ Processo 008.949/2013-1. Acórdão n. 2172/2013 – Plenário.

prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

A lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) também cuidou do tema “teoria da imprevisão” em seu inciso art. 57, § 1º, inciso II, sendo, portanto, aplicável aos contratos administrativos.

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

Note-se que o entendimento adotado pelo TCU para reconhecer a ocorrência da teoria da imprevisão em contratos de EPC vai além do texto da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O Tribunal faz uma leitura conjunta do dispositivo previsto no Código Civil com o seu correspondente da Lei de Licitações e Contratos, de modo a assegurar que a sua incidência se dê em casos realmente excepcionais.

H) TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS DO EMPREENDIMENTO¹⁶

Os contratos de EPC, assim como os de contratação integrada, destacam-se pela possibilidade de transferência de “quase todos os riscos” para a contratada. Para tanto, o TCU aponta a importância de “mapear os riscos do empreendimento e repassá-los para a contratante em suas propostas comerciais”.

Portanto, em se tratando de contrato de EPC, não seria correta a previsão contratual que transfira riscos ordinários à contratante, uma vez que, conforme

¹⁶ Processo 008.949/2013-1. Acórdão n. 2172/2013 – Plenário.

assentado pelo TCU, tal procedimento não faria sentido dentro da lógica da contratação sobre o regime de preço global.

Essa discussão teve origem em um caso no qual a CHESF aceitou uma proposta com a exclusão dos riscos ordinários atinentes à presença de água no nível da fundação em um contrato do tipo EPC/Turn-Key a Preço Global. Considerando que nessa modalidade contratual a elaboração dos projetos básico e executivo são de responsabilidade da contratada, o TCU entendeu como irregular a referida exclusão de riscos por parte da contratada. No caso concreto, cumpre ressaltar, o TCU pontuou ainda que a contratada tinha ciência prévia à pré-contratação da existência de lençol freático elevado na região das obras, o que, por si só, seria motivo para impor à contratada o referido risco contratual.

I) GESTÃO DE RISCOS E POSSIBILIDADES DE ADITIVOS EM CONTRATOS DO TIPO EPC

Considerando o posicionamento do TCU quanto a transferência de riscos em contratos de EPC/Turn-Key ou EPC Full, passamos agora a analisar o entendimento daquela Corte acerca dos limites à celebração de aditivos em contratos dessa natureza.

Depreende-se dos acórdãos analisados que, segundo as equipes técnicas do TCU, tal regime de contratação comportaria aditivos “somente em casos insertos na álea extraordinária”. Aliado a isso, sob a ótica da adequação dos aditivos, exige-se ainda que à luz do caso concreto, essas alterações encontrem respaldo no escopo do contrato.¹⁷

A lógica por traz dessa conclusão orbita a gestão de riscos, inerente aos contratos de EPC. Portando, o TCU considera que o escopo contratual traduz a divisão de riscos (engenharia, execução, performance etc.) e de obrigações do contratante e contratado. Conforme assentado pelo TCU, o escopo contratual decorre dos diversos documentos integrantes da avença, tais como: edital e anexos, projetos, memoriais, especificações, demais documentos de engenharia e cláusulas contratuais expressas.

Esclarecido tal ponto, o TCU também admite a possibilidade de se firmar aditivos em razão de alterações de escopo ou para pagamento de despesas

¹⁷ Processo 008.949/2013-1. Acórdão n. 2172/2013 – Plenário.

decorrentes de riscos assumidos pelo contratante, conquanto estejam expressamente previstos em contrato. Mais uma vez, *a contrario sensu*, ausente a previsão no contrato, não seria possível, na visão do TCU, a celebração de aditivos decorrentes de alterações de escopo ou de aumento de custos resultantes de riscos assumidos pelo contratante.

Essa afirmação surgiu em razão da análise de um aditivo celebrado pela CHESF. Naquela oportunidade, o TCU entende que, à luz da alocação de riscos do contrato, seria inadequado a Contratante assumir os riscos de alteração do projeto na parte de fundações, quando esses seriam do conhecimento da contratada, contando, inclusive, com previsão contratual. Em situações como essa, entende o TCU ser razoável que o risco da alteração das soluções técnicas para contemplar o problema apresentado seja repassado ao contratado.

Diante dessas ponderações, ganha imenso destaque a má gestão de riscos do contrato na fase de licitação que, aliada a estudos e projetos deficientes, acaba impondo uma série de problemas na fase de execução dos contratos, como a elevação de custos, a extrapolação dos prazos e deficiência de qualidade das obras. Tamanha a relevância desse ponto que a Secretaria de Fiscalização de Obras de Energia e Saneamento – SecobEnergia passou a adotá-lo em suas futuras fiscalizações de obras.

Contudo, o TCU tem sido bastante cauteloso em propor determinações e recomendações aos gestores, justamente em razão da complexidade relativa a matéria. Destacando a complexidade inerente a gestão de riscos de um contrato de EPC, o TCU faz referência ao guia de boas práticas de gestão de projetos PMBOK Guide 5ª Edition (2013), do PMI - Project Management Institute, voltado ao tema da gestão de riscos.

O caso analisado pelo TCU cuidava de contrato para a realização de “projetos, fabricação, transporte, entrega, montagem eletromecânica, comissionamento, treinamento e execução das fundações de 120 aerogeradores”, traduzindo, conforme bem colocou o TCU, em “típico contrato de EPC/Turn-Key a preço global”.

Naquele caso, pontuou o TCU que, na divisão de riscos em fase de formulação do contrato, a CHESF, mesmo tendo ciência de que os estudos preliminares por ela realizados, anteriores à contratação, já indicavam o risco de

aumento do custo, preferiu assumir os riscos de aditivos inerentes à mudança dos projetos inicialmente propostos.

Esse caso peculiar chama a atenção por um fator, o TCU passou por cima do regime de contratação usado (EPC/Turn Key) e do prévio conhecimento da situação por parte da contratada ao afirmar que as alterações questionadas estariam cobertas, uma vez que haveria tal previsão nos termos da proposta aceita pela CHESF e pelo contrato por ela assinado. Naquele caso, o TCU deixou de propor medidas corretivas, em face do princípio da segurança jurídica, recomendando tão somente o envio de orientações à estatal para o aperfeiçoamento da gestão de riscos em futuras contratações.

Cumprir registrar que, conforme bem apontado pelo TCU ainda há uma grande controvérsia sobre a natureza desse tipo de risco e o tratamento a ser dispensado nas contratações feitas na modalidade EPC/Turn Key, questão essa que ainda não está devidamente consolidada na jurisprudência daquela Corte de Contas.

J) ELABORAÇÃO DE ORÇAMENTOS DETALHADOS

Nem mesmo as contratações realizadas na modalidade Engineering, Procurement and Construction – EPC Full dispensam a necessidade de elaboração de orçamentos detalhados. Esse entendimento firmado pelo TCU tem o objetivo de permitir que a regularidade dos gastos efetuados com recursos públicos seja aferida pelos órgãos de controle.

O Tribunal de Contas da União¹⁸ chama a atenção para irregularidades e inadequações das razões que, a depender do caso, motivaram determinado aditivo com o objetivo de beneficiar a contratada. Como exemplo, podemos citar a alteração de serviços ou riscos que já se encontravam contidos no objeto do contrato, o que ganha especial atenção quando considerada sua natureza de empreitada integral a preço global (EPC Full).

Nessas hipóteses o TCU determina às contratantes, como já o fez no caso das Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte), que nos aditivos em contratos EPC (Engineering, Procurement and Construction), detalhe

¹⁸ Processo TC 039.097/2012-9. Acórdão n. 225/2017.

claramente o serviço/item, a quantidade e o valor unitário dos serviços/itens acrescidos no escopo dos aditivos contratuais, abstendo-se de firmá-los na forma de verba.

Há casos em que a Contratante licita os serviços com o nível de detalhamento existente à época, normalmente superficial, com vistas à contratação de uma empresa no formato de EPC (Engineering, Procurement and Construction), em que também a contratada seria responsável pelo detalhamento e aperfeiçoamento de cada solução. Em situações como esta, a Contratante costuma incluir no contrato os serviços potencialmente necessários de uma forma macro, deixando as especificidades e detalhamentos maiores para cada contrato suplementar.

Na prática, em alguns casos, a licitação é feita sem o exato conhecimento dos serviços que serão necessários. Foi justamente para mitigar esse risco que o TCU passou a entender que até mesmo nos contratos assemelhados ao de EPC, deve-se exigir o adequado detalhamento para se licitar o objeto.¹⁹

O TCU classifica como incongruente a argumentação no sentido de enquadrar as alterações como imprevisíveis por estarem fora do alcance do projeto básico, mas ao mesmo tempo previsíveis pelo conhecimento prévio de que seriam necessárias. Isso porque, como já foi ressaltado, a contratação pelo modelo de EPC (Engineering, Procurement and Construction) implicaria, no entender do TCU, o conhecimento detalhado do projeto, visto que o contratado se obriga a entregar a totalidade da obra.

Note-se que o contrato de EPC não poderia ser utilizado para viabilizar serviços que ainda não estejam aptos a serem licitados, seja por força de descrições lacônicas quanto a os serviços, ou mesmo a insuficiência de detalhamento ou a falta de amadurecimento de projeto.

É, portanto, necessário que o escopo original do contrato seja adequadamente estimado, devendo os responsáveis, buscando mitigar eventual responsabilidade, agir com a prudência esperada na condução dos negócios da empresa.²⁰

¹⁹ Acórdão 2.929/2010-TCU-Plenário.

²⁰ Processo 031.750/2013-3. Acórdão n. 2812/2015 – Plenário.

Nesse sentido, segundo orientação do TCU²¹, na etapa de pré-contratação e contratação, deve a Contratante delimitar claramente a responsabilidade em relação aos riscos mais recorrentes em seus empreendimentos. Com isso, busca-se definir de antemão se Contratada, Contratante ou se ambas responderão por determinado risco, e como será essa divisão.²²

Fica bastante evidente a importância da elaboração do projeto e da celebração de um contrato com a observância dos requisitos necessários. Nesses casos, em que pese o contrato de EPC, via de regra, não permitir a celebração de termo aditivo para custear modificações supervenientes que estariam dentro de um juízo de previsibilidade, o TCU tem deixado de propor a devolução de valores na hipótese de haver cláusula expressa no sentido de que os riscos de eventual alteração do projeto, mesmo este sendo de responsabilidade da Contratada, seria repassado para a Contratante, em atenção ao princípio da segurança jurídica.

4) **CONCLUSÃO**

A modalidade EPC (contrato de empreitada global com preço e prazo determinados), veio para dar suporte a construção de empreendimentos de grande porte. Esse modelo contratual contempla o fornecimento integral²³ do projeto básico e executivo, a provisão de todos materiais, os equipamentos e serviços da construção, a montagem, os testes e a colocação em operação, sendo que todas essas etapas são de responsabilidade da Contratada, mediante o estabelecimento de um preço fixo e previamente estabelecido, com prazos predefinidos.

Verificamos que, segundo o TCU, deve haver muita responsabilidade na avaliação e pactuação dos riscos do empreendimento na fase pré-contratual, de

²¹ Processo 008.949/2013-1. Acórdão n. 2172/2013 – Plenário.

²² Acórdão 2.382/2011-TCU-Plenário.

