

ALTERAÇÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA SOB O REGIME DE EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL

Liana Mara Vanin Kuklik Michielin

Consultora jurídica do Poder Judiciário do Paraná, especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional e pós-graduada pela Escola do Ministério Público do Paraná (Fempar).

RESUMO

A correta definição do regime de execução dos contratos administrativos de obras ou serviços de engenharia e o respeito às regras dele decorrentes é de crucial importância, pois tem impacto direto na formulação das propostas pelos licitantes, na condução do objeto contratado e na avaliação de eventuais alterações que se mostrem necessárias durante a execução do empreendimento. O presente artigo buscou, primeiramente, definir e diferenciar os principais regimes de execução utilizados nos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, fazer a correlação entre a escolha do regime e a importância da correta e detalhada especificação do objeto para, em seguida, avaliar os reflexos que os principais regimes de execução geram em relação a eventuais alterações contratuais que venham a ser necessárias no decorrer da realização do objeto, em especial no regime de empreitada por preço global, à luz do estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1977/2013 - Plenário, de 31/7/2013, da relatoria do Ministro Valmir Campelo. A partir de tal estudo se consolidou o entendimento de que, mesmo nos casos de empreitada por preço global, poderá, excepcionalmente, ser formalizado termo aditivo visando ao reestabelecimento da equação econômico-financeira do ajuste, nos casos em que for constatado erro no orçamento decorrente de variações substanciais nos quantitativos estimados pela Administração.

Palavras-chave: Contrato administrativo. Obras e serviços de engenharia. Regime de execução. Empreitada por preço global. Empreitada por preço unitário. Projeto básico. Erros de orçamento. Alterações contratuais.

ABSTRACT

The correct definition of the execution regime of the administrative contracts of engineering works or services and the respect to the resulting rules is of crucial importance, since it has a direct impact on the formulation of the bidders' proposals, on the conduction of the contracted object, as well as on the evaluation of any changes that may prove necessary during the execution of the project. The present article sought, first and foremost, to define and differentiate the main execution regimes used in the administrative contracts of engineering works and services, to make a correlation between the choice of the scheme and the importance of the correct and detailed specification of the object, and then to evaluate the consequences that the main implementing regimes generate in relation to possible contractual changes that may be necessary during the accomplishment of the object, in particular, in the fixed fee contracting regime, in the light of the study carried out by the General Accounting Office of the Judgment 1977/2013 - Plenary, from 7/31/2013, rapporteur of the Minister Valmir Campelo. From such research, it was consolidated the understanding that, even in the case of a contract for a fixed fee, an additive term may exceptionally be formalized aiming at the adjustment of the economic-financial equation reestablishment, in cases where an error in the budget is found. caused by substantial variations in the quantities estimated by the Management.

Keywords: Administrative contract. Engineering works and services. Implementation regime. Fixed fee contract. Piece-work contract. Basic project. Budget error. Contractual changes.

1. REGIMES DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei de Licitações (nº 8666/1993) prevê que a execução indireta dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia pode se dar sob quatro diferentes regimes de execução, a serem definidos de acordo com as especificidades do objeto contratado: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral. Dentre eles, os mais utilizados são a empreitada por preço global, quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total, e a empreitada por preço unitário, quando se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo de unidades determinadas.

A diferença entre esses dois regimes reside, basicamente, na relação existente entre o binômio “encargo e remuneração”

estabelecido por meio do contrato (MENDES, 2007). O encargo diz respeito ao objeto: o que será executado, como será executado e quanto será executado. É a obrigação assumida pelo contratado. Já a remuneração é o valor devido pela execução do encargo tal como especificