

PARECER EM CONSULTA TC-00023/2021-5 – PLENÁRIO

DOEL-TCEES 30.08.2021 – Ed. nº 1934

Processo: 01995/2021-1

Classificação: Consulta

UG: CESAN - Companhia Espírito Santense de Saneamento

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Consultante: CARLOS AURELIO LINHALIS

**CONSULTA – CESAN – ADITIVOS CONTRATUAIS –
REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO EM
CONTRATAÇÕES INTEGRADAS – POSSIBILIDADE
CONDICIONADA – CONHECER – RESPONDER NOS
TERMOS DO PARECER EM CONSULTA 34/2021 –
CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelos senhores Carlos Aurélio Linhalis e Pablo Ferraço Andreão, Diretor Presidente e Diretor de Engenharia e Meio Ambiente, respectivamente, da CESAN, solicitando resposta para as seguintes indagações:

1. Constatações nas sondagens mais recentes, realizadas pela empresa contratada durante a execução contratual, que apontem imprecisões na sondagem inicial que embasou a elaboração do anteprojeto utilizado em licitação de obras pelo regime de contratação integrada ensejam direito à revisão?
2. O ônus financeiro a ser suportado pelo contratado constitui risco próprio do negócio ou da matriz, mesmo sendo constatado que houve

divergência significativa entre as sondagens em licitação de obras pelo regime de contratação integrada? O particular teria a obrigação de incluir no seu preço uma verba correspondente ao risco esperado para o tipo do empreendimento?

3. Haveria uma margem de tolerância para a aplicação do disposto nos artigos 478, 479 e seguintes do Código Civil, no caso dos contratos das empresas Estatais, para o caso de divergência entre o anteprojeto e estudos definitivos nas contratações integradas que não tenha decorrido de erro de qualquer das partes?

4. Seria possível a aplicação do art. 479 do CC em uma contratação integrada regida pela Lei 13.303/16 mesmo que as diferenças de quantidades estejam alocadas na matriz de risco como risco da contratada, no caso de ficar demonstrado que a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, bem como que as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importariam custos mais elevados bem como sacrifício insuportável ao interesse público a ser atendido pelas obras contratadas?

5. O contratado poderia, no caso em que ele considere haver onerosidade excessiva pelas divergências entre sondagens, se negar a executar total ou parcialmente as obras objeto de contratos licitados pelo regime de contratação integrada, caso a administração entenda que o ônus financeiro a ser suportado pelo contratado constitui risco próprio do negócio ou da matriz, independente do tamanho da elevação dos custos? O contrato nesta situação poderia ser rescindido amigavelmente?

6. No caso de aplicação do art. 479 do CC, para modificar equitativamente as condições do contrato, se daria por meio de Termo Aditivo? Quais requisitos/exigências que, no entender desta corte de contas, deveriam estar presentes no processo administrativo para que a legalidade dos atos possa ser objetivamente aferida e resguardada?

Por meio do **Despacho 36558/2020-819719/2021** (peça 10), determinei o processamento inicial da Consulta, encaminhando os autos ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula, que, por meio do **Estudo Técnico de Jurisprudência 21/2021-3** (peça 11) informou acerca da inexistência de deliberações que respondam especificamente aos questionamentos formulados na presente demanda.

Ato contínuo, o Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, por meio da **Instrução Técnica de Consulta 00034/2021-3** (peça 12), opina no sentido do **conhecimento**, e, no mérito, responder os questionamentos da seguinte forma:

Em princípio, não cabe reequilíbrio econômico-financeiro no regime de contratação integrada por imprecisões no anteprojeto e por riscos alocados à contratada, como as decorrentes das divergências em sondagens. Entretanto, excepcionalmente, a constatação de imprecisões na sondagem inicial que embasou a elaboração do anteprojeto utilizado em licitação de obras ou serviços de engenharia pelo regime de contratação integrada pode ensejar direito à revisão quando, *cumulativamente*, as divergências das características encontradas nas sondagens forem significativas, os prestadores de serviços cautelosos e experientes não poderiam prever a diferença, e a taxa de contingência for compatível com a complexidade do objeto licitado, embora incapaz de custear o evento ocorrido, devendo as situações do caso concreto estarem claramente comprovadas e justificadas no processo administrativo.

Constitui risco próprio do negócio e/ou da matriz de riscos o ônus financeiro decorrente da alocação de riscos ao contratado quando o caso concreto mostrar que a divergência não era tão significativa em termos de características e de impacto financeiro, que um prestador de serviços experiente e cauteloso poderia prever as diferenças e que a taxa de risco não foi compatível com a complexidade do objeto licitado. Os licitantes *devem* incluir no seu preço uma verba correspondente ao risco esperado para o tipo do empreendimento, seja embutindo-a nos serviços ou na taxa de risco/contingenciamento.

É possível a aplicação dos artigos 478 e 479, do Código Civil ao regime das contratações integradas regidas pela Lei das Estatais, na forma do art. 68, Lei 13.303/2016, quando houver onerosidade excessiva decorrente de significativa e imprevisível divergência entre o anteprojeto e estudos definitivos que não tenha decorrido de erro de qualquer das partes, observando-se a excepcionalidade da revisão contratual, na forma do art. 421-A, Código Civil.

É possível, em tese, a aplicação do art. 479 do CC em uma contratação integrada regida pela Lei 13.303/16 mesmo que as diferenças de quantidades estejam alocadas na matriz de risco como risco da contratada, quando for demonstrada a imprevisibilidade do evento que compõe o risco alocado e a onerosidade excessiva da prestação, bem como que as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importariam custos mais elevados bem como sacrifício insuportável ao interesse público a ser atendido pelas obras contratadas.

Somente com autorização judicial pode o contratado, que entenda haver onerosidade excessiva derivadas das divergências entre sondagens, negar-se a executar total ou parcialmente as obras objeto de contratos licitados pelo regime de contratação integrada, quando a administração entender que o ônus financeiro a ser suportado pelo contratado constitui risco próprio do negócio ou da matriz, independente do tamanho da elevação dos custos. A rescisão amigável ou pautada pelo art. 478, CC, somente pode ser motivada pela imprevisibilidade do evento que ocasionou a onerosidade excessiva.

Se comprovada a imprevisibilidade do evento ou da divergência e sua consequente onerosidade excessiva, é possível a revisão contratual, por meio de aditivo, na forma do art. 479, CC. A legalidade da revisão contratual somente pode ser aferida no caso concreto.

O Ministério Público de Contas, através do **Parecer 03415/2021-7** (peça 16), da lavra do Procurador de Contas Dr. **Heron Carlos Gomes de Oliveira**, discorda da

proposta contida na **Instrução Técnica de Consulta 00034/2021**, nos seguintes termos:

O **Ministério Público de Contas**, por meio da 3.^a Procuradoria de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, **diverge** dos termos da Instrução Técnica de Consulta 34/2021-3, pugnando, ante as razões expostas:

- 1) **Preliminarmente, pelo não conhecimento da Consulta**, tendo em vista que o Parecer Jurídico 15/2021-1 (evento 02), juntado pelo consulente, não preenche, **sob o ponto de vista material**, o requisito de admissibilidade inserto no art. 122, § 1º, inciso V, da Lei Complementar Estadual 621/2012 Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – LOTCEES), porquanto **eximiu-se de realizar a análise do mérito da Consulta**, de modo a justificar não apenas a **impossibilidade** do corpo técnico consultivo da **CESAN** de elucidar as dúvidas suscitadas, mas também a **necessidade** de se formular consulta ao Tribunal de Contas;
- 2) **Caso seja conhecida**, pela reabertura da instrução processual e remessa dos autos ao setor técnico competente para que se manifeste oficialmente acerca das **questões de engenharia** abordadas na presente Consulta, as quais se mostraram imprescindíveis à elaboração da proposta de Parecer em Consulta apresentada pela Instrução Técnica de Consulta 34/2021-3, como evidenciado inclusive pelo próprio Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC;
- 3) **Quanto ao mérito**, dissente este órgão ministerial em relação às ressalvas e sua aplicação explícita ao caso concreto, apresentados na conclusão da Instrução Técnica de Consulta 34/2021-3, razão pela qual pugna para que a Consulta seja respondida nos seguintes termos:
 - **Não cabe reequilíbrio econômico-financeiro no regime de contratação integrada por imprecisões no anteprojeto e por riscos alocados à contratada, nos termos expressos pelo § 8º do art. 81, da [Lei Federal 13.303/2016](#) ("é vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada")**, constituindo risco próprio do negócio o ônus financeiro decorrente da sua alocação ao contratado – haja vista assumido de forma espontânea e consciente, o qual, naturalmente, fora considerado na proposta de preço como fator preponderante para que se sagrasse vencedora do certame em face aos demais licitantes, tendo em vista a relevância financeira que a alocação dos riscos possui no Regime de Contratação Integrada – não se aplicando, por conseguinte, as hipóteses de resolução por onerosidade excessiva previstas nos art. 478 e 479 do Código Civil.
 - **Somente com autorização judicial pode o contratado negar-se a executar, total ou parcialmente, o objeto de contrato licitado pelo Regime de Contratação Integrada, no qual entenda haver onerosidade excessiva, porquanto o ônus financeiro a ser por ele suportado constitui risco próprio do negócio, independentemente do tamanho da elevação dos custos.**
- 4) **Independente do acolhimento da presente proposta de Parecer em Consulta**, e sem prejuízo da atividade fiscalizatória realizada por este *Parquet* de Contas, requer este órgão ministerial a realização de **fiscalização nos contratos da CESAN advindos dos Editais de Licitação apresentados e que serviram de paradigma para a elaboração da Instrução Técnica de Consulta 34/2021-3**, tendo por objetivo aferir, entre outros pontos:
 - a) A aplicação, por parte da **CESAN**, dos critérios subjetivos constantes na proposta de Parecer em Consulta apresentada pela área técnica;
 - b) O enquadramento do objeto contratual às hipóteses restritivas previstas no **art. 43, inciso VI, da Lei Federal 13.303/2016**, bem como a legalidade da modalidade licitatória adotada;

- c) A legalidade da utilização do **Regime de Contratação Integrada** por parte da **CESAN** no caso concreto, considerando a vedação contida no **§ 4º do art. 42 da Lei Federal 13.303/2016**.
- 5) Por fim, considerando o desconhecimento, por parte da sociedade e deste órgão de controle externo, acerca da planilha de custo dos serviços prestados pela **CESAN**, utilizada como parâmetro para definição do valor das tarifas cobradas dos usuários e sua real compatibilidade com a qualidade dos serviços prestados, **realize fiscalização na modalidade Levantamento, tendo por objetivo aferir a correção da metodologia de cálculo utilizada para definição das diferentes tarifas cobradas das pessoas físicas e jurídicas** – notadamente das grandes empresas consumidoras –, dando ampla publicidade à sociedade sobre o resultado do estudo, e possibilitando, assim, o amplo conhecimento do **custo real da água** pela sociedade capixaba.
- Por derradeiro, com fulcro no inciso III do art. 41 da [Lei Federal 8.625/93](#), bem como no parágrafo único do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, este órgão ministerial reserva-se o direito de manifestar-se oralmente por ocasião da sessão de julgamento/apreciação em defesa da ordem jurídica

É o relatório.

II. DA FUNDAMENTAÇÃO

II.1 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE:

As divergências apontadas pelo Ministério Público de Contas iniciam-se desde a admissibilidade da presente consulta.

A área técnica, na Instrução Técnica de consulta – ITC 34/2021 manifesta-se pelo conhecimento da consulta, nos seguintes termos:

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 1º do artigo 122 da Lei Complementar 621/2012, observa-se que a consulta atende aos pressupostos a serem observados para a admissibilidade perante este Sodalício, devendo ser conhecida.

Quanto aos aspectos formais, verifica-se que o primeiro consulente é autoridade legitimada, na medida em que é o Diretor presidente de sociedade de economia mista (art. 122, VII, c/c §1º, I, LC 621/2012), havendo pertinência temática da consulta com sua área de atribuição (art. 122, §4º, LC 621/2012). Quanto à instrução da peça de consulta com os pareceres dos órgãos de assistência técnica e jurídica, tem-se que também está atendido o requisito (art. 122, §1º, V, LC 621/2012).

Quanto aos aspectos substantivos, verifica-se que a matéria objeto da consulta é de competência deste TCE-ES (art. 122, §1º, II, LC 621/2012) e a peça contém indicação precisa das dúvidas (art. 122, §1º, III, LC 621/2012). Igualmente, as dúvidas não se referem apenas ao caso concreto, preenchendo o requisito do art. 122, §1º, IV, LC 621/2012.

Já o Ministério Público de Contas manifesta-se da seguinte forma:

1) **Preliminarmente, pelo não conhecimento da Consulta**, tendo em vista que o Parecer Jurídico 15/2021-1 (evento 02), juntado pelo consulente, não preenche, **sob o ponto de vista material**, o requisito de admissibilidade inserto no art. 122, § 1º, inciso V, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – LOTCEES), porquanto **eximiu-se de realizar a análise do mérito da Consulta**, de modo a justificar não apenas a **impossibilidade** do corpo técnico consultivo da **CESAN** de elucidar as dúvidas suscitadas, mas também a **necessidade** de se formular consulta ao Tribunal de Contas;

Pois bem.

A análise de Admissibilidade foi realizada pela equipe técnica, conforme se depreende da ITC 34/2021, tendo sido observado os requisitos exigidos, notadamente os constantes do artigo 122, I e §1º, da Lei Complementar Estadual 621, de 8 de março de 20121 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado), e o artigo 233, I e §1º da Resolução TC 261 de 4 de junho de 20132 (Regimento Interno do Tribunal de Contas).

Quanto à matéria suscitada, entende-se que há pertinência com a atuação deste Tribunal (artigo 122, § 1º, II), bem como a Consulta contém a indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada (artigo 122, § 1º, III).

O Ministério Público de Contas questiona o teor do parecer jurídico que instrui a consulta, entendendo não se admissível a presente consulta, uma vez que o *parecer* jurídico apresentado **“eximiu-se de realizar a análise do mérito da Consulta, de modo a justificar não apenas a impossibilidade do corpo técnico consultivo da CESAN de elucidar as dúvidas suscitadas, mas também a necessidade de se formular consulta ao Tribunal de Contas”**., descumprindo, ao seu ver, o disposto no art. 122, § 1º, inciso V, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – LOTCEES).

A respeito do questionado pelo MPC, verifico que o art. 122, § 1º, V da Lei Complementar Estadual 621/2012 diz o seguinte:

Art. 122.

§ 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

§ 3º Cumulativamente aos requisitos dos §§ 1º e 2º, os legitimados dos incisos V, VI e VII do caput deste artigo deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam.

Ou seja, da literalidade do artigo de lei supracitado, extraímos que a única exigência que poderia se requerer do parecer jurídico do órgão consulente, seria a

demonstração da pertinência temática da consulta às áreas de atribuição das instituições que representam. Ou seja, não há que se questionar a demonstração de impossibilidade do corpo técnico consultivo da CESAN de elucidar as dúvidas suscitadas e nem a necessidade de se formular consulta a este Tribunal.

Sobre os requisitos a serem exigidos no Parecer técnico/jurídico a ser apresentado quanto da consulta formulada aos Tribunais de Contas, nos ensina Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹:

Exatamente para evitar que o Tribunal de Contas se transforme em órgão consultivo, ou que seja criado um conflito de atribuições com outros órgãos de consultoria, as normas regimentais dos Tribunais de Contas, em geral, exigem que a consulta formulada se faça acompanhar de parecer da unidade jurídica ou técnica a que está afeta a estrutura do órgão consulente.

Não pretendem os Regimentos Internos das Cortes de Contas que exista equivalência entre o parecer jurídico e o parecer técnico, ao estabelecer a necessidade de um ou outro, mas ao contrário, têm em conta a questão debatida. Pode ocorrer, na prática, que a dúvida seja na interpretação de norma, cujo conteúdo não seja essencialmente jurídico, mas de finanças públicas, como ocorre com os que disciplinam normas de sistemas informatizados de administração financeira e orçamentária, ou inscrições em restos a pagar. Mesmo reconhecendo a amplitude do Direito Financeiro, não se pode pretender exagerado conhecimento da unidade jurídica. Desse modo, é a matéria que enseja dúvidas que definirá se o parecer a ser encaminhado ao Tribunal de Contas, subsidiando a consulta, será técnico ou jurídico.

Essa exigência pode ser abandonada pelos Tribunais de Contas, até porque as normas costumam colocá-las como "sempre que possível".

Em particular, em relação aos órgãos do Poder Judiciário, esse requisito não prevalece, por dois motivos: primeiro, porque normalmente, embora tenham órgãos de assessoramento interno, por normas externas, costumam-se encarregar da advocacia consultiva - estruturas integradas no Poder Executivo - ; segundo, por presunção de que seus membros conheçam o Direito.

Há registro também da dispensa dessa exigência quando há relevância e urgência na questão de fundo, envolvida na consulta.

O parecer pode não ser conclusivo e apenas indicar a dúvida existente, mas também não pode ser desmotivado, seja técnico ou jurídico. Nesse ponto, vale repetir o que foi, alhures, lembrado: o parecer técnico não pode ser contrariado por leigos ou mesmo por superior hierárquico. "Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.(STF: RDA 80/136)."

É possível, porém, que o parecer seja conclusivo e, mesmo assim, a autoridade superior tenha fundadas dúvidas, não sobre o teor do parecer - porque essas devem ser solucionadas interna corporis -, mas sobre a matéria de fundo debatida. Portanto, satisfeita a exigência de parecer no acompanhamento da consulta, deve essa ser conhecida, desde que fundamentado o parecer, independentemente de ser conclusivo ou não. (Grifei)

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Como consultar o Tribunal de Contas. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, fev. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=7747>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

Outro questionamento do MPC acerca da admissibilidade da presente consulta, seria a impossibilidade de se tratar de um caso concreto. Segundo o Ministério Público de contas:

CONSIDERANDO que a área técnica deste TCEES não logrou êxito em se desvencilhar do caso concreto, na medida em que redigiu os destaques e as ressalvas de sua proposta de Parecer em Consulta direcionando-os ao caso concreto trazido pela CESAN, que trata sobre divergências e imprecisões em sondagens geológicas, conforme se colhe do trecho da conclusão da [Instrução Técnica de Consulta 34/2021-3](#) (evento 12) (...).

Sobre esse aspecto a área técnica se manifestou com precisão:

A propósito da referência ao caso concreto, como bem destacado na petição inicial e parecer jurídico trazidos pelos consulentes, faz-se oportuno tecer alguns comentários. O fato de a dúvida partir de uma experiência real vivida no órgão ou entidade do consulente não torna, por isso só, a dúvida restrita àquele âmbito. Nesse sentido, é preciso atentar para a expressão “*apenas*”, constante no inciso IV do §1º do art. 122, LC 621/2012: “A consulta deverá conter as seguintes formalidades: [...] não se referir *apenas* a caso concreto”. Esse vocábulo esclarece que as consultas podem, sim, se referir ao caso concreto, mas exige que o transcenda também. Assim, a lei não impede que a resposta sirva diretamente à situação que inspirou a consulta, mas requer que a resposta não seja tão específica que sirva somente a ela, não beneficiando outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Conectados a esse pressuposto de admissibilidade, a LC 621/2021 estabelece outros requisitos para as consultas: a relevância e a repercussão da matéria para além do consulente. Esses requisitos deixam inequívoco que a consulta pode ocorrer a partir de um caso concreto, desde que vá além dele. No presente caso, esses requisitos também estão presentes, pois o tema da consulta serve a todas as estatais. Portanto, está preenchido o requisito disposto no art. 122, §2º, LC 621/2012.

Além disso, não se pode ignorar a natureza principal da consulta formulada aos Tribunais de Contas que é a de orientação para que os gestores, dirimindo dúvidas e servindo de orientação tanto para o consulente, quanto para todos os que enfrentem situações parecidas.

Assim, constato que foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade, na forma do art. 235, caput e §1º, do RITCEES, portanto, CONHEÇO a presente Consulta

Ultrapassada essa fase, passo à análise de mérito.

III. MÉRITO

Inicialmente a área técnica explica a metodologia utilizada para responder à

presente consulta e aborda alguns aspectos relacionados ao tema em estudo.

Vejamos:

1 III - ANÁLISE DE MÉRITO

2 Introdução

Antes de passar à resposta a cada um dos quesitos postos pelos consulentes, é necessário trazer alguns esclarecimentos sobre a estrutura e o conteúdo desta peça. Assim, esta introdução tratará, no próximo parágrafo, da delimitação do objeto da consulta; nos três parágrafos seguintes, de questões metodológicas relativas à construção das respostas; em seguida, do resumo da resposta à consulta e das limitações de sua aplicação aos casos concretos. Por fim, será apresentada a estrutura do restante da peça de consulta, guiando o leitor pelo seu conteúdo.

O objeto da presente consulta é esclarecer o cabimento ou não de aditivos contratuais que visam ao reequilíbrio econômico-financeiro em contratações integradas realizadas por estatais quando, embora haja divergências entre os dados coletados na ocasião do anteprojeto comparados aos dados dos projetos básico e executivos, não há erros no anteprojeto e a matriz de riscos aloca os riscos relativos à divergência ao contratado. Trata-se, portanto, de objeto específico, que versa sobre a Lei das Estatais (L. 13.303/2016), com as características e princípios próprios dessa legislação, ainda que esse regime de contratação seja encontrado em outras leis, como a recém-publicada Lei de Licitações e Contratos Administrativos (L. 14.133/2021).

Não obstante o objeto da consulta referir-se apenas à Lei das Estatais, a construção da resposta demandou a consulta a diversas fontes (jurisprudência, artigos, dissertações) que tratam de outras legislações. Assim, essas fontes abordam essa espécie de contratação tanto na Lei das Estatais como na Lei do RDC (L. 12.462/2011). Houve também a consulta a fontes que tratam do regime das Parcerias Público-Privadas (L. 11.079/2004). O estudo de escritos baseados em outras leis se deve ao fato de importantes delineamentos sobre a contratação integrada foram feitos com base na lei do RDC. Quanto à lei das PPPs, há farto material sobre a matriz de risco elaborado sob sua égide.

Acerca da utilização dessas fontes, esclarece-se, desde já, que, ao longo da análise, serão citados trechos delas que versam sobre os riscos geológicos e geotécnicos. Isso se deve ao fato de as questões ligadas ao solo/subsolo constituírem um elemento de alta imprevisibilidade e ensejador de dúvidas na contratação integrada, sendo, por isso, mencionados em diversos estudos e julgados. Essa ênfase, contudo, não significa, de modo algum, que a presente consulta se limita aos riscos relativos a esse fator, mas apenas que ele ilustra bem as dificuldades e oportunidades que surgem nas contratações integradas. Trata-se, portanto, de *exemplo* elucidativo sobre o tema geral que se debate (os riscos e sua solução nas contratações integradas), mas não a única aplicação desta consulta, que também se presta a outras espécies de riscos. Do mesmo modo, eventuais remissões às peças trazidas pelo consulente não devem ser entendidas como uma resposta aos seus casos concretos, mas com caráter meramente elucidativo do argumento que se constrói.

Ainda sobre a metodologia para a elaboração da resposta, esclarece-se que o exame ora apresentado é fruto de reuniões realizadas com outros auditores de controle externo, com experiência em licitações, elaboração de matriz de riscos e em engenharia². As discussões e ideias apresentadas

² Reuniões realizadas em 27/05/2021 com Guilherme Nunes Fernandes e 02/06/2021 com Júnia Paixão Martins Alvim, Alisson Silva de Andrade, Dilmar Garcia Macedo, Guilherme Abreu Lima e Pereira e Guilherme Nunes Fernandes, além desta signatária.

nessas reuniões colaboraram com o desenvolvimento das ideias e das análises ora fornecidas.

Do estudo dessas fontes e dos conhecimentos obtidos nas reuniões, verifica-se que, *em princípio*, a insuficiência de informações do anteprojeto, associada à alocação à contratada do risco a que se refere a informação insuficiente, impede a celebração de aditivos para reequilíbrio econômico-financeiro nas contratações integradas. No entanto, considerando que o acesso à justiça é uma garantia fundamental, que o direito à revisão contratual é previsto constitucionalmente, e que a Lei das Estatais interage com outras normas, especialmente com a LINDB e os princípios, tais quais os da economicidade e da razoabilidade, tem-se que, *eventualmente*, será possível o cabimento de aditivos, a depender dos fatos e provas do caso concreto.

Por oportuno, é preciso deixar inequívoco que as consultas, por seu caráter geral e normativo, jamais se referem a casos concretos. Dessa maneira, as respostas ora fornecidas são um guia – tanto sobre pontos a serem refletidos nos casos passados quanto para como agir nas contratações futuras –, mas não servem para solucionar as situações reais já experimentadas pelos órgãos e entidades. Essa limitação se deve não só à característica inerente das consultas de não se referirem aos casos concretos, mas pelo fato de que esses devem ser apreciados à luz de seus fatos, suas peculiaridades e nuances, que são qualidades impossíveis de serem apreendidas numa consulta.

Esclarecidos esses pontos, passa-se a apresentação da estrutura desta peça. Nos dois primeiros itens (III.1 e III.2), serão trazidos os fundamentos que permitem a formulação de respostas. Nesse sentido, em primeiro lugar (item III.1), será abordada a contratação integral e seus elementos essenciais. Em seguida (item III.2), serão tratados o equilíbrio econômico-financeiro e a teoria da imprevisão, bem como suas possibilidades e limitações na contratação integrada. Esses dois itens servem para elucidar os conceitos, as definições e as dificuldades relativas ao tema da consulta, para, então, a partir dessa base, fornecer respostas a cada um dos questionamentos postos pelos consulentes (itens III.3, III.4, III.5, III.6, III.7 e III.8).

Quanto a esse aspecto questionou o Ministério Público de Contas a inexistência de laudos da equipe de engenharia acerca do tema abordado na presente consulta, requerendo ao final:

reabertura da instrução processual e remessa dos autos ao setor técnico competente para que se manifeste oficialmente acerca das **questões de engenharia** abordadas na presente Consulta, as quais se mostraram imprescindíveis à elaboração da proposta de Parecer em Consulta apresentada pela Instrução Técnica de Consulta 34/2021-3, como evidenciado inclusive pelo próprio Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC

Pois bem.

Como já transcrito alhures, a área técnica explicou de forma bem detalhada, as reuniões realizadas juntamente com a equipe de engenharia deste Tribunal, citando inclusive, em nota de rodapé, a data e os nomes dos técnicos participantes das

reuniões (*Reuniões realizadas em 27/05/2021 com Guilherme Nunes Fernandes e 02/06/2021 com Júnia Paixão Martins Alvim, Alisson Silva de Andrade, Dilmar Garcia Macedo, Guilherme Abreu Lima e Pereira e Guilherme Nunes Fernandes, além desta signatária*).

Sendo assim, restou demonstrado o esmero do corpo técnico em responder a presente consulta, sendo incabível, a meu ver, reabertura de nova instrução para que os mesmos técnicos opinem o que já foi amplamente discutido e formalizado nestes autos. Seria um retrabalho inócuo e que só despenderia tempo tão raro e caro nos dias atuais.

Diante do exposto, em obediência aos princípios da razoabilidade, da economicidade e do interesse público, dou-me por satisfeito com a manifestação da área técnica assim como foi feita para responder a presente consulta.

Feitas essas considerações passou-se à definição de alguns aspectos materiais e à resposta dos questionamentos.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, discorda de diversos aspectos apontados pela área técnica que serão avaliados, de forma sistematizada assim que abordados os temas propostos pela área técnica:

A) Da contratação Integrada

A área técnica assim se manifesta acerca do **Regime de Contratação Integrada**:

2.1 A contratação integrada

3 III.1.1. Breve introdução sobre a contratação integrada

As contratações integradas são inspiradas no modelo internacional *design-build*³, existente há algumas décadas. No ordenamento jurídico brasileiro, o regime de contratação integrada foi inaugurado pela Petrobras, em seu âmbito interno, e foi depois expandido para outros órgãos e entes da Administração pelo Regime Diferenciado de Contratações (RDC – Lei

³ MOREIRA, Ronan Lana Alves. **Integração projeto e obra em empreendimento público de grande porte**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal Belo Horizonte, Escola de Engenharia, 2020, p. 134; ZYMLER, Benjamin, et. al. **Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais**. Fórum. Belo Horizonte, 2018, p. 278.

12.462/2011)⁴. Em seguida, essa forma de contratação foi incorporada à Lei das Estatais e, mais recentemente, à Nova Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei 14.133/2021).

No âmbito das estatais, a Lei 13.303/2016 estabelece, no art. 42, VI, que a contratação integrada, restrita a obras e serviços de engenharia, é aquela que repassa ao contratado a responsabilidade pela i) elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo e ii) execução de obras e serviços de engenharia, montagem, realização de testes, pré-operação e demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

O fato de a contratação integrada transferir ao contratado a elaboração dos projetos básico e executivo, bem como a escolha da solução do projeto, demonstram que ele possui bastante autonomia durante a execução contratual. Isso é, por um lado, uma vantagem para o contratado, pois ele fica livre das restrições do projeto básico elaborado por outrem para que possa executar o que sabe fazer de melhor. Por outro lado, como apontam Zymler et al., essa “maior autonomia reservada ao particular na contratação integrada reflete também uma tentativa do legislador em reduzir os futuros aditamentos contratuais”⁵.

Como o papel do contratado na adoção de soluções é bastante saliente, tanto nas suas liberdades quanto restrições, esse regime contratual não é cabível para qualquer objeto. Assim, a Lei prevê que a contratação integrada somente pode ser adotada quando a obra ou o serviço de engenharia i) for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou ii) puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado (art. 43, VI, Lei 13.303/2016). Trata-se de obras e serviços bastante específicos, que tornam a contratação integrada um regime de contratação pontual. Com base nisso, Justen Filho afirma que há “uma relação intrínseca deste regime com a complexidade de abordagem do contratado para execução da obra ou de serviço de engenharia”⁶. Isto é, o objeto da contratação precisa ter aquelas características, não bastando uma obra comum sem projeto básico. Por isso, a lei veda a adoção da contratação integrada tendo como justificativa simplesmente a ausência de projeto básico (art. 42, §5º, Lei 13.303/2016).

A respeito do cabimento da contratação integrada para objetos muito específicos, é oportuno trazer a observação do Ministério Público junto ao TCU, constante do relatório do Acórdão 1388/2016-Plenário do TCU:

37. Vencida a etapa de situar, ainda que de forma sintética, a CI nos contextos nacional e internacional, considero oportuno trazer novamente algumas observações de Marçal Justen Filho sobre o regime comentado, extraídas da obra já citada:

‘Não se pode ignorar que esse modelo contratual foi desenvolvido no âmbito de uma empresa específica, a Petrobras. Ou seja, não podem ser desconsideradas as características da atividade da Petrobras e as razões que a conduziram à adoção desse modelo.

A Petrobras atua em setores diversos, muitos deles envolvendo atividades dotadas de grande complexidade e sem paralelo na experiência usual e comum das atividades de engenharia. Assim, por exemplo, a Petrobras necessita adquirir plataformas de perfuração e de extração de petróleo em

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Estatuto jurídico das empresas estatais**. Revista dos Tribunais: 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo, 2016: “Trata-se de um regime que foi adotado inicialmente pela Petrobras e que, em seguida, passou a constar no rol de regimes permitidos para execução das obras e serviços prevista na Lei 12.462/2011”.

⁵ ZYMLER ET AL., op. cit., p. 281.

⁶ JUSTEN FILHO, op. cit.

alto mar, envolvendo circunstâncias anômalas. Muito mais razoável do que desenvolver diretamente uma solução técnica apropriada para tais casos é a Petrobras atribuir a um terceiro, titular de conhecimento e experiência específicos, o encargo de conceber a solução integral.

Mas nem mesmo a Petrobras se utiliza do modelo da contratação integrada como padrão usual de seus contratos com terceiros. A ponderação é relevante para evitar o equívoco de supor que a contratação integrada é uma solução universal, uma espécie de panaceia para as dificuldades enfrentadas pela Administração Pública brasileira. (...)

38. Extraio, das palavras do jurista, duas nuances importantes, as quais conjugo à minha forma de pensar. A primeira, de que a CI tem um espectro reduzido de utilização, reservada aos casos em que a concepção da solução pelo particular se apresenta mais vantajosa para a Administração. A segunda, de que a CI não é remédio para todos os males, entre os quais a ausência de projeto. (g.n.)

Se o objeto se enquadrar nas hipóteses permissivas da contratação integrada, a estatal deve observar a presença de alguns documentos na licitação (art. 42, §1º, Lei 13.303/2016). Dentre os que nos interessam para essa consulta, tem-se que a licitação deve contar com anteprojeto de engenharia, que é um documento com informações menos detalhadas que o projeto básico, e com matriz de riscos. Dada sua importância, esses dois documentos serão detalhados a seguir. (Grifei)

Na sequência, a área técnica aponta as características do Anteprojeto e do Projeto Básico (peças que devem constar do Regime de Contratação Integrada), juntamente com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca do tema.

III.1.2. Anteprojeto

Em licitações para outros regimes de contratação, os licitantes oferecem suas propostas baseados no projeto básico e/ou executivo; na ausência de projeto básico, as licitantes oferecerão suas propostas com base no anteprojeto. Ele serve, nas palavras de Zymler et al., “precipuamente apenas como parâmetro referencial para a estimativa de custos e a posterior avaliação das propostas ofertadas no certame”⁷. Isso faz com que o anteprojeto deva conter informações suficientes para que os licitantes entendam de qual objeto afinal a estatal deseja usufruir e quais são os passos necessários para se chegar a ele. Para que ele possua tais características, a legislação traça pontos importantes que devem estar presentes, conforme se vê do art. 42, VII, Lei 13.303/2016⁸.

⁷ ZYMLER ET AL., op. cit., p. 284.

⁸ Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

VII - anteprojeto de engenharia: **peça técnica com todos os elementos de contornos necessários e fundamentais à elaboração do projeto básico, devendo conter minimamente os seguintes elementos:**

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, segurança e durabilidade e prazo de entrega;
- c) estética do projeto arquitetônico;
- d) parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;
- e) concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- f) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;

Apesar de esse inciso possuir nove alíneas que descrevem quais os elementos mínimos que o anteprojeto deve conter, a Lei permanece vaga sobre o conteúdo do anteprojeto. Por exemplo, a Lei prevê a necessidade de pareceres de sondagem, mas não são estabelecidos, por exemplo, quantos furos no solo para identificação das suas camadas e das características destas são necessários para a elaboração de um parecer de sondagem compatível com o nível de exigência de um anteprojeto. Mas, mesmo que houvesse essa previsão, as condições reais encontradas na execução, quando são feitos mais furos durante de sondagem, podem diferir significativamente daquelas obtidas nas sondagens feitas para o anteprojeto. Tendo isso em vista, pertinente o alerta de Filgueiras⁹ de que a “*notória natureza limitada* do anteprojeto - peça técnica que antecede e fornece diretrizes ao projeto básico - deve ser considerada quando de sua utilização nesse novo tipo de contratação” (g.n.).

Essa inescapável diferença faz com que o anteprojeto seja intrinsecamente impreciso – às vezes mais, às vezes menos, mas sempre haverá imprecisão. E essa é uma das razões pela qual é conferida autonomia ao contratado. Sua autonomia engloba tanto a adoção das soluções que entender necessárias durante a construção quanto a oferta, na fase de licitação, do preço que considere a existência das incertezas do anteprojeto. A precificação da incerteza inerente ao anteprojeto é, em verdade, um imperativo nesse regime de contratação. Isso é bem ilustrado no seguinte julgado:

Acórdão nº 1388/2016 - TCU – Plenário – Voto do Revisor

35. Em algumas situações, por conter maiores indefinições do que o projeto básico, **o anteprojeto de engenharia contém um maior grau de incerteza acerca do orçamento do objeto. Essas incertezas**, de acordo com a sistemática da contratação integrada – em especial as maiores restrições à celebração de aditivos –, **constituem risco adicional para os licitantes que devem precificá-los e considerá-los em sua proposta**. Ou seja, **o preço ofertado inicialmente tende a ser majorado em função da absorção desse risco**. (g.n.)

Como o excerto acima demonstra, o licitante *deve* considerar em seu preço que as condições de execução possivelmente, ou provavelmente, diferirão daquelas apresentadas no anteprojeto, cujas informações são incompletas. Ou seja, os licitantes devem precificar suas propostas cientes de que as informações do anteprojeto são imprecisas e que a execução pode vir a ser efetivamente mais cara do que o esperado apenas com base no anteprojeto.

Tendo esse *dever* em vista, a jurisprudência do TCU não admite o reequilíbrio econômico-financeiro por omissão ou falha no anteprojeto nas contratações integradas:

ACÓRDÃO 2591/2017-PLENÁRIO TCU – Relatório de Auditoria

47. **Em princípio, julguei não haver permissão legal expressa para aditamento contratual com vistas a corrigir erros ou omissões no anteprojeto**, como o que fora verificado nessa

g) levantamento topográfico e cadastral;

h) pareceres de sondagem;

i) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

⁹ FILGUEIRAS, Luiz Ricardo Leite. **Diretrizes para elementos mínimos de anteprojeto de obras de implantação ou pavimentação rodoviária**. Monografia de especialização em auditoria de obras públicas rodoviárias. Tribunal de Contas da União. Instituto Serzedello Corrêa. Universidade de Brasília. Brasília, 2018, p. 3.

ocorrência. Interpretei que a intenção do legislador do RDC foi conferir uma maior assunção de risco para o particular nas contratações integradas, de maneira que nas situações em que não houver uma alocação objetiva de riscos entre as partes, estabelecida contratualmente, o construtor acabaria assumindo os eventuais encargos resultantes de **incompletudes e omissões** que **são inerentes a qualquer anteprojeto**.

48. Essa seria uma das principais características desse regime de execução contratual, ou seja, a transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico ao contratado para execução das obras. **O anteprojeto serviria precipuamente apenas como parâmetro referencial para a estimativa de custos e posterior avaliação das propostas ofertadas no certame.**

49. **Assim, é bastante provável que todo anteprojeto seja, em algum grau, alterado pelos projetos básico e executivo, o que está na essência da atividade de projetar, sem que caiba necessariamente a realização de aditamentos contratuais, que são em regra expressamente vedados na contratação integrada.**

A própria Lei Instituidora do RDC prevê a possibilidade de apresentação de projetos com metodologia diferenciada de execução pelo contratado.

50. As hipóteses postas pelo representante do consórcio para aditamento contratual não encontram previsão legal. **Não se cogita a celebração de aditivo por “erro” ou “omissão” no anteprojeto e, muito menos por necessidade de alteração do anteprojeto.**

[...]

60. Ademais, deixei consignado nas deliberações precedentes deste processo que **há um tratamento assimétrico entre as perdas e sinergias do particular na execução do objeto. Ora, quando o particular consegue otimizar a solução do anteprojeto ou obtém maior eficiência e racionalização nas metodologias executivas da obra, o benefício financeiro acaba sendo inteiramente apropriado por ele.** [...]

[...]

64. Assim, os **eventuais ganhos ou perdas oriundos das soluções de adotadas pelo contratado na elaboração do projeto básico**

devem ser auferidos/suportados única e exclusivamente pelo particular, independentemente da existência de uma matriz de riscos disciplinando a contratação. **Trata-se de regra inerente à contratação integrada, que é licitada a partir de um anteprojeto com menor grau de definição do objeto. Eventuais omissões ou indefinições no anteprojeto, em regra, não ensejam a celebração de termos de aditamento contratual, pois anteprojeto não é projeto básico.** (g.n.)

Segundo o excerto acima, aceitam o legislador e a jurisprudência que, como serão do contratado as eventuais perdas ou ganhos relacionados às divergências entre o anteprojeto e as informações obtidas a partir do projeto básico ou executivo, os preços incorporem gastos que talvez não se materializem. Essa aceitação decorre da incompletude intrínseca do anteprojeto.

Em suma, por mais que a lei tente reduzir a imprecisão do anteprojeto, ele continua a não possuir o detalhamento sobre as reais condições em que se dará a obra ou serviço de engenharia, por se tratar de característica ínsita a ele. É justamente por haver muitas incertezas que o risco nas contratações integradas é elevado. Daí a previsão legal da obrigatoriedade da elaboração da matriz de riscos, a ser tratada no tópico seguinte.

(...)

III.1.5. Considerações sobre a contratação integrada

Como se viu ao longo deste item, a contratação integrada é um regime de contratação bastante específico, que traz vantagens e desvantagens tanto para a contratada quanto para a contratante. As vantagens da contratação integrada consistem em redução de prazos, segundo a experiência internacional¹⁰, e maior eficiência e maior estímulo à ação responsável do contratado¹¹. Dentre as desvantagens, verifica-se que, no Brasil, houve aumento de prazo na execução contratual, menores descontos e licitações fracassadas quanto aos regimes de contratação integrada^{12 13}, e dificuldade na precificação do objeto¹⁴.

¹⁰ Em sua dissertação, Moreira registra que a experiência internacional em design-build aponta uma tendência à redução de prazo: “Como resultado mais abrangente, considerando então todas as pesquisas levantadas, rodoviárias ou não, Sullivan et al. (2017) demonstraram que no DB houve uma média de aditivo de custos de 2,8% contra 5,1% encontrado no BBD. Porém, sem considerar os valores extremos, as diferenças não foram estatisticamente relevantes. Quanto à duração dos empreendimentos, o DB se mostrou melhor, com aditivo de prazo de 10,7% em comparação com os 18,4% encontrados no DBB. Por fim, os autores concluem que o DB tanto pode aumentar a velocidade de entrega de um projeto, quanto aumentar a certeza de sua duração.” (MOREIRA, op. cit., p. 32-33).

¹¹ “Assim, os riscos derivados de eventos supervenientes, que se associam às escolhas implementadas no projeto básico, correrão por conta do particular. Isto estimula a eficiência na elaboração do projeto, desincentivando comportamentos oportunistas no momento de sua execução. A segregação projeto/execução implica estímulos para o exequente ser desidiioso no que concerne a falhas do projeto, enxergando-as, muitas vezes, como meio de majorar seus ganhos. Estimula-se ainda a elaboração de projetos responsáveis, em que o particular terá o máximo incentivo para avaliar as vicissitudes que possam impactar na elaboração do projeto, de modo a se prevenir de futuros prejuízos. Com efeito, estimula-se tanto a responsabilidade na etapa de concepção como também de execução. Ou seja, a integração da responsabilidade de projetar e executar tende a gerar maiores benefícios econômicos para a Administração”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel *et al.* **Comentários à lei das estatais** (Lei n. 13.303/2016). Fórum. Belo Horizonte, 2019, p. 263.

¹² MADEIRO, Emmanuel Do Vale. **Diretrizes para elementos mínimos de anteprojeto de obras de restauração de pavimentos asfálticos**. Monografia de especialização em auditoria de obras

Além desses problemas, Silva¹⁵ ressalta que o uso desse regime contratual em obras e serviços de engenharia que exijam substancial uso do solo e do subsolo é dificultado pelas as incertezas inerentes a esse elemento, e, com base nisso, conclui pelo não cabimento da contratação integrada para tais objetos:

Fato é que, ainda que haja minuciosas investigações no local da obra antes da contratualização do risco geológico, elas podem ser insuficientes para detectar todas as obstruções e dificuldades futuras, o que põe em risco a execução dos projetos.

[...]

Dessa forma, entende-se que é aplicável o alerta da nota introdutória do Livro Prata da FIDIC (1999) para a CI: o regime não é adequado para ser utilizado em construção que envolva substancial trabalho subterrâneo, pois:

- a) os riscos pela concepção dos projetos básico e executivo foram legalmente alocados ao contratado (método construtivo eleito pelo interessado pode estar diretamente vinculado ao risco geológico);^[1]
- b) toda a contingência – nela incluída a relativa à materialização de prejuízos por fatos imprevistos – estará inserida na taxa de risco acrescida ao valor do contrato;^[2]
- c) é vedado aditivo fora das exceções previstas, hipóteses únicas em que o valor do contrato poderá ser alterado.

Sobre o trecho transcrito, é preciso ressaltar que a autora, embora entenda que esse regime contratual não deve ser aplicado a obras que exijam substancial uso do solo e subsolo, registra que a União já utilizou com sucesso a contratação integrada para essas situações. Apesar dos casos bem-sucedidos, o apontamento de Silva e todas as desvantagens devem ser levadas muito a sério.

No entanto, as dificuldades, ao invés de levarem à subutilização ou até não utilização da contratação integrada, devem apontar para o **uso da contratação integrada apenas quando esse regime realmente for cabível e vantajoso**. Nessas hipóteses, as vantagens suplantarão as desvantagens, como a experiência internacional citada demonstra.

Além de conduzir a uma avaliação sobre sua pertinência por parte das estatais, o regime de contratação integrada, por necessariamente envolver preços mais elevados¹⁶, exige do controle externo um olhar diferente sobre

públicas rodoviárias. Tribunal De Contas Da União Instituto Serzedello Corrêa, Universidade De Brasília. Brasília, 2018, p. 30.

¹³ PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 402.

¹⁴ NIEBHUR & NIEBHUR, op. cit., p. 129-130.

¹⁵ SILVA, op. cit., pp. 25 e 133.

¹⁶ Conforme voto do revisor no já mencionado Acórdão 1388/2016-Plenário do TCU: “35. Em algumas situações, por conter maiores indefinições do que o projeto básico, o anteprojeto de engenharia contém um maior grau de incerteza acerca do orçamento do objeto. Essas incertezas, de acordo com a sistemática da contratação integrada – em especial as maiores restrições à celebração de aditivos –

essas contratações. Assim, o controle externo não deve apontar sobrepreço ou superfaturamento quando o valor da execução ficar mais baixo do que o preço contratado, em virtude da não materialização dos riscos. O parâmetro para aferição da compatibilidade das propostas com o objeto deve considerar os riscos efetivamente envolvidos na contratação em questão (mesmo que não se concretizem), e como eles foram avaliados pela contratada, a exemplo do que foi feito no seguinte julgado do TCU:

ACÓRDÃO Nº 1.310/2013 – PLENÁRIO

4. Após a minuciosa análise das razões recursais, a Serur propõe dar provimento aos recursos, para afastar o débito e as multas impostas aos recorrentes pelo Tribunal. Conforme demonstrado pela unidade especializada, a (...) estimou margem de lucro de 12%, a qual, somada aos demais custos indiretos, resultaria em BDI de 25,95% (peça 5, p. 25). A contratada, por sua vez, optou por estimar um lucro menor (6%) e provisionar outras rubricas de custos indiretos, objetivando fazer face aos riscos contratuais, “que decorrem da sua experiência de mercado e fogem da competência do Estado interferir em sua definição, se dentro de uma margem razoável de preço global da contratação”. Com isso, seu BDI foi estabelecido em 33,72%.

5. Nada obstante, custos diretos da contratada situaram-se em patamar inferior ao estimado pela estatal, de forma que a proposta de preço superou o custo previsto em 4,5%, o que não poderia ser considerado sobrepreço, levando-se em consideração a margem de erro admitida pela (...) (10% para mais ou para menos – peça 5, p. 25).

6. O representante do Ministério Público junto ao TCU, revendo, em parte, seu posicionamento anterior, manifestou-se de acordo com a proposta alvitada pela Serur, no sentido do afastamento do débito e das multas. Primeiro, porque, no caso em análise, não se verificou a ocorrência de sobrepreço. *Segundo, porque é facultado às licitantes incluir, como itens de custo de suas propostas, os riscos e contingências envolvidos na execução do objeto licitado, estimando seus percentuais de acordo com a natureza dos serviços a serem prestados e com a sua experiência pregressa. Esses riscos poderiam ser indicados de forma genérica, mas a (...) optou por fazê-lo por intermédio de rubricas específicas* (o grifo não consta do original). (Acórdão no 1.659/2014 – Segunda Câmara, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Processo no 009.380/2008-4).

, constituem risco adicional para os licitantes que devem precificá-los e considerá-los em sua proposta. Ou seja, o preço ofertado inicialmente tende a ser majorado em função da absorção desse risco”. (grifo no original)

Enfim, tanto a contratada quanto o controle externo devem ter em mente que “eventuais ganhos ou encargos oriundos de soluções adotadas pelo contratado na elaboração do projeto básico devem ser auferidos/suportados única e exclusivamente pelo particular”¹⁷.

Estando respeitados todos os aspectos até aqui abordados (contratação integrada quando ela for realmente cabível; anteprojeto que atenda aos requisitos legais; matriz de risco elaborada segundo as melhores técnicas e práticas; utilização de outros meios para gerenciamento dos riscos), a proposta vencedora, ao incorporar os custos distribuídos na matriz de riscos, caracterizará o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que será tratado no item a seguir.

Pois bem.

Extraí-se do parecer ministerial que o Regime de Contratação Integrada se aplica apenas **quando** a realização de obras e serviços de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de ***inovação tecnológica do objeto licitado*** ou **quando** puder ser executado com ***diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado***, ou seja, tal questionamento está em consonância com o proposto pela área técnica.

A matéria pontuada pelo Ministério Público de Contas encontra-se clarificada detalhadamente pela área técnica e ainda está em consonância com o entendimento do Ministério Público de Contas, ou seja, contratação integrada quando ela for realmente cabível (restrita a obras e serviços de engenharia); anteprojeto que atenda aos requisitos legais; matriz de risco elaborada segundo as melhores técnicas e práticas; utilização de outros meios para gerenciamento dos riscos.

B) Da matriz de risco

Sobre o tema, assim se manifesta a área técnica:

3. Matriz de risco

Considerando que nenhuma atividade é livre de riscos, incluindo-se os contratos, é preciso que, de alguma forma, eles sejam distribuídos entre as partes. Essa distribuição pode ser feita pela lei, implicitamente em qualquer contrato, ou pode constar expressamente no próprio instrumento contratual, normalmente na forma de uma matriz. Quando no contrato constar explicitamente a distribuição dos riscos, as partes saberão antecipadamente quem “vai suportar o custo (ou absorver o benefício) de uma alteração inesperada nos resultados do projeto, a partir da materialização de cada

¹⁷ PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 409.

risco em questão”¹⁸. Essa ciência prévia serve para prevenir potenciais conflitos, como registram Guimarães e Santos¹⁹:

A elaboração da matriz de riscos implica antecipação da definição de responsabilidades por eventos supervenientes que onerem ou influenciem a execução contratual, evitando conflitos posteriores de interesses em razão de indefinições acerca de obrigações e responsabilidades.

Considerando as incertezas da contratação integrada e as vantagens da matriz de riscos, a Lei das Estatais estabelece que, nesse regime, a matriz de riscos é uma obrigatória cláusula contratual (art. 42, X, L. 13.303/2016). Ao distribuir os riscos, a matriz passa a caracterizar o equilíbrio inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos *supervenientes* à contratação. A esse respeito, ressaltam Pereira Júnior et al.²⁰: “A natureza dos riscos que devem ser tratados na denominada matriz é derivada de fatores supervenientes à contratação e não de erros, incompletudes e omissões pré-existentes no anteprojeto”.

Uma vez elaborada a matriz pela estatal, ela estará disponível a todos os licitantes. Esses, sabendo que o risco será seu caso vença o certame, deverão considerar o custo para lidar com o risco em seu preço, de modo que a maneira como são alocados os riscos traz impactos diretos na precificação das propostas. Nesse sentido, o Guia Prático para Estruturação de Programas e Projetos de PPP alerta que “quanto mais riscos forem transferidos ao parceiro privado, mais alto será o retorno que os investidores irão demandar para entrar no projeto, além de afugentar financiadores, o que tornaria o projeto mais caro”²¹. No mesmo sentido, Nóbrega lembra que “o risco pode ser considerado como uma oportunidade e nesse caso quanto maior o risco, maior será o potencial de retornos ou perdas”²², pois, caso o evento ocorra, haverá o gasto do valor destinado a cobri-lo, mas, caso ele não se materialize, aquele a quem atribuído ficará com os valores para si.

Essa precificação, como ocorre quanto ao anteprojeto, não é algo negativo, mas inerente à distribuição dos riscos. Mais que isso, ela é intencional. Ao determinar que as estatais prevejam expressamente quais riscos cabem a cada parte, o legislador espera que o contratado inclua os custos relativos aos riscos que lhe cabem no seu preço. Convergindo com isso, a jurisprudência, assim como em relação ao anteprojeto, aceita a precificação dos riscos, como registram Pereira Júnior et al.²³:

Para a Corte de Contas federal, a matriz de risco habilita cada licitante a incluir, como itens de custo de suas propostas, os riscos e contingências envolvidos na execução do objeto licitado, estimando-lhes os respectivos índices de acordo com a natureza dos serviços a serem prestados e a sua experiência anterior, o que

¹⁸ **Guia Prático para estruturação de Programas e Projetos de PPP**. Implementadores: Enterprise; Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Patrocínio: Embaixada Britânica Brasília; Great Britain. Elaboração: Radar PPP. p. 68.

¹⁹ GUIMARÃES, Edgar, SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais** – comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da lei no 13.303/2016. Fórum. Belo Horizonte, 2017, p. 138.

²⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et al. **Comentários à lei das empresas estatais – lei no 13.303/16**.

Fórum: 2 ed. Belo Horizonte, 2020, p. 406.

²¹ Guia Prático para estruturação de Programas e Projetos de PPP, op. cit., p. 68.

²² NÓBREGA, Marcos. Direito e economia da infraestrutura. Fórum. Belo Horizonte, 2020, p. 135.

²³ PEREIRA JUNIOR et al., op. cit., p. 408.

convém à administração na medida em que torna as propostas próximas da realidade dos custos e incidentes da execução, menos vulneráveis, portanto, a riscos e imprevistos.

Tendo em vista essas vantagens (prevenção de conflitos, aproximação dos preços com a realidade, diminuição da vulnerabilidade), é, ao contrário, a falta de precificação de um risco que pode ser negativa. Um risco alocado não precificado poderá levar a descabidos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, com os consequentes gastos com advogados, Judiciário, paralisação de obras, atraso na prestação do serviço público. Tudo isso para uma situação que deveria, desde o princípio, estar coberta pelo preço.

Para evitar esses inconvenientes, é preciso não apenas a precificação dos riscos expressamente alocados às partes, mas também uma boa elaboração da matriz de riscos, que ocorre com a correta identificação e alocação dos riscos. No entanto, a lei não estabelece a qual parte incumbe quais riscos – à exceção da obrigatoriedade da alocação à contratante dos riscos decorrentes de fatos supervenientes associados à escolha da solução de projeto básico (art. 42, §3º, Lei 13.303/2016).

Para fazer a boa alocação dos riscos, então, é necessário recorrer aos estudos já existentes a esse respeito, os quais estabelecem a regra geral de que os riscos devem ser alocados à parte que tem melhor condição de gerirlos. Essa regra, embora correta, é, como destaca Nóbrega²⁴, “simplista e vaga”. Para melhor detalhá-la, o autor aduz que:

Para ser mais preciso, **cada risco deve ser alocado** de acordo com o direito de tomar decisões de forma a maximizar o valor total do projeto (total Project value), **considerando a capacidade de cada parte para: a) influenciar o correspondente fator de risco; b) influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco – antecipando ou respondendo ao fator de risco – e; c) absorver o risco.**

Essa descrição de como se distribuem os riscos vai ao encontro com a de Portugal Ribeiro²⁵, segundo o qual **o risco deve ser alocado a quem tem a melhor capacidade de preveni-lo, mitigá-lo ou absorvê-lo, com o menor custo.** [1]
[SEP]

Para se descobrir quem, contratante ou contratado, é o mais apto a prevenir, mitigar ou absorver os custos do risco, é preciso observar alguns passos. Em primeiro lugar, é preciso **colher dados de qualidade** sobre o projeto e **utilizar o método de mapeamento de riscos que seja mais adequado** ao caso, dentre os muitos disponíveis, como lista Nóbrega²⁶:

A **fault tree (árvore de falhas)** é um diagrama que mostra a relação entre um específico e indesejável evento e o sistema, pontuando as falhas nos componentes desse mesmo sistema. Trata-se de um mecanismo dedutivo considerando que primeiro o evento indesejado é definido para então ser analisado o impacto desse evento em todo o sistema. A **árvore de eventos** é um método que mostra a

²⁴ NÓBREGA, op. cit., p. 137.

²⁵ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos.** Atlas. São Paulo, 2011, p. 80.

²⁶ NÓBREGA, op. cit., p. 136-137.

sequência de resultados que podem ocorrer após determinado acontecimento. Trata-se de método indutivo muito usado para análise de repercussão antes e após um dado evento. A **análise causa-consequência**, por sua vez [...] é um misto entre a fault tree e a árvore de eventos. Essa técnica combina a análise das causas (descrita pela fault tree) e a análise de consequências determinada pela árvore de eventos, estabelecendo uma abordagem indutivo-dedutiva. O objetivo dessa técnica é identificar os tipos de eventos que podem ocasionar consequências indesejáveis e suas respectivas probabilidades em um diagrama CCA para então calcular as probabilidades das correspondentes consequências, estabelecendo, por fim, o nível de risco do sistema.

Outros métodos que podem ser utilizados são aquelas ferramentas de tomada de decisões em ambientes de incerteza, incluindo vários métodos como: **algoritmos**, **teoria bayseana** e **árvore de decisões**. Um algoritmo, por exemplo, contém uma sequência de instruções para resolver determinado problema. A árvore de decisões, por sua vez, mostra graficamente uma sequência de escolhas conhecidas e seus possíveis resultados de forma que o tomador de decisão poderá identificar as melhores alternativas para atingir os objetivos pretendidos. Ela incorpora probabilidades de riscos e os custos-benefícios de cada sequência de eventos considerando cada decisão tomada. Além desses, métodos de **simulação de projetos e análises de sensibilidade** também podem ser utilizados e tanto melhor funcionarão quanto mais acuradas forem as estimativas das probabilidades dos eventos e de seus resultados (outcome). Esses são apenas alguns exemplos de tantos outros métodos que podem ser utilizados para detectar o nível de risco de determinado empreendimento. No entanto, **todos dependerão da qualidade dos dados coletados e da adequada escolha do método** que melhor se vincula a um determinado projeto ou realidade.

Depois, é preciso **observar as técnicas usuais no mercado** a que se refere o projeto. Por exemplo, em regra, os riscos de solo/subsolo/geológicos/geotécnicos são da contratada, pois ela geralmente tem melhores condições de mitigá-los e absorvê-los. Nesse sentido, Silva²⁷ destaca:

Aplicando-se tais lições ao risco geológico, considerado o primeiro critério trazido por Irwin (2007), pode-se inferir que há mais

²⁷ SILVA, Lisângela Cristina Jaqueto Sá Pereira Da. **A contratualização do risco geológico nas obras públicas subterrâneas**. Dissertação (mestrado profissional). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 46-48.

razoabilidade na alocação do risco geológico ao contratado, uma vez que ele, sendo o responsável pela execução do objeto, terá mais capacidade de influenciar o fator de risco correspondente e de aplicar as medidas mitigadoras ou redutoras das consequências de sua materialização. Claro está que esse risco geológico só poderá caber ao contratado se, ao mesmo tempo, for transferido a ele o direito de tomar as decisões necessárias em face de sua materialização. No caso de obra subterrânea, em que o solo é o principal material de construção, pode ser preciso proceder ao reexame e à alteração do método construtivo e/ou projeto.

[...]

No regime de contratação integrada, a alocação do risco geológico é imposta ao contratado, pois nele está pressuposto que o instrumento convocatório apresente uma matriz de riscos cuja taxa de risco seja compatível com o objeto da licitação, para conferir alguma segurança, exequibilidade e competitividade quanto aos preços, além de estabilidade ao arranjo (artigo 9º, § 5º, da Lei n. 12.462/2011).

Caberá, em suma, ao particular decidir se aceita ou não executar obra pública subterrânea sob o regime de contratação integrada.

No mesmo sentido, Ribeiro²⁸ ilustra o risco de mitigação a partir de caso real relacionado a risco de solo/subsolo na experiência internacional:

Por exemplo, na Inglaterra, tem sido comum em obras para construção de metrô transferir o risco de interferências imprevistas para o parceiro privado. As interferências imprevistas, no caso de construção de metrô, são, por exemplo, os cabos, dutos ou canais existentes no subsolo de uma grande cidade que se encontram no caminho de um túnel de metrô em perfuração. Mesmo quando se tem um mapa bastante detalhado do subsolo dessas cidades, existe sempre a possibilidade de haver cabos, dutos ou outras infraestruturas que não constam dos mapas, mas que figuram no caminho projetado dos túneis. Note-se que, assim como a Administração Pública, o parceiro privado não tem como evitar as interferências imprevistas. A incompletude dos mapas existentes do subsolo dificilmente poderá ser sanada pelo parceiro privado antes do início da perfuração do túnel do metrô. Nesse caso, o parceiro privado, assim como a Administração Pública, não tem como reduzir as chances do evento indesejável se realizar. Contudo, o parceiro

²⁸ RIBEIRO, op. cit., p. 81.

privado, caso ocorra o evento indesejável (por exemplo, o rompimento de cabos que estavam no caminho da perfuração do túnel do metrô), estará em posição muito melhor para remediar o problema que a Administração Pública. Daí por que, na Inglaterra, se aloca esse risco ao parceiro privado.

Também indica a quem deve ser alocado o risco sua **probabilidade de ocorrência e impacto**, como exemplifica Rocha²⁹:

Note que a elaboração da matriz de riscos exige critérios. Muitas vezes pode ser mais econômico a Administração decidir que determinado risco tem probabilidade baixíssima de ocorrência, mas se vier a ocorrer terá elevado impacto com altos custos para o contratado. Nessa particular hipótese, o valor da proposta pode privilegiar os aventureiros. Melhor é, então, repartir o risco do custo entre a empresa estatal e o contratado ou a empresa estatal aceitar o risco, deixando claro que, na ocorrência, aceitará a cláusula de reequilíbrio.

Após essas etapas, passa-se à elaboração da matriz de riscos. A construção da matriz se inicia pela **identificação de “macro áreas’** de responsabilidades ou funções, tais como ‘desenho e construção’, ‘financiamento’, ‘operação’, ‘manutenção’³⁰. Assim, riscos de “desenho e construção” podem ser alocados, por exemplo, à contratada, e os de “manutenção”, à contratante. Conquanto importante, a identificação de macro áreas deve ser melhor detalhada na matriz, visto que “desenho e construção”, por exemplo, pode incluir basicamente qualquer coisa.

Assim, na construção da matriz de riscos, é preciso atentar para o seu **detalhamento**. A previsão de riscos em termos genéricos cria, como ressalta Justen Filho³¹, “um dever impossível de ser contingenciado e precificado por qualquer sujeito que pretenda assumir o contrato. Pode gerar situação de onerosidade excessiva e impossibilidade gravíssima de execução contratual”.

A esse respeito, Moreira³², em estudo de caso exploratório sobre contratações integradas, observou que, conquanto a matriz de riscos seja vista como facilitadora na solução de controvérsias, seu maior detalhamento a tornaria ainda mais útil:

No que diz respeito ao gerenciamento de riscos na Contratação Integrada, 80% dos entrevistados relataram que a Matriz de Risco facilitou a administração de conflitos durante a execução do empreendimento conforme apresentado no gráfico da Figura 4.18.

[...]

²⁹ ROCHA, Marcelo Souza. As novas regras para os contratos na lei n. 13.303/2016. In: FERNANDES, Murilo Jabocy (Coord.). **Empresas Estatais: Lei n. 13.303/2016 – doutrina e jurisprudência para empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias e sociedades de propósito específico**. Fórum. Belo Horizonte, 2020, p. 177.

³⁰ Guia Prático para estruturação de Programas e Projetos de PPP, op. cit. p. 69

³¹ JUSTEN FILHO, op. cit.

³² MOREIRA, op. cit., p. 101 e 126.

Os entrevistados que não souberam responder justificaram que não participaram de situações que envolveram a utilização da Matriz de Risco, sendo que **20% do total dos entrevistados ponderaram que a Matriz de Risco precisa ser melhor detalhada, contemplando o máximo de situações eventos geradores de conflito.**

[...]

No quesito de gerenciamento de riscos, **a maioria dos entrevistados [4.2.2] consideram que o uso da Matriz de Risco facilitou a administração de conflitos**, assim como salientado por Touran et al. (2011). Porém **os entrevistados identificaram a necessidade de incrementar o estudo da Matriz de Risco para que a mesma aborde o máximo de eventos de riscos possíveis nos empreendimentos, dando um melhor suporte à gestão de diversos eventos conflitantes que possam ocorrer durante a execução do projeto e da obra.** (g.n.)

Ainda acerca do detalhamento, tem-se que essa é uma característica que deve ser buscada pela Administração Pública, segundo o TCU:

ACÓRDÃO 4160/2020 – SEGUNDA CÂMARA

1.7.2.5. detalhe, nas próximas licitações, a Matriz de Riscos de acordo com estabelecido pelo art. 42, inciso X da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016), prevendo, especialmente, a listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência, com a correta assunção de responsabilidade entre as partes com relação à eventual divisão de custos em um possível aditivo;

ACÓRDÃO 2628/2020 – PLENÁRIO

9.1 dar ciência à Brasil Ventos S.A., com base no art. 9º, inciso I, da Resolução TCU 315/2020, das seguintes **impropriedades:**

9.1.3. elaboração de matriz de riscos deficiente, no âmbito da licitação LC.EDV.T.004/2018, cujo objeto foi a construção da rede de média tensão, **ante a ausência de elementos mínimos de identificação de eventos supervenientes à assinatura do instrumento contratual, potencialmente motivadores de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, ou de alocação de responsabilidade pelos riscos identificados entre as partes**

contratantes, tampouco de definição da respectiva ação mitigadora sob a ótica de subscrever, ou não, termos aditivos de impacto financeiro, o que contraria o regramento expresso nos arts. 42, X, 69, X e 81, § 8º, da Lei 13.303/2016, bem como no art. 34 do Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras;

Assim, não basta prever genericamente que os riscos geológicos, por exemplo, devem ser assumidos pela contratada. É preciso descrever o que se espera e em que consistirão esses riscos dadas as características da obra. Cita-se como exemplo a matriz de riscos padrão do DNIT³³, que descreve nos riscos geológicos os seguintes: “Risco de haver acréscimos nos volumes de escavação dos túneis, necessidade de tratamentos especiais com maior consumo de aço ou concreto, ou ainda, mudança na técnica de construção prevista”. Essa descrição padrão do DNIT representa um *mínimo* do que as matrizes devam conter, podendo, sempre que viável, as estatais serem ainda mais precisas.

Faz parte ainda do detalhamento a distribuição de frações/subáreas dentro de uma mesma macroárea a partes diferentes. Isso precisa estar claramente explicitado na matriz, segundo o Guia Prático para estruturação de Programas e Projetos de PPP³⁴:

EXCEPCIONALIDADES: Quando existem exceções à “macro área” (o caso dos riscos geotécnicos assumidos pelo governo, mesmo diante da transferência do risco construtivo para a concessionária), elas devem ser tratadas explicitamente como tal, evitando dubiedades;

[...] [SEP]

A descrição detalhada não significa, contudo, que outros riscos não expressamente listados no detalhamento não estão alocados à parte. Por exemplo, uma determinada matriz descreveu vinte eventos que constituem riscos geológicos e os alocou ao contratado, mas na construção ocorreu um outro que não estava incluído entre os vinte expressamente previstos; nesse caso, se se tratar de risco geológico, mesmo que não explicitamente listado, ele deverá, em princípio, ser arcado pelo contratado. Ou seja, apesar de o detalhamento ser necessário, a não previsão expressa de cada evento ocorrido não isenta o responsável de arcar com o risco a ele alocado.

O dever de arcar com os riscos a si alocados, ainda que um determinado evento não tenha sido descrito, se deve por dois motivos interconectados. A uma, porque isso é inevitável, na medida em que a matriz de riscos trata de eventos supervenientes, isto é, ocorridos após a assinatura do contrato. Como não é possível prever o futuro, não é possível prever a miríade de situações que podem vir a ocorrer, mesmo que se tomem todas as precauções possíveis. Depois, porque é uma limitação inerente da alocação de riscos supervenientes, conforme consignado no Guia Prático para estruturação de Programas e Projetos de PPP³⁵:

Há limitações sobre como os riscos devem ser alocados em um projeto de PPP, que incluem:

³³ DNIT, Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias – Fundamentos. Ministério dos Transportes, 1 ed., Brasília, 2013, p. 27.

³⁴ Guia Prático para estruturação de Programas e Projetos de PPP, op. cit., p. 69.

³⁵ Guia Prático para estruturação de Programas e Projetos de PPP, op. cit., p. 69.

NÍVEL DE DETALHE DA ALOCAÇÃO DE RISCOS: Na maioria das vezes, até pela impossibilidade técnica de se mapear todos os riscos possíveis, eles são tratados em grupos, eventualmente destacando algum risco específico que receberia um tratamento diferenciado (por exemplo, o risco construtivo seria alocado nas responsabilidades do parceiro privado, mas fatores chave relacionados a aspectos geotécnicos do terreno estariam excluídos do rol de responsabilidades assumidas por ele);

Por todo o exposto, conclui-se que, com a fundamentação em dados de qualidade, a observação das metodologias consagradas e práticas de mercado, e o maior detalhamento possível, a resolução quanto aos eventos supervenientes será bastante otimizada pela matriz de riscos, sobretudo se a ela forem associadas outras formas de se lidar com os riscos, tratadas a seguir.

(...)

C) O equilíbrio econômico-financeiro, a teoria da imprevisão e sua aplicação na contratação integrada

Diz a área técnica:

Todo contrato, quando não há vício de consentimento, pressupõe um equilíbrio entre as obrigações das partes. Esse equilíbrio é necessário em todas as espécies de negócios jurídicos, privados ou públicos. No caso desses, o equilíbrio econômico-financeiro é um direito constitucional:

Art. 37. *Omissis.*

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (g.n.)