²³ "No EPC, há um arranjo contratual que visa alocar ao construtor o máximo de riscos relacionados à execução das obras necessárias ao empreendimento..." DA SILVA, Leonardo Toledo, Tese de Doutorado. Contratos de Aliança. Direito empresarial e ambiente cooperativo. São Paulo: USP. 2014, p. 29.

modo a evitar que estudos e projetos deficientes acabem resultando em graves problemas na fase de execução dos contratos.

A utilização da matriz de risco é amplamente defendida pelo TCU em contratos de EPC, como forma de estabelecer de forma clara as responsabilidades da administração e do particular.

Adotados todos esses cuidados, o TCU admite a possibilidade de celebração de contratos aditivos para contemplar fatos verdadeiramente supervenientes, excepcionais, imprevisíveis e de natureza excessivamente onerosa. Contudo, tal hipótese em contratos de EPC mostra-se absolutamente excepcional, uma vez que se destaca pela possibilidade de transferência de “quase todos os riscos” para a contratada.

Verificamos, a partir da análise dos julgados do TCU, que na contratação do tipo EPC, o Contratado não assume riscos indeterminados, conquanto seja extremamente difícil conseguir reajustá-lo na fase de execução. Isso exige da empresa Contratada um elevado grau de cuidado na celebração de contratos de EPC, de forma a mitigar eventuais riscos que não estariam cobertos pelo preço ajustado.

Nessa modalidade contratual, não há muita clareza sobre quais fatos estariam ou não acobertados pela teoria da imprevisão, devendo a questão ser avaliada à luz do caso concreto. Diante desse grau de incerteza, é esperado que no preço estabelecido seja contemplado eventuais custos que possam vir a ser incorridos em função de variações diversas desnudadas somente no curso da obra, uma vez que a prova dos requisitos exigidos pelo TCU mostra-se, em alguns casos, extremamente complexa.

O TCU, no entanto, não chega a abordar o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação à luz da Constituição, limitando-se a exigir previsão contratual expressa. Essa leitura feita pela Corte de Contas permite que o equilíbrio possa ser afastado pela autonomia das vontades dos contratantes. Nesse sentido, concordamos com a posição do professor Marçal²⁴, que reconhece uma matriz constitucional acima da vontade das partes, o que tenderia a gerar maior segurança na execução dos projetos.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 733.

Nesse sentido cabe citar, a lição de Lúcia Valle Figueiredo²⁵ (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. rev., atualiz. e amp., São Paulo: Malheiros Editores, 2004) ao considerar que ‘fatos imprevistos são todos os que, por ocasião do pactuado no contrato, eram ignorados pelas partes, por absoluta impossibilidade de prevê-los ou conhecê-los’. Nesse sentido, a segundo Marçal Justen Filho “é dever do licitante formular sua proposta de preços tomando em consideração todas as circunstâncias previsíveis, pois é assim que se presume que tenha atuado. Caso contrário, os prejuízos oriundos de sua omissão devem ser exclusivamente por ele arcados”.

Dessa forma, embora haja uma parcela de álea em toda a contratação, não se pode transferir todo e qualquer risco ao contratado sob pena de transformar a aleatoriedade em sua essência. Certo é que o TCU ainda não se orientou nesse sentido.

Podemos concluir que o TCU reconhece a necessidade de manter o reequilíbrio econômico financeiro, mesmo do contrato de EPC, conquanto tratem-se de fatos imprevisíveis e estranhos à vontade das partes. Esclarecido tal ponto, o TCU também admite a possibilidade de se firmar aditivos em razão de alterações de escopo ou para pagamento de despesas decorrentes de riscos assumidos pelo contratante, conquanto estejam expressamente previstos em contrato.

Infere-se, por fim, que a questão suscita muita controvérsia e deve ser analisada à luz do caso concreto. As decisões do TCU refletem uma preocupação com a fase pré-contratual, como forma de minimizar os riscos de alterações do contrato ao longo de sua execução.

²⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. rev., atualiz. e amp., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.