O fato de o equilíbrio econômico-financeiro constituir-se em um direito subjetivo com sede constitucional não significa que se trata de um direito absoluto. Ao contrário, ele admite modulações, ficando ora mais expandido, ora mais restrito, conforme outras normas interajam com esse dispositivo. Assim, uma elasticidade desse direito é inevitável, conforme as características dos contratos.

Na Lei das Estatais, verifica-se uma nítida restrição a esse direito. A Lei expressamente veda a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados como de responsabilidade da contratada na matriz de riscos (art. 81, §8º, L. 13.303/2016). Desse modo, se o risco geológico foi

alocado à contratada, ela não tem, segundo o texto da Lei, direito a aditivos referentes a esse risco. É nesse sentido o parecer da consultoria Zênite conforme citado na petição inicial e no parecer jurídico da consulta.

A propósito desse parecer, verifica-se um equívoco na interpretação dada no âmbito da consulente. De acordo com o parecer jurídico 11/2021, a consultoria Zênite teria apontado a possibilidade da aplicabilidade da teoria da imprevisão, “de modo que, constatada a imposição de onerosidade excessiva à contratada decorrente da variação que não podia ser estimada ou mesmo prevista com base nos documentos do anteprojeto, seria possível reequilibrar a equação econômico-financeira” (Parecer Jurídico 11/2021-2, pp. 12-13). No entanto, a aplicação da teoria da imprevisibilidade e da onerosidade excessiva, *nos termos dos trechos do parecer da Zênite copiados no parecer jurídico e na petição inicial*, somente seria possível quando o risco não tivesse sido alocado para a contratada.

Confirmam-se os trechos do parecer da Zênite *conforme copiados* no Parecer Jurídico 11/2021 (pp. 13-15), com destaques nossos:

De outro lado, **se a matriz de risco não conferir o tratamento a ser dado ao ônus decorrente da ocorrência desse risco**, entende-se ser continuar sendo o caso de “construir uma solução para a situação indagada pautada não apenas em disposições editalícias e contratuais interpretadas literalmente, mas com base em valores jurídicos consentâneos com os princípios que devem reger o desenvolvimento das relações contratuais celebradas pela estatal consulente, notadamente a boa-fé objetiva”.

Nesse sentido, considerando que a variação para a qual a contratada postula o ressarcimento dos seus custos decorre, não de erro ou falha na elaboração dos estudos do anteprojeto, mas de condição que somente poderia ser aferida por ocasião da elaboração do projeto executivo, **não tendo a matriz de risco atribuído contratada o ônus financeiro decorrente dessa variação**, desde que essa variação determine onerosidade excessiva para o cumprimento da obrigação pela contratada, capaz de retardar ou impedir a regular a execução do ajustado, **cogita-se resolver o litígio em questão promovendo o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato**, nos moldes do art. 81, inc. V da Lei nº 13.303/16:

[...]

Desse modo, no caso das contratações de obras e serviços de engenharia contratadas pelo regime de contratação integrada, o reequilíbrio econômico-financeiro somente será possível se envolver situação extraordinária, imprevisível, da qual decorra onerosidade excessiva para a contratada **e não tenha sido**

contemplada na matriz de risco como sendo de sua responsabilidade arcar com esse ônus.

Essa compreensão encontra amparo na previsão contida no 8º do art. 81 da Lei no 13.303/16, segundo a qual “ vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada”.

[...]

1–Partindo da premissa de que o anteprojeto não tinha “erro técnico”, mas as informações obtidas quando da execução do projeto executivo e novas sondagens indicam sim uma alteração significativa das informações constantes no anteprojeto, que não eram condizentes com a realidade a ser enfrentada na obra, cumprirá **verificar se a matriz de risco aplicada ao caso traz previsão atribuindo a uma das contratantes os efeitos financeiros decorrentes dessa condição ou, ainda, estabelece o dever de as partes compartilharem o ônus financeiro decorrente desse fato.**

1.1 – Sendo esse o caso, a previsão contida na aludida matriz de risco deverá ser aplicada para resolver o litígio suscitado pela contratada.

1.2 -**Não havendo previsão na matriz de risco capaz de resolver a situação em exame, julga-se ser o caso de avaliar a aplicabilidade da teoria da imprevisão ao caso**, de modo que, constatada a imposição de onerosidade excessiva contratada decorrente da variação que não podia ser estimada ou mesmo prevista com base nos documentos e informações constantes do anteprojeto, julga-se possível reequilibrar a equação econômico-financeira do ajuste. (g.n.)

Como se vê, para a Zênite – conforme consta nos autos deste processo, visto que não tivemos acesso ao original – a teoria da imprevisão somente poderia ser aplicada caso o risco não tivesse sido alocado para o contratado. Portanto, o posicionamento dessa consultoria não é pela aplicação da teoria da imprevisão quando “não seja possível resolver a situação aplicando-se a disposição da matriz de risco, [...] OU AINDA OUTROS RISCOS QUE SE APLIQUEM DIRETAMENTE, COMO A DEFINIÇÃO DOS RISCOS GEOLÓGICOS” (Petição Inicial 666/2021-1, p. 9). Diversamente, o entendimento da Zênite é para a aplicação da teoria da imprevisão quando o evento não for previsto na matriz de riscos.

Essa correção quanto ao conteúdo do parecer da Zênite não significa que a posição deste Núcleo é no sentido de que, em nenhuma hipótese, pode ser realizado o reequilíbrio econômico-financeiro quando o risco tiver sido alocado ao contratado na matriz de riscos. Ao contrário do já citado trabalho

de Silva³⁶, que defende a impossibilidade absoluta da celebração de aditivos nas contratações integradas quando o risco tiver sido alocado à contratada, este Núcleo entende que essa interpretação restritiva não é adequada. Isso porque ela limita a aplicação desse regime quando ele for o mais benéfico, bem como porque há solução hermenêutica mais apropriada para solucionar as divergências do que simplesmente descartar o regime contratual. Portanto, como já antecipado na introdução, este Núcleo entende que, a depender das características do caso concreto, a norma do art. 81, §8º, L. 13.303/2016, poderá não ser aplicável, mas sim outras normas que com ela coexistem no ordenamento jurídico.

Iniciemos nossa abordagem com algumas questões de hermenêutica. A interpretação de um dispositivo legal sempre tem como ponto de partida a sua literalidade, mas não sua linha de chegada. Exemplifica essa questão o próprio art. 81, §8º, Lei 13.303/2016, na medida em que o *caput* desse artigo não inclui as contratações integradas. Dada a omissão do *caput* quanto a esse regime, a interpretação literal levaria à conclusão de que a vedação do §8º não seria aplicável às contratações integradas. Se a elas não se aplica esse dispositivo, então, seria possível a celebração de aditivos para os eventos supervenientes ligados aos riscos alocados à contratada nesse regime.

No entanto, essa interpretação não é apropriada³⁷, uma vez que subverteria as características inerentes da contratação integrada, que pressupõem um maior risco e uma série de incertezas, e as formas de se lidar com elas. Ao permitir aditivos na contratação integrada (o que só é possível via interpretação literal) mesmo para os riscos do contratado, a Lei desvirtuaria o regime que ela mesma delineou. Como essa interpretação levaria a um contrassenso com o “espírito” do regime contratual, conclui-se que é vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada também nas contratações integradas, apesar de ausência de previsão expressa. Mas, isso, *em regra*.

Embora aplicável às contratações integradas, o art. 81, §8º, Lei das Estatais, não pode ser lido como uma vedação absoluta aos aditivos. O entendimento de um dispositivo legal depende de sua contextualização dentro do ordenamento jurídico, especialmente a relação com os princípios que ele visa materializar. Dessa forma, o comando que se extrai do texto de um artigo, inciso ou parágrafo, está intrinsecamente ligado ao princípio que ele veicula. Desse modo, uma regra que serve primordialmente à isonomia, por exemplo, não pode ser entendida de maneira a quebrá-la, ainda que a redação legal possa abrir margem a essa interpretação.

Nesse passo, o art. 81, §8º, L. 13.303/2016, propaga os princípios da segurança jurídica, ao antecipar como serão as soluções das controvérsias; da eficiência, ao prevenir a judicialização das questões; da isonomia, visto que se outros licitantes soubessem que haveria aditamentos, teriam apresentado propostas com valores inferiores; da economicidade, ao evitar os dispêndios associados aos termos aditivos. No entanto, a aplicação desse dispositivo sem considerar as particularidades do caso concreto pode violar esses mesmos princípios que ele visa materializar; em outras

³⁶ “Logo, segundo entendimento desta autora, é vedada a celebração de aditivos na hipótese de fatos imprevistos (condições diferentes do solo, por exemplo). Trata-se de omissão legislativa voluntária, motivo pelo qual não cabe analogia com a norma da Lei n. 8.666/1993 ou interpretação extensiva. Dado que os incisos I e II acima são normas excepcionais e a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato se dará nos termos da Lei (artigo 37, XXI, da Constituição Federal – norma constitucional de eficácia limitada), conclui-se que a contratação integrada não é indicada para obras públicas subterrâneas, nas quais frequentemente há elevado grau de risco geológico, constituindo exceções os casos citados em que os projetos executados foram entregues sob suas estritas normas”. (SILVA, op. cit., p. 107.)

³⁷ A respeito de o art. 81, L. 13.303/2016, aplicar-se também às contratações integradas, vide <https://www.zenite.blog.br/contratacao-integrada-pode-a-estatal-alterar-o-contrato/>.

ocasiões, outros princípios podem mostrar-se mais preponderantes. Nesses casos, outras normas serão aplicáveis, como as dos arts. 478 e 479, CC.

Será, então, o caso concreto que norteará a possibilidade de celebração de aditivos mesmo para riscos alocados à contratada na matriz. Para tanto, há vários fatores que devem ser levados em conta. É possível listar alguns elementos que devem ser observados com muita cautela ao tomar essa decisão.

Nesse sentido, é preciso **analisar o conteúdo da proposta de preço da contratada**. Sob esse aspecto, analisa-se se nela foram estimados adequadamente os serviços, já considerando os imprevistos que poderiam ocorrer em face dos riscos que a contratada assumia. Por exemplo, devem ser orçadas as possíveis (até prováveis) divergências entre o previsto no anteprojeto e os projetos básico e executivo. Igualmente, é necessário verificar se a contratada orçou adequadamente a taxa de risco/contingência, quando houver, estipulando valores suficientes para cobrirem eventuais gastos extraordinários destinados a cobrir fatores imponderáveis, ou se esse valor assumiu uma feição muito irrisória na proposta. A orçamentação inadequada por parte da contratada é severamente penalizada no regime de contratação integrada.

Ainda que o orçamento seja proporcional, é preciso **examinar a imprevisibilidade e a onerosidade do evento**. Trata-se dos dois requisitos necessários para incidência da teoria da imprevisão, na forma do art. 478, CC:

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.

Para verificar, então, o cabimento do reequilíbrio econômico-financeiro, é preciso verificar a presença dessas duas características.

Por vezes, o evento pode configurar algo tão absolutamente excepcional que nem mesmo o mais cauteloso e experiente dos prestadores de serviço seria capaz de antevê-lo. Nessa linha, é preciso ressaltar, como ensina Silva³⁸, que:

o termo imprevisibilidade não significa absoluta impossibilidade de prever, mas, sim, razoável grau de imprevisibilidade por um contratado experiente até a data da apresentação da proposta (MIZERSKA, 2016).

Assim, [...] não pode ser caracterizado como um imprevisto geológico uma feição geológica que poderia e deveria ter sido detectada preliminarmente ou no andamento da própria obra e não o foi por alguma deficiência de procedimentos e investigações (SANTOS, 2008, n. p.)

³⁸ SILVA, op. cit., p. 68.

Ainda a respeito do requisito da previsibilidade, a mesma autora³⁹ discorre sobre a experiência da jurisprudência internacional em *design-build*, com proveitosas lições para esta consulta:

O primeiro exemplo é o caso *Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar*, decidido pela Royal Courts of Justice Strand, London (UNITED KINGDOM, 2015a). Essa contratação deu-se sob as Condições de Contrato para Plantas e Design-Build, primeira edição, 1999, do Livro Amarelo da FIDIC137.

[...]

Assim, estimou-se [pelo contratante] que o projeto exigiria escavação de 200.000 m³ de entulho e que, desse montante, cerca de 10.000 m³ estariam contaminados. Esse volume total foi considerado não significativo.

A Obrascon Huarte Lain SA (OHL), no entanto, viria a suspender a execução do contrato, mediante alegação de que se tinham verificado condições imprevistas (contaminação do solo em montante superior ao que poderia ser razoavelmente previsto por um contratado experiente), fato que ensejou a sua rescisão pela contratante.

[...]

A Corte relatou que o juiz se baseou em análises feitas por dois especialistas em contaminação, que tentaram estimar a quantidade real de contaminação no local.

Com base nas evidências limitadas, um dos peritos estimou o volume em 15.243 m³. **Diante da questão jurídica, ou seja, a de determinar que grau de contaminação seria razoavelmente previsível por um contratado experiente na data da licitação (subcláusulas 1.1.6.8 e 4.12 das Condições), o perito chegou à conclusão de que o engenheiro experiente não aceitaria servilmente o valor de 10.000 m³ estimado pela Declaração Ambiental e que, em vez disso, faria a sua própria avaliação das informações contidas naquele documento. Conduzindo a sua própria análise dos dados, o perito chegou ao volume de 15.000 m³.**

³⁹ SILVA, op. cit., p. 69-73. Ressalta-se que a análise da autora se dá no contexto da inserção de cláusulas de condições imprevistas no contrato, as quais conteriam termos vagos, como “contratado experiente”. No Brasil, a falta dessas cláusulas, no entanto, não poderia limitar a discussão judicial, por força da garantia fundamental do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF).

Para a Corte, o contratado experiente não poderia simplesmente aceitar a interpretação de terceiros sobre os dados e dela concluir suas previsões. Exige-se mais dele: cabe a ele recorrer aos seus “[...] próprios conhecimentos e experiência em projetos anteriores de engenharia civil”. Além disso, ele deve realizar uma avaliação razoável das condições físicas que podem ser encontradas.

[...]

O segundo caso foi o das empresas Van Oord UK Ltd & Sicim Roadbridge Ltd (juntas, denominadas OSR) v. Allseas UK Ltd, apreciado por England and Wales High Court (Technology & Construction) (UNITED KINGDON, 2015b).

[...]

Não foi suficiente ao contratado demonstrar que havia bolsões de turfa mais profundos do que os indicados nos estudos geológicos a ele fornecidos em fase de licitação. A Corte entendeu que o contrato foi firmado com base em preço fixo e, portanto, nele estavam contemplados os trabalhos de escavação de turfa. Em suma, o contratado assumiu o risco do custo excedente desse trabalho, assim como o contratante assumiu o risco de que os trabalhos a serem executados pudessem ser mais fáceis, rápidos ou baratos.

Além disso, **contribuiu para esse entendimento o fato de o Tribunal ter encontrado evidência de que um empreiteiro experiente teria razoavelmente previsto bolsões mais profundos de turfa ao longo da seção Sul.** Nesse sentido, testemunha do próprio contratado confirmou que era essa a expectativa.

A interpretação dada pela Corte foi a de que é da responsabilidade do empreiteiro experiente “(...) preencher as lacunas e tomar uma decisão informada sobre quais seriam as condições prováveis no geral”. Para o Tribunal: “Todo empreiteiro experiente sabe que as investigações terrestres só podem ser 100% precisas nos locais em que são realizadas”.

Da análise crítica dos dois exemplos, constata-se que a interpretação conferida pela Corte do Reino Unido foi a de que um contratado experiente não deve presumir que imprecisões nas informações geológicas fornecidas pelo contratante vão conferir a ele o direito a

reivindicar mais tempo e dinheiro em razão de condições adversas encontradas no local da obra.

Do caso da OHL, extrai-se que o contratado experiente deve realizar a sua própria análise do risco. Caso não o faça, arcará com as consequências de adotar as informações e análises fornecidas por outros. Já a decisão no caso da OSR indica que o contratado experiente deve considerar a possibilidade de haver condições mais severas no local de execução das obras, onde testes exploratórios não foram realizados, e, dessa forma, estimar um cenário pior.

Não é demasiado lembrar que o contrato é celebrado para ser cumprido nos termos em que foi avençado. Nos dois casos examinados, a contratação se deu por preço fixo, portanto o contratado estava ciente de que a obra seria construída pelo preço acordado.

Além disso, é preciso que o evento seja excessivamente oneroso. Desse modo, ainda que o evento seja imprevisível, se ele não implicar um custo muito elevado, no contexto do contrato, ele não atrairá a teoria da imprevisão. Sobre o requisito da onerosidade, cita-se trecho do Acórdão 3229/2020 – Plenário, do TCU:

73. Quanto à tese de que a “Epecista” não poderia assumir riscos ilimitados, encaro essa questão sob outra perspectiva.

74. Uma vez alocados contratualmente os riscos, a assunção das repercussões financeiras pela ETE S.A. estaria condicionada não apenas à caracterização de sua imprevisibilidade, mas também à demonstração de desequilíbrio econômico-financeiro insustentável, que tornasse excessivamente onerosa a execução do contrato por uma das partes, caracterizando álea extraordinária, o que não restou comprovado nos autos.

75. Conforme asseverado pelo parquet, o valor controverso, R\$ 14.663.721,03, representa cerca de 1% da avença, indicativo de que poderia ser suportado por rubricas usuais relativas ao enfrentamento de riscos e contingências nesse tipo de empreendimento.

76. Além disso, quando do edital de concessão, os concorrentes tinham conhecimento de que o local indicado pela Aneel não seria necessariamente a área de instalação dos eletrodos, as características do sistema previstas no edital eram apenas indicativas, sendo que o licitante vencedor deveria assegurar-se

da entrega das instalações que operassem dentro de parâmetros de desempenho fixados no edital. Também já existiam informações que sinalizavam dificuldades geológicas na região de Porto Velho. (g.n.)

77. Entender de modo diverso poderia ensejar o desvirtuamento da essência dos contratos do tipo EPC Full, que é a assunção pelos contratados de parcelas significativas de riscos dos empreendimentos objeto dessas avenças.

Portanto, nos casos em que *as duas características estão presentes* (imprevisibilidade e onerosidade), não se pode afastar o direito constitucional ao reequilíbrio contratual, sob pena de a Administração, no mínimo, ferir a razoabilidade e desvalorizar a livre iniciativa, constitucionalmente protegida (art. 170, CF). Ao contrário, se o fato for imprevisível, mas não oneroso, ou se o evento consistir em uma diferença que era previsível para o prestador de serviço experiente, de maneira que sua ocorrência deveria ter sido antecipada no orçamento, ele não fará jus ao reequilíbrio.

Por fim, como na solução de qualquer controvérsia jurídica, é preciso **atentar para o Direito aplicável**, o que envolve o exame de diversos aspectos. Assim, na interpretação dos fatores acima listados, é preciso verificar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, as exigências das políticas públicas e as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado as ações, na forma do art. 22, LINDB.

Além disso, ao utilizar outros julgados como parâmetro para solução, é preciso confrontar os fatos do caso a que o julgado se refere com os fatos do caso objeto da controvérsia. Sobre a aplicação de julgados como precedentes, é oportuna a lição de Sausen⁴⁰:

[...] são preciosas as observações dessa decisão, porquanto demonstram que **não é possível utilizar-se de precedentes sem a devida observação das circunstâncias fáticas** [...].

Seguramente essa é a lição que deveria ser apreendida pelas cortes superiores brasileiras ao lidar com os precedentes, **porquanto as circunstâncias de cada caso sempre serão únicas, pela razão óbvia de que os fatos nunca poderão ser exatamente iguais**. Com tal assertiva, evidentemente, não se está a refutar a possibilidade da utilização dos precedentes, até porque eles são absolutamente importantes para a manutenção da coerência e integridade do direito. O que se pretende, em verdade, é salientar que não se mostra crível o julgamento por simples dedução/subsunção/indução, **é preciso, sob pena de cercear o efetivo acesso à justiça, que sejam observadas as circunstâncias de cada caso, de modo que a**

⁴⁰ SAUSEN, Dalton. A utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional. **Revista Do Tribunal De Contas Do Estado De Minas Gerais**. janeiro/fevereiro/março 2011, v. 78, n. 1, p. 107-108.

universalização somente possa ser aceita quando isso for absolutamente possível. (g.n.)

Portanto, se os fatos forem distintos (art. 489, VI, CPC), o precedente não se aplica. Por exemplo, o multicitado Acórdão 2591/2017, do TCU, trata de construção de rampa de acesso aos aviões, com inclinação específica, a qual no anteprojeto estava prevista como retilínea, mas na execução teve formato em Z – esses fatos não são comparáveis com muitas outras situações, de modo que a elas esse julgado não se aplica. Assim, um julgado que verse sobre fatos muito diversos provavelmente não será adequado à resolução do caso em questão.

Ademais, ainda na busca do Direito aplicável, é preciso ponderar quais princípios estão sendo materializados em maior ou menor grau, considerando as soluções jurídicas, em tese, possíveis. Nesse sentido, é possível que a razoabilidade e a proporcionalidade, aliados à economicidade, eficiência, continuidade dos serviços públicos, indiquem que é menos gravoso ao interesse público a continuidade do contrato revisado, talvez com penalidades, do que sua resolução.

Enfim, somente o caso concreto poderá responder quando pode ou não incidir a teoria da imprevisão frente ao art. 81, §8º, Lei 13.303/2016. Sem fatos a serem analisados, em todo o seu contexto, riqueza e detalhe, não será possível antecipar o cabimento da teoria da imprevisão e, por conseguinte, do reequilíbrio contratual, mas apenas traçar pontos importantes a serem considerados nas futuras contratações e nas situações vivenciadas pelas estatais.

Esclarecidos esses aspectos, que servem de base para o entendimento do tema, passa-se a responder os questionamentos trazidos pelos consulentes.

D) As imprecisões na sondagem inicial e no anteprojeto e o reequilíbrio econômico-financeiro na contratação integrada

Diz o corpo técnico:

Por meio do primeiro questionamento, os consulentes indagam:

1. Constatações nas sondagens mais recentes, realizadas pela empresa contratada durante a execução contratual, que apontem imprecisões na sondagem inicial que embasou a elaboração do anteprojeto utilizado em licitação de obras pelo regime de contratação integrada ensejam direito à revisão?

Via de regra, se o risco pelas diferenças no solo foi expressamente alocado à contratada, cabia a ela considerá-la em seu preço. A esse respeito, cite-se a lição de Altounian e Cavalcante⁴¹:

Uma vez que o anteprojeto (ou parte dele) apresenta grande margem para ajustes — pois a contratada poderá, na medida contratual, modificar as soluções preliminares nele definidas —, existe a

⁴¹ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e contratação integrada na prática**: 250 questões fundamentais. Fórum: 2 ed. Belo Horizonte, 2014, p. 270.

possibilidade de ocorrência de determinado evento deixar dúvidas sobre a justeza de se pactuar um termo aditivo.

Se, por exemplo, ao se executar uma rodovia, a contratada constata que o solo encontrado *in loco* é distinto do definido nas sondagens fornecidas no anteprojeto, será cabível termo aditivo? Existe, no mínimo, uma situação de insegurança, passível de interpretações distintas. *In casu*, em avaliação perfunctória, na medida em que não era passível de conhecimento prévio de qualquer dos licitantes, avaliamos que a “surpresa” quebrou a equação econômico-financeira do ajuste, definida como imutável pelo art. 37, inciso XXI da Constituição Federal. A não ser que se considerasse exigível que todas as concorrentes providenciassem sondagens prévias naquele trecho de rodovia licitado, o que não nos parece ser o caso.

De outro modo, apesar de, em princípio, não entendermos vantajoso, na situação ilustrada, o Poder Público poderia, justificada a vantagem, direcionar os riscos de sondagem para o particular. Nesse caso, sabendo desse risco, a contratada iria dimensionar sua oferta considerando essa imponderabilidade, acrescentando ao seu preço provisões para fazer face aos eventos incertos que impactariam na execução da obra e que estariam sob sua responsabilidade. Não haveria de se falar, assim, em situação alheia ao conhecimento das partes.

Desse modo, em princípio, não cabe reequilíbrio econômico-financeiro no regime de contratação integrada por imprecisões no anteprojeto e por riscos alocados à contratada, como as decorrentes das divergências em sondagens.

No entanto, é possível que o caso concreto exija maiores aprofundamentos. Assim, para verificar o direito à revisão, os envolvidos na solução da controvérsia devem responder *minimamente* a algumas perguntas, podendo outras se mostrarem viáveis e elucidativas diante do caso concreto. Dentre as mais importantes, destacam-se as seguintes⁴²:

- a) Considerando que é inevitável, público e notório que um número maior de sondagens entre características do solo não previstas nas sondagens suficientes para o anteprojeto, quão significativa (em termos de características do solo e em termos de valores) foi a diferença encontrada pela contratada?
- b) Um prestador de serviço experiente e cauteloso poderia prever que a diferença encontrada era plausível e considerá-la em seu orçamento?
- c) No edital de convocação da licitação, havia previsão de taxa de risco/contingência? Se sim, o valor estimado pela contratada para ela era compatível com o nível de complexidade da obra ou serviço de engenharia,

⁴² São cabíveis também questionamentos sobre o cabimento do regime de contratação integrada considerando o objeto, bem como sobre a elaboração da matriz de riscos, além de outras que se mostrem viáveis.

as dificuldades inerentes a esse regime contratual e as inevitáveis imprecisões do anteprojeto?

Poderá ser cogitado do direito à revisão, se as respostas, *cumulativamente*, forem no sentido de que a) a diferença nas características do solo é extremamente significativa, b) não se espera de prestadores de serviço zelosos e experientes a previsão dessa característica, e c) a taxa de contingência for fixada razoavelmente, mas incapaz de fazer frente aos novos gastos. Ou seja, se o contratado foi cauteloso – sopesando as imprecisões com cuidado e estabelecendo valores justos para o que se esperava do empreendimento com base nas informações então existentes – , mas o que aconteceu era tão inesperado, gerando um aumento de preço tão exorbitante que nem as cautelas da taxa de risco/contingência seriam suficientes para cobrir o ocorrido, então, nesse caso, o contratado fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro.

Por outro lado, se a resposta a uma dessas perguntas for negativa (divergências não são significativas, prestadores de serviços cautelosos e experientes poderiam prever e precificar a diferença, ou a taxa de contingência teve um valor muito baixo), não haverá direito à revisão.

Apesar de essas perguntas conferirem um norte, elas continuam dependentes do caso concreto, e, especialmente, da avaliação de especialistas. Expressões como “diferença significativa”, “experiente e cauteloso”, “previsível”, “compatibilidade” são conceitos jurídicos indeterminados. Sobre eles, oportuna é a lição de Justen Filho⁴³:

Os conceitos jurídicos indeterminados traduzem a necessidade de diferenciar situações do mundo real. Suponha-se, como exemplo, a regra de que “passageiros idosos terão preferência de embarque” nos veículos de transporte coletivo. Ora, que se deve entender por idoso? A vida humana é contínua, e não apresenta uma divisão que determine que, a partir de uma data exata, o sujeito estará enquadrado na categoria idoso. Há variações pessoais. Determinados sujeitos são “idosos” aos 50 anos, outros permanecem vigorosos aos 80.

A lei não dispõe de recursos para diferenciar, em termos precisos e estanques, essa realidade. A providência adequada deverá ser encontrada para cada caso concreto, de acordo com as circunstâncias ou pela imposição de uma presunção absoluta.

A ausência de determinação precisa não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real.

Na pergunta ora em análise, somente diante dos dados, poderão as partes, o Judiciário, o árbitro ou o controle externo determinar esses conceitos, provavelmente contando com a perícia de experts na área. É o que ocorre na experiência internacional, que lida com o *design-build* há mais tempo (vide item III.2), conforme analisa Silva⁴⁴: “sobrevindo condições imprevistas

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. Thomson Reuters Brasil: 5. ed. São Paulo, 2018.

⁴⁴ SILVA, op. cit., p. 74.

durante a execução do contrato, as partes, quando não chegam a um consenso quanto à sua caracterização e responsabilidade, transferem para os Tribunais a solução do problema. E o exame é casuístico e dependente da participação de profissionais de outras áreas do conhecimento”.

Sobre o exame que foi aqui exposto, exemplifique-se essa espécie de controvérsia e sua solução por meio de um caso concreto de regime contratual semelhante apreciado pelo TCU, já citado parcialmente no item III.2:

ACÓRDÃO 3229/2020 – PLENÁRIO

47. Discorre [o *parquet*] que **as cláusulas contratuais abrangiam, explicitamente, a elaboração dos projetos e de sondagens, inclusive para a medição da resistividade do solo, revelando que as contratantes tinham conhecimento da possibilidade de alterações de projeto em razão dos resultados dessas medições.**

48. O MPTCU acrescenta que “as contratadas atestaram explicitamente saber que o local das obras não correspondia exatamente ao previsto no edital do leilão, que conheciam o sítio de implantação, que este era adequado e que as condições ali presentes não impactariam no preço contratual”.

49. Além disso, expõe que a distribuição de risco excluiu da responsabilidade das contratadas somente os casos fortuitos ou de força maior e que “as contratadas seriam responsáveis, dentre outras disposições, por ‘sua própria interpretação dos dados e informações do PROJETO BÁSICO REVISADO, bem como dos demais dados técnicos disponibilizados’ e por ‘eventuais deficiências e omissões presentes no Projeto Executivo aceito pela CONTRATANTE’.”

50. O membro do MPTCU discorre que, de acordo com a avença, “a possibilidade de modificação do valor contratado se encontra adstrita a uma alteração de escopo do contrato por determinação da Aneel ou da contratante. Alterações, revisões ou correções exclusivamente necessárias para cumprir o escopo original não permitiriam ajuste no preço avençado”.

51. Nesse sentido, **considerando que a alteração nas configurações dos eletrodos, embora necessária, não se enquadraria como demanda da Aneel ou da ETE S.A., não restaria configurada, à luz das disposições contratuais, hipótese de alteração do valor global pactuado.**

[...]

53. No entender do *parquet*, seria equivocada a conclusão da unidade instrutora de que a situação discutida nos autos caracterizaria uma questão de imprevisibilidade.

54. Isso porque, **embora a experiência nacional na implantação de linhas de transmissão em corrente contínua de alta voltagem fosse limitada, a subcontratada ABB possuiria extenso portfólio de trabalhos desse tipo em todos os continentes e com diversas extensões.**

55. Soma-se a isso o fato de que, **no entender do MPTCU, haveria registro de que as dificuldades geológicas em Porto Velho/RO já eram de conhecimento das empresas desde o leilão.**

56. Assim, **ciente da insuficiência de informações técnicas necessárias à plena locação dos eletrodos, a Abengoa, na qualidade de consorciada proponente, assumiu o risco de estimar a distância de 35 km entre os eletrodos e as estações, bem como a configuração horizontal para os eletrodos, de modo a apresentar um lance competitivo.**

[...]

62. Feita essa síntese de pontos que considero importantes para esta decisão, passo ao exame do feito. **Registro a minha concordância ao posicionamento externado pelo MPTCU, cujos fundamentos incorporo às minhas razões de decidir, exceto nas questões pontuais que explicitarei neste voto.**

63. De início, **é preciso reconhecer que as modificações na configuração e localização dos eletrodos foram, de fato, necessárias. Portanto, o cerne da controvérsia é a quem incumbiria a assunção das repercussões financeiras dessa modificação, considerando a sua natureza, o contexto e as disposições contratuais.**

64. Não obstante a extensa documentação carreada aos autos, não estou convencido da regularidade do reequilíbrio econômico-financeiro efetuado por meio do segundo termo aditivo ao Contrato 10/2009-ETE.

65. Sabe-se que **é próprio dos contratos do tipo EPC Full transferir significativa parcela dos riscos de projeto, execução e performance na consecução de empreendimentos complexos**

para a contratada (ou “Epecista”), tornando medida excepcional a celebração de aditivos contratuais de aumento de custos ou de prazos.

66. Todavia, mesmo nesses contratos, existem riscos que, por sua própria natureza, incerteza, ou ainda em razão do grau de maturidade de estudos ou soluções de projeto, são alocados à entidade contratante. Um exemplo são os riscos associados às questões ambientais ou fundiárias. No caso em exame, esses riscos foram contratualmente assumidos pela ETE S.A., consoante cláusulas 2.4 e 2.5 do ajuste.

67. Portanto, a alocação de riscos em contratos do tipo EPC Full pode ser customizada considerando características intrínsecas ao empreendimento. Questões geológicas e geotécnicas, por exemplo, podem levar em consideração a maturidade dos estudos e projetos, o tempo para elaboração de campanhas investigatórias e análise de documentos, a tipologia do empreendimento ou a expertise das partes envolvidas.

68. Menciono, a título ilustrativo, os casos da Usina Eólica Mangue Seco 2 e da Central Eólica de Casa Nova, em que este Tribunal reconheceu a regularidade de termos aditivos de valor em razão da modificação no tipo de fundação das estruturas cujos riscos foram contratualmente alocados às entidades contratantes (Acórdãos 2.172/2013 e 2.056/2015, ambos do Plenário).

69. No caso examinado nestes autos, diferentemente, as cláusulas contratuais alocaram à “Epecista” os riscos de projeto e de construção, salientando que a contratada se responsabilizaria pela interpretação dos dados e informações do projeto básico revisado ou outros elementos técnicos disponibilizados e que o valor avençado compreenderia, inclusive, elementos não previstos com exatidão no contrato, mas que fossem necessários ao cumprimento do escopo original do contrato, definidos especialmente em termos de parâmetros de desempenho.

70. As empresas sustentam que as modificações nos eletrodos (tanto na concepção quanto na localização) decorreram de mudança de escopo do projeto solicitadas pela contratante. Não obstante, perfilho as conclusões do parquet de que elas foram

necessárias para assegurar os parâmetros de desempenho fixados no edital e, portanto, não seriam passíveis de celebração de aditivo que aumentasse o preço originalmente pactuado.

71. Assim, a princípio, compreendo que as repercussões financeiras decorrentes da mudança na tipologia dos eletrodos e no aumento das extensões das linhas em razão da modificação na localização desses dispositivos deveriam ser assumidas pelas empresas do grupo Abengoa, e não pela ETE S.A., como acabou acontecendo.

72. Decorre da própria natureza desses contratos que a “Epecista” saiba interpretar as informações existentes e os riscos envolvidos previamente à formatação do contrato e formulação de sua proposta. Ademais, não há nenhuma evidência de que as empresas do grupo Abengoa não detivessem a expertise necessária para assim o fazer.

73. Quanto à tese de que a “Epecista” não poderia assumir riscos ilimitados, encaro essa questão sob outra perspectiva.

74. Uma vez alocados contratualmente os riscos, a assunção das repercussões financeiras pela ETE S.A. estaria condicionada não apenas à caracterização de sua imprevisibilidade, mas também à demonstração de desequilíbrio econômico-financeiro insustentável, que tornasse excessivamente onerosa a execução do contrato por uma das partes, caracterizando álea extraordinária, o que não restou comprovado nos autos.

75. Conforme asseverado pelo parquet, o valor controverso, R\$ 14.663.721,03, representa cerca de 1% da avença, indicativo de que poderia ser suportado por rubricas usuais relativas ao enfrentamento de riscos e contingências nesse tipo de empreendimento.

76. Além disso, quando do edital de concessão, os concorrentes tinham conhecimento de que o local indicado pela Aneel não seria necessariamente a área de instalação dos eletrodos, as características do sistema previstas no edital eram apenas indicativas, sendo que o licitante vencedor deveria assegurar-se da entrega das instalações que operassem dentro de parâmetros de desempenho fixados no edital. Também já existiam

informações que sinalizavam dificuldades geológicas na região de Porto Velho.

77. Entender de modo diverso poderia ensejar o desvirtuamento da essência dos contratos do tipo EPC Full, que é a assunção pelos contratados de parcelas significativas de riscos dos empreendimentos objeto dessas avenças. (g.n.)

Aliado a todos esses fatores do caso concreto, é necessário verificar a aplicabilidade do art. 22, LINDB, os precedentes que tratam de fatos semelhantes, os princípios concretizados com cada opção. Da conjunção do caso concreto com o ordenamento jurídico como um todo (não um dispositivo isolado), é que se verificará o direito à revisão.

Portanto, em princípio, não cabe reequilíbrio econômico-financeiro no regime de contratação integrada por imprecisões no anteprojeto e por riscos alocados à contratada, como as decorrentes das divergências em sondagens. Entretanto, excepcionalmente a constatação de imprecisões na sondagem inicial que embasou a elaboração do anteprojeto utilizado em licitação de obras ou serviços de engenharia pelo regime de contratação integrada pode ensejar direito à revisão quando, **cumulativamente**, as divergências das características encontradas nas sondagens forem significativas, os prestadores de serviços cautelosos e experientes não poderiam prever a diferença, e a taxa de contingência for compatível com a complexidade do objeto licitado, embora incapaz de custear o evento ocorrido, devendo as situações do caso concreto estarem claramente comprovadas e justificadas no processo administrativo.

E) O risco decorrente da divergência entre sondagens na contratação integrada

Assevera a área técnica:

O segundo questionamento possui o seguinte teor:

2. O ônus financeiro a ser suportado pelo contratado constitui risco próprio do negócio ou da matriz, mesmo sendo constatado que houve divergência significativa entre as sondagens em licitação de obras pelo regime de contratação integrada? O particular teria a obrigação de incluir no seu preço uma verba correspondente ao risco esperado para o tipo do empreendimento?

A resposta a essa pergunta segue o mesmo raciocínio daquela do item anterior. Assim, em princípio, tendo sido o risco relativo às sondagens alocado ao contratado, ele deveria ter incluído verba correspondente ao evento provável conforme as características do empreendimento em sua proposta. Desse modo, se o risco se materializasse, ele já estaria coberto (e, caso isso não ocorresse, ficaria com o excedente financeiro para si); mas se o contratado não incluiu essa verba em seu preço, ele deve arcar com o ônus financeiro derivado da diferença. Essa resposta, como a anterior, reflete a regra geral, mas comporta modulações, diante do caso concreto. Nesse sentido, é preciso avaliar quão significativa e imprevisível foi a divergência, a previsão de taxa de risco/contingência no edital e sua

precificação pela contratada. Essa avaliação, como já dito, somente pode ser feita mediante o caso concreto.

Em sede de consulta, não é possível prever quando uma divergência é significativa e quando não. Ou seja, não é possível, sem um caso real – cujas idiosincrasias sejam profundamente examinadas por experts, que emitiriam pareceres técnicos – dizer se 1, 5, 10, 20, 50, 70, 150, 200, 1.000 % a mais de dureza/rigidez no solo, por exemplo, é significativo mediante as demais características do objeto contratado. É possível que para determinada obra, considerando o contexto das demais variáveis, uma rigidez de 3% a mais seja significativa; ao passo que, em outros casos, será necessária uma diferença muito maior para que possa falar em divergência significativa.

A observação do parágrafo anterior deve ser entendida no contexto das demais questões a serem examinadas para se considerar a possibilidade de revisão. Assim, ainda que se constate tratar-se de divergência significativa, é preciso verificar outros aspectos. Nomeadamente, se um prestador de serviço experiente teria ou não condição de prevê-la e precificá-la, se o valor orçado pela contratada na taxa de contingência era realista mediante a complexidade do projeto, e outras questões pertinentes que surjam no caso concreto. Todas essas questões devem ser examinadas à luz das diversas normas que compõem o ordenamento jurídico.

Por todo o exposto, tem-se que constitui risco próprio do negócio e/ou da matriz de riscos o ônus financeiro decorrente da alocação de riscos ao contratado quando o caso concreto mostrar que a divergência não era tão significativa em termos de características e de impacto financeiro, que um prestador de serviços experiente e cauteloso poderia prever as diferenças e que a taxa de risco não foi compatível com a complexidade do objeto licitado. Os licitantes *devem* incluir no seu preço uma verba correspondente ao risco esperado para o tipo do empreendimento, seja embutindo-a nos serviços ou na taxa de risco/contingenciamento.

F) A aplicação dos arts. 478 e 479, CC, nas contratações integradas

Diz a área técnica:

A terceira pergunta, teve origem no parecer da consultoria Zênite, conforme se deduz da petição inicial e do parecer jurídico 11/2021, e possui o seguinte teor:

3. Haveria uma margem de tolerância para a aplicação do disposto nos artigos 478, 479 e seguintes do Código Civil, no caso dos contratos das empresas Estatais, para o caso de divergência entre o anteprojeto e estudos definitivos nas contratações integradas que não tenha decorrido de erro de qualquer das partes?

A resposta a essa pergunta focará na questão jurídica da aplicabilidade dos artigos 478 e 479, do Código Civil, tendo em vista que a questão da divergência intrínseca entre os dados do anteprojeto e dos estudos definitivos já foi abordada nesta peça, sendo aplicáveis todos os comentários já tecidos.

A resposta a essa terceira pergunta perpassa por reconhecer que as normas que regulam as contratações integradas nas estatais coexistem com diversas outras no ordenamento jurídico, devendo todas aquelas que forem

pertinentes ser consideradas quando da solução de um caso concreto. Assim, a Lei das Estatais convive com o Código Civil, e juntos eles compõem o todo íntegro e coerente que é o Direito. Essas duas leis interagem e se complementam, mesmo que, para situações diversas, uma ou outra seja aplicável.

A respeito da dinâmica das normas constantes de leis diferentes, é elucidativo o comentário de Prado⁴⁵, com base em Marques, sobre a convivência do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor:

Segundo Cláudia Lima Marques, para a coerência do sistema jurídico plural brasileiro, o CCB/2002 e o CDC devem “dialogar” ou se “aplicar”, ao mesmo tempo, prioritária ou subsidiariamente, a uma mesma situação jurídica, não se olvidando, evidentemente, da finalidade da relação: se de consumo, civil ou empresarial (MARQUES, 2004, p.56).

O CCB/2002 deixou intacto o CDC, continuando este a regular, prioritariamente, com sua normativa especial, as relações de consumo (MARQUES, 2004, p.56). O CCB/2002, contudo, como norma geral que é, pode ser aplicado subsidiariamente, no que for cabível, às relações de consumo (MARQUES, 2004, p.56). [...]

O CCB/2002, como lei geral do direito privado, também serve de base conceitual para o CDC, lei especial, microsistema jurídico específico que tutela um determinado grupo da sociedade, mas que não contém em seu corpo a definição de diversos institutos jurídicos, cuja compreensão deverá ser buscada no corpo da disciplina normativa civilista. Nulidade, pessoa jurídica, prescrição, decadência etc., e demais conceitos não definidos pelo CDC, deverão ter sua definição atualizada pelo CCB/2002 (MARQUES, 2004, p.60; MARQUES, 2005, p.18). Ressalte-se, contudo, que uma definição legal presente no sistema geral do CCB/2002 somente pode ser usada como base conceitual do CDC naquilo que for cabível, ou seja, se não contrariar seu espírito protetivo (MARQUES, 2003, p.94-95).

Como ressalta a autora, o Código Civil é a “lei geral do direito privado”, e, como tal, traz diversas regras que se aplicam a institutos que tiveram sua gênese no direito privado, como os contratos. Assim, o Código Civil norteia as ideias-bases dos contratos, como as de que “liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (art. 421, CC) e que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422, CC). Os dispositivos gerais do Código Civil, como esses dois, impactam todas as

⁴⁵ PRADO, Karine Monteiro. O Código De Defesa Do Consumidor e o CÓDIGO CIVIL/2002: considerações acerca de sua convivência simultânea no ordenamento jurídico brasileira. **Revista Científica da FAESA**, Vitória, ES, v15, n1 Especial, p 70 - 91, 2019, pp. 73-74.

relações contratuais, conforme Tucci⁴⁶ conclui em seu recente estudo sobre a revisão contratual:

Em que pese a doutrina e jurisprudência brasileiras ainda não terem se debruçado sobre um **dever de renegociação** ínsito a toda relação contratual, a exemplo do que já foi efetivado em outras experiências jurídicas, seria arriscado sustentar que tal dever simplesmente não existe no ordenamento jurídico brasileiro, mormente à luz dos princípios da função social e da boa-fé a teor dos arts. 421 e 422 CC [...].

Outras dessas regras gerais civis, que também formam a base das relações contratuais, são as que dispõem sobre o equilíbrio entre as obrigações contratuais das partes, sobre as hipóteses de desequilíbrio e as consequências para quando isso ocorrer, previstos nos artigos 478 e 479, do Código Civil:

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 equitativamente as condições do contrato.

Conforme se verifica dos artigos transcritos, são noções que fundam as hipóteses de desequilíbrio contratual a imprevisibilidade dos eventos e a onerosidade excessiva da prestação. Esses conceitos, por serem disposições gerais sobre contratos, por refletirem a antiquíssima e fundante cláusula contratual *rebus sic stantibus*, e por convergirem com a Constituição Federal (art. 37, XXI, CF), possuem reflexos em todos os contratos, públicos e privados, ainda que a legislação específica não os preveja.

No caso da Lei das Estatais, a aplicação das disposições do Código Civil se dá não só pelo reflexo que essas normas possuem, mas também pela previsão do art. 68, Lei 13.303/2016: "Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e *pelos preceitos de direito privado*" (g.n.).

Apesar da possibilidade expressa de utilização dos preceitos do Direito Privado, os dispositivos do Código Civil somente podem ser utilizados naquilo que não contrariarem a essência do regime contratual estipulado na Lei 13.303/2016. Compõe parte da essência da contratação integrada a diminuição da possibilidade de invocação de eventos imprevistos, na medida em que as partes sabem que o anteprojeto é impreciso e que há riscos a serem arcados pelas partes. A aplicação dos arts. 478 e 479, CC, então, acaba tendo um alcance bastante restrito nas contratações integradas.

Mas não apenas sob essa Lei. O próprio Código Civil limita a aplicação da revisão contratual, segundo o recém-inserido art. 421-A, CC:

⁴⁶ TUCCI, Rogério Lauria Marçal. **Alterações imprevisíveis das circunstâncias: impactos contratuais**. Conjur. 01/04/2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/rogerio-tucci-alteracoes-imprevisiveis-circunstancias>. Acesso em 28/06/2021.

Art. 421-A. **Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção**, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, **garantido também que:** [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. [\(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

Esse dispositivo, como se vê, restringe a aplicação da revisão para casos pontuais, exigindo respeito à matriz de riscos. Todavia, embora restrinja seu alcance, o art. 421-A, CC, não impede a revisão contratual. A *supressão* desse direito, seja pelo Código Civil ou por outra lei, não é possível, como anota Tucci⁴⁷:

Ademais, a exemplo da tradição italiana e ao contrário da força maior, **cláusulas contratuais cujo intuito seja contornar as regras referentes a revisão/resolução contratual por excessiva onerosidade são reputadas nulas. Mesmo após a chamada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei 13.784/19) que instituiu**, especificamente para os contratos interempresariais, o **art. 421-A CC** possibilitando a negociação *ex ante* de “parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução”, **não parece possível dispor, de forma genérica, que a onerosidade excessiva superveniente não poderá ser suscitada para pedido de revisão/resolução do contrato.**

Portanto, se o risco era comprovadamente imprevisível e gerador de onerosidade excessiva, é possível a aplicação dos artigos 478 e 479, do Código Civil ao regime das contratações integradas regidas pela Lei das Estatais, conforme o autoriza o art. 68, Lei 13.303/2016, quando houver divergência entre o anteprojeto e estudos definitivos que não tenha decorrido de erro de qualquer das partes, observando-se a excepcionalidade da revisão contratual, na forma do art. 421-A, Código Civil.

G) O reequilíbrio econômico-financeiro, a alocação de riscos e a contratação integrada

⁴⁷ TUCCI, op. cit.

Preceitua a área técnica:

A quarta pergunta possui o seguinte teor:

4. Seria possível a aplicação do art. 479 do CC em uma contratação integrada regida pela Lei 13.303/16 mesmo que as diferenças de quantidades estejam alocadas na matriz de risco como risco da contratada, no caso de ficar demonstrado que a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, bem como que as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importariam custos mais elevados bem como sacrifício insuportável ao interesse público a ser atendido pelas obras contratadas?

Conforme consta do item anterior, o art. 479, CC, estabelece a possibilidade de alteração do contrato, em vez de sua extinção, nos casos de aplicação da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva. Trata-se de uma hipótese de revisão contratual, que, segundo o art. 421-A, CC, deve ocorrer excepcionalmente. Essa excepcionalidade está ligada aos fatos do caso concreto, que dirá se a contratada, ao apresentar sua proposta, não precificou as alterações no solo que poderiam ocorrer, ou se a divergência é tão significativa que não era razoável que qualquer empresa experiente e diligente fosse prevê-la, bem como todos os demais fatores já tratados nos itens III.3 e III.4.

Esses elementos concretos que justificam o afastamento da presunção de paridade e simetria contratual devem ser examinados à luz das regras da Lei das Estatais, que devem ser conjugadas com o restante do ordenamento jurídico. Como discorrido no item III.2, na avaliação dos fatos, é preciso verificar quais princípios serão concretizados com a aplicação da regra do art. 81, §8º, Lei 13.303/2016 – que é a regra preferencial – e quais serão sacrificados. O mesmo deve ser avaliado quanto à aplicação do art. 479, CC, que, como já repetido, é excepcional. Essa análise somente poderá ser realizada perante o caso concreto.

Ademais, na avaliação sobre quais normas devem incidir para solucionar o caso, é preciso considerar os fatores tratados no item III.3 e também as consequências de cada possibilidade, por aplicação analógica do art. 21, LINDB:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

No caso narrado na pergunta, para adotar o art. 479, CC, em face do teor do art. 81, §8º, Lei das Estatais, seria preciso demonstrar efetivamente que “as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importariam custos mais elevados bem como sacrifício insuportável ao interesse público a ser atendido pelas obras contratadas” (trecho da pergunta). Trata-se, segundo esse trecho, de algo mensurável e demonstrável, que, portanto, pode e deve ser feito pela estatal e pela contratada. Assim, se as partes contratantes demonstrarem, mediante dados concretos e verificáveis por terceiros, esses custos (do que eles são compostos, quais as metodologias de cálculo e outras informações pertinentes) – bem como que a diferença nas medições ou sondagens foi

realmente significativa, que um prestador de serviço experiente e cauteloso não poderia prever a diferença para considerá-la em seu orçamento, que a taxa de risco/contingência foi proporcional à complexidade do projeto – então, será possível aplicar o art. 479, CC.

Por todo o exposto, tem-se que é possível, em tese, a aplicação do art. 479 do CC em uma contratação integrada regida pela Lei 13.303/16 mesmo que as diferenças de quantidades estejam alocadas na matriz de risco como risco da contratada, quando for comprovada a imprevisibilidade do evento que compõe o risco alocado e a onerosidade excessiva da prestação, bem como que as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importariam custos mais elevados bem como sacrifício insuportável ao interesse público a ser atendido pelas obras contratadas.

H) negativa de prestação de serviço pela não concordância com o ônus decorrente do risco e a extinção contratual amigável

Assim se manifesta o corpo técnico:

A quinta pergunta possui o seguinte teor:

5. O contratado poderia, no caso em que ele considere haver onerosidade excessiva pelas divergências entre sondagens, se negar a executar total ou parcialmente as obras objeto de contratos licitados pelo regime de contratação integrada, caso a administração entenda que o ônus financeiro a ser suportado pelo contratado constitui risco próprio do negócio ou da matriz, independente do tamanho da elevação dos custos? O contrato nesta situação poderia ser rescindido amigavelmente?

Essa pergunta, ao contrário das demais, parte do pressuposto de que a estatal, após a avaliação de todos os aspectos mencionados, entendeu que o ônus financeiro a ser suportado pelo contratado constitui risco próprio do negócio ou da matriz, independente do tamanho da elevação dos custos. Ou seja, foi avaliado pela estatal que o risco era previsível, de modo que o contratado deveria tê-lo incluído no seu preço. Vale pontuar que essa decisão seria, em tese acertada, na medida em que a aplicação dos arts. 478 e 479, CC, dependem de dois requisitos: a imprevisibilidade e a onerosidade excessiva, não sendo suficiente um deles apenas.

Diante da decisão de não revisar o contrato, restaria saber se é lícita a negativa de prestação de serviços e se é possível uma rescisão amigável, após a comunicação da decisão ao contratado. Portanto, há dois pontos a serem enfrentados.

Quanto ao primeiro aspecto, ou seja, à negativa da prestação de serviços, tem-se que a contratada, nessas circunstâncias, somente pode interromper licitamente a prestação de serviços com autorização judicial. A redação do art. 478, CC, deixa clara a necessidade de se judicializar a questão, ao utilizar a expressão “*pedir a resolução do contrato*”, em vez de procedê-la imediatamente, e, mais expressamente, ao aduzir que “os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. Nesse sentido, Tucci⁴⁸ afirma, ao analisar o art. 478, CC, que “a resolução contratual depende, nesses termos, de reconhecimento judicial, mediante sentença

⁴⁸ TUCCI, op. cit.

desconstitutiva do vínculo contratual". Ou seja, se o contratado entende que a teoria da imprevisão deve ser aplicada, ele deve buscar o Judiciário. Além disso, no caso narrado no questionamento, o risco foi alocado expressamente à contratada, de maneira que incide, em princípio, o art. 81, §8º, Lei 13.303/2016, o que era de conhecimento das partes contratantes. Desse modo, a presunção de legalidade milita inicialmente pelo não cabimento de aditivos, o que só pode ser contornado via Judiciário. Portanto, não há que se falar em paralisação lícita feita por conta própria mesmo nos casos de possível aplicação da teoria da imprevisão e de onerosidade excessiva. Se a paralisação ocorrer sem autorização judicial, a contratada estará sujeita às penalidades administrativas e contratuais. Quanto ao segundo questionamento, tem-se que a rescisão contratual na forma do art. 478, CC, somente pode ocorrer quando houver o enquadramento nas hipóteses já tratadas (i.e., as respostas às perguntas do item III.3, os princípios que são aplicáveis ao caso, as normas da LINDB). Em outras palavras, a rescisão amigável ou pautada pelo art. 478, CC, somente pode ser motivada pela imprevisibilidade do evento que ocasionou a onerosidade excessiva, quando não for possível a aplicação do art. 479, CC.

I) O reequilíbrio econômico-financeiro e o termo aditivo na contratação integrada

O corpo Técnico responde a última pergunta da seguinte forma:

Por fim, passa-se à sexta e última pergunta, assim posta:

6. No caso de aplicação do art. 479 do CC, para modificar equitativamente as condições do contrato, se daria por meio de Termo Aditivo? Quais requisitos/exigências que, no entender desta corte de contas, deveriam estar presentes no processo administrativo para que a legalidade dos atos possa ser objetivamente aferida e resguardada?

A primeira parte da pergunta se funda na vedação do art. 81, §8º, Lei 13.303/2016, que proíbe a celebração de aditivos. Ocorre que a regra veiculada por esse dispositivo não trata dos termos aditivos, por si mesmos, em razão de seu nome. A menção aos aditivos nesse dispositivo se dá pelo que eles representam, nomeadamente, revisões contratuais. Assim, o que o art. 81, §8º, Lei 13.303/2016, veda é a revisão contratual, e, por conseguinte, os aditivos. E, a revisão contratual, na forma do art. 479, CC, como já visto, poderá ser cabível em alguns casos. Nessas hipóteses, as modificações serão materializadas por meio de termos aditivos.

Quanto ao segundo questionamento, tem-se que a legalidade da revisão somente pode ser aferida no caso concreto. Como já repisado, os processos de consulta, por seu caráter geral, traçam linhas gerais, não substituindo o exame dos fatos do caso concreto.

Contudo, todas as considerações expostas ao longo desta peça auxiliam na legal tomada de decisão por parte do gestor. Trata-se dos comentários sobre o bom uso da contratação integrada, os fatores que devem ser avaliados diante de uma situação controversa e as normas jurídicas que interagem em cada caso concreto. Essas ponderações podem ser resumidas em dois grandes grupos, conforme a fase:

- o Pontos a serem considerados para futuras contratações integradas:

- As características do objeto a ser contratado (natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou possibilidade de execução com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado) deve ser compatível com o regime da contratação integrada;
- O anteprojeto deve conter informações que possibilitem a compreensão sobre o objeto final e quais os passos necessários para obtê-lo;
- A elaboração da matriz de riscos deve se basear em dados de qualidade, avaliados segundo metodologias consagradas e boas práticas de mercado, com o maior detalhamento possível;
- No julgamento das propostas, deve ser observado se a licitante vencedora precificou as incertezas do anteprojeto e os riscos a ela alocados de maneira compatível com grau de complexidade da obra ou serviço;
- Deve ser considerada a adoção de outras formas de lidar com os riscos e incertezas do regime contratual, tais como a exigência da contratação de seguros, a previsão de taxa de contingência/risco, estímulo à participação do setor privado na elaboração da matriz de riscos por meio de procedimento de manifestação de interesse e impugnação da matriz, a estipulação de cláusula de meio alternativo de solução de conflitos.
- Pontos a serem considerados nas contratações já efetuadas em que haja situações controversas envolvendo o anteprojeto e/ou a matriz de riscos:
 - Analisar se a proposta de preço da contratada contemplava as inerentes incertezas do anteprojeto, os riscos a ela alocados, e se previa taxa de contingenciamento/risco compatível com a complexidade do objeto;
 - Examinar quão significativas são as divergências entre as características descritas no anteprojeto e as condições reais encontradas durante a fase de execução contratual;
 - Verificar se um prestador de serviço experiente e cauteloso poderia prever a divergência, e, assim, considerá-la em seu preço;
 - Analisar a compatibilidade da taxa de risco/contingência, se houver, com o nível de complexidade da obra ou serviço, as dificuldades inerentes ao regime contratual e as inevitáveis imprecisões do anteprojeto;
 - Aplicar o Direito, considerando os princípios incidentes, as disposições da LINDB, as regras atraídas ao caso, e a jurisprudência (observada a distinção/semelhança entre os casos), à luz dos fatos do caso concreto;
 - Motivar todos os fundamentos de fato e de direito que levaram à decisão da estatal por qualquer dos caminhos viáveis.
Mesmo com todas essas providências, o ateste de legalidade e legitimidade dos atos não poderá ser garantida, pois, como sempre, dependerá do caso concreto. Contudo, o respeito a esse roteiro, aliado à ausência de dolo ou erro grosseiro (art. 28, LINDB), podem reduzir a chance de responsabilização pessoal dos tomadores de decisão.

O Ministério Público de Contas insurge-se contra o parecer técnico, nos seguintes termos:

CONSIDERANDO que o § 8º do art. 81, da [Lei Federal 13.303/2016](#)⁴⁹, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de

49

Seção II

Da Alteração dos Contratos

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

[...]

economia mista e de suas subsidiárias, estabelece, de forma expressa e taxativa, que **"é vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada"**, inexistindo, portanto, no texto normativo qualquer elemento que justifique demasiado esforço hermenêutico para legitimar a necessidade de construção de **tese ampliativa**, apta a ensejar a exoneração da responsabilidade da empresa contratada por risco assumido de forma espontânea e consciente, o qual, naturalmente, fora considerado na proposta de preço como fator preponderante para que se sagra-se vencedora do certame em face aos demais licitantes, tendo em vista a relevância financeira que a alocação dos riscos possui no **Regime de Contratação Integrada**;

(...)

- Não cabe reequilíbrio econômico-financeiro no regime de contratação integrada por imprecisões no anteprojeto e por riscos alocados à contratada, nos termos expressos pelo § 8º do art. 81, da [Lei Federal 13.303/2016](#)⁵⁰ ("**é vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada**"), constituindo risco próprio do negócio o ônus financeiro decorrente da sua alocação ao contratado – haja vista assumido de forma espontânea e consciente, o qual, naturalmente, fora considerado na proposta de preço como fator preponderante para que se sagra-se vencedora do certame em face aos demais licitantes, tendo em vista a relevância financeira que a alocação dos riscos possui no Regime de Contratação Integrada – não se aplicando, por conseguinte, as hipóteses de resolução por onerosidade excessiva previstas nos art. 478 e 479 do Código Civil.

Pois bem.

Um dos traços característicos do contrato administrativo é sua mutabilidade, que decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público. Tal mutabilidade pode decorrer também de outras circunstâncias, que dão margem à aplicação da Teoria da Imprevisão, qual seja todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que cause um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado. A aplicação de tal teoria, decorrente do reconhecimento

§ 8º É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.

50

Seção II Da Alteração dos Contratos

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

[...]

§ 8º É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.

do dever moral e jurídico de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, torna-se ainda mais sensível no caso dos contratos que envolvem prazos mais amplos, composição de custos mais complexa.

Como regra, o contrato administrativo produz direitos e deveres para ambas as partes – Administração contratante e particular contratado –, em situação de correspondência. Isto é, o conjunto de encargos é a contrapartida do conjunto de retribuições, de modo a caracterizar uma equação. A equação ou equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. Quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O conceito de equilíbrio econômico do contrato, dessa forma, jamais poderá ser confundido com garantia de correspondência às expectativas do contratante; e a reparação deve ser feita de modo a levar em conta não só a continuidade da prestação do serviço, mas também a equação econômica que permite a sobrevivência do contratante no mercado – o que não significa necessariamente ganho.

Nesse sentido prevê o art. 37, XXI da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifou-se)

No caso em apreço, a área técnica traça com maestria os limites de revisão contratual a serem observados pelo contratado ao celebrar com a Administração Pública a contratação integrada, para tanto faz um breve resumo:

Pontos a serem considerados para futuras contratações integradas:

- As características do objeto a ser contratado (natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou possibilidade de execução com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado) deve ser compatível com o regime da contratação integrada;
- O anteprojeto deve conter informações que possibilitem a compreensão sobre o objeto final e quais os passos necessários para obtê-lo;
- A elaboração da matriz de riscos deve se basear em dados de qualidade, avaliados segundo metodologias consagradas e boas práticas de mercado, com o maior detalhamento possível;
- No julgamento das propostas, deve ser observado se a licitante vencedora precificou as incertezas do anteprojeto e os riscos a ela alocados de maneira compatível com grau de complexidade da obra ou serviço;
- Deve ser considerada a adoção de outras formas de lidar com os riscos e incertezas do regime contratual, tais como a exigência da contratação de seguros, a previsão de taxa de contingência/risco, estímulo à participação do setor privado na elaboração da matriz de riscos por meio de procedimento de manifestação de interesse e impugnação da matriz, a estipulação de cláusula de meio alternativo de solução de conflitos.

Pontos a serem considerados nas contratações já efetuadas em que haja situações controversas envolvendo o anteprojeto e/ou a matriz de riscos:

- Analisar se a proposta de preço da contratada contemplava as inerentes incertezas do anteprojeto, os riscos a ela alocados, e se previa taxa de contingenciamento/risco compatível com a complexidade do objeto;
- Examinar quão significativas são as divergências entre as características descritas no anteprojeto e as condições reais encontradas durante a fase de execução contratual;
- Verificar se um prestador de serviço experiente e cauteloso poderia prever a divergência, e, assim, considerá-la em seu preço;
- Analisar a compatibilidade da taxa de risco/contingência, se houver, com o nível de complexidade da obra ou serviço, as dificuldades inerentes ao regime contratual e as inevitáveis imprecisões do anteprojeto;
- Aplicar o Direito, considerando os princípios incidentes, as disposições da LINDB, as regras atraídas ao caso, e a jurisprudência (observada a distinção/semelhança entre os casos), à luz dos fatos do caso concreto;
- Motivar todos os fundamentos de fato e de direito que levaram à decisão da estatal por qualquer dos caminhos viáveis.

Mesmo com todas essas providências, o ateste de legalidade e legitimidade dos atos não poderá ser garantida, pois, como sempre, dependerá do caso concreto. Contudo, o respeito a esse roteiro, aliado à ausência de dolo ou erro grosseiro (art. 28, LINDB), podem reduzir a chance de responsabilização pessoal dos tomadores de decisão.

Pelo exposto, não se observa qualquer tese ampliativa na manifestação técnica. Pelo contrário, entendo que foi bem delimitada a atuação da Administração Pública bem como a do contratado.

Quanto aos demais pedidos do Ministério Público de Contas, quais sejam:

1 - Realização de **fiscalização nos contratos da CESAN advindos dos Editais de Licitação apresentados e que serviram de paradigma para a elaboração da Instrução Técnica de Consulta 34/2021-3**, tendo por objetivo aferir, entre outros pontos:

- a) A aplicação, por parte da **CESAN**, dos critérios subjetivos constantes na proposta de Parecer em Consulta apresentada pela área técnica;
- b) O enquadramento do objeto contratual às hipóteses restritivas previstas no **art. 43, inciso VI, da Lei Federal 13.303/2016**⁵¹, bem como a legalidade da modalidade licitatória adotada;
- d) A legalidade da utilização do **Regime de Contratação Integrada** por parte da **CESAN** no caso concreto, considerando a vedação contida no **§ 4º do art. 42 da Lei Federal 13.303/2016**.

4 - Por fim, considerando o desconhecimento, por parte da sociedade e deste órgão de controle externo, acerca da planilha de custo dos serviços prestados pela **CESAN**, utilizada como parâmetro para definição do valor das tarifas cobradas dos usuários e sua real compatibilidade com a qualidade dos serviços prestados, **realize fiscalização na modalidade Levantamento, tendo por objetivo aferir a correção da metodologia de cálculo utilizada para definição das diferentes tarifas cobradas das pessoas físicas e jurídicas** – notadamente das grandes empresas consumidoras –, dando ampla publicidade à sociedade sobre o resultado do estudo, e possibilitando, assim, o amplo conhecimento do **custo real da água** pela sociedade capixaba.

Entendo que a presente consulta não é o instrumento hábil para deflagrar fiscalizações, possuindo este Tribunal outros instrumentos procedimentais mais adequados para tal.

⁵¹ **Art. 43.** Os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

[...]

VI - contratação integrada, quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.

IV. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, acompanhando o entendimento do Corpo Técnico deste Tribunal e divergindo do posicionamento do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto à sua consideração.

SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

1. PARECER EM CONSULTA TC-23/2021 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DELIBERAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em conhecer da presente Consulta, para que no mérito seja respondida de acordo com a **Instrução Técnica de Consulta 00034/2021**, nos seguintes termos:

1.1. CONHECER da presente Consulta, em razão do preenchimento dos requisitos de admissibilidade;

1.2. QUANTO AO MÉRITO, responder aos quesitos da consulta:

1.2.1. Em princípio, não cabe reequilíbrio econômico-financeiro no regime de contratação integrada por imprecisões no anteprojeto e por riscos alocados à contratada, como as decorrentes das divergências em sondagens. Entretanto, excepcionalmente, a constatação de imprecisões na sondagem inicial que embasou a elaboração do anteprojeto utilizado em licitação de obras ou serviços de engenharia pelo regime de contratação integrada pode ensejar direito à revisão quando, *cumulativamente*, as divergências das características encontradas nas sondagens forem significativas, os prestadores de serviços cautelosos e experientes não poderiam prever a diferença, e a taxa de contingência for compatível com a complexidade do objeto licitado, embora incapaz de custear o evento ocorrido, devendo as situações do caso concreto estarem claramente comprovadas e justificadas no processo administrativo.

1.2.2. Constitui risco próprio do negócio e/ou da matriz de riscos o ônus financeiro decorrente da alocação de riscos ao contratado quando o caso concreto mostrar que a divergência não era tão significativa em termos de características e de impacto financeiro, que um prestador de serviços experiente e cauteloso poderia prever as diferenças e que a taxa de risco não foi compatível com a complexidade do objeto licitado. Os licitantes *devem* incluir no seu preço uma verba correspondente ao risco esperado para o tipo do empreendimento, seja embutindo-a nos serviços ou na taxa de risco/contingenciamento.

1.2.3. É possível a aplicação dos artigos 478 e 479, do Código Civil ao regime das contratações integradas regidas pela Lei das Estatais, na forma do art. 68, Lei 13.303/2016, quando houver onerosidade excessiva decorrente de significativa e imprevisível divergência entre o anteprojeto e estudos definitivos que não tenha decorrido de erro de qualquer das partes, observando-se a excepcionalidade da revisão contratual, na forma do art. 421-A, Código Civil.

1.2.4. É possível, em tese, a aplicação do art. 479 do CC em uma contratação integrada regida pela Lei 13.303/16 mesmo que as diferenças de quantidades estejam alocadas na matriz de risco como risco da contratada, quando for demonstrada a imprevisibilidade do evento que compõe o risco alocado e a onerosidade excessiva da prestação, bem como que as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importariam custos mais elevados bem como sacrifício insuportável ao interesse público a ser atendido pelas obras contratadas.

1.2.5. Somente com autorização judicial pode o contratado, que entenda haver onerosidade excessiva derivadas das divergências entre sondagens, negar-se a executar total ou parcialmente as obras objeto de contratos licitados pelo regime de contratação integrada, quando a administração entender que o ônus financeiro a ser suportado pelo contratado constitui risco próprio do negócio ou da matriz, independente do tamanho da elevação dos custos. A rescisão amigável ou pautada pelo art. 478, CC, somente pode ser motivada pela imprevisibilidade do evento que ocasionou a onerosidade excessiva.

1.2.6. Se comprovada a imprevisibilidade do evento ou da divergência e sua consequente onerosidade excessiva, é possível a revisão contratual, por meio de aditivo, na forma do art. 479, CC. A legalidade da revisão contratual somente pode ser aferida no caso concreto.

1.3. ENCAMINHAR, ao consulente, cópia digitalizada do **Parecer em Consulta 0034/2021**.

1.4. DAR CIÊNCIA ao consulente.

1.5. ARQUIVAR, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 19/08/2021 - 43ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

4.2. Conselheiros Substitutos: e João Luiz Cotta Lovatti (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO SUBSTITUTO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões

Este texto não substitui o publicado no DOEL-TCEES 30.08.2021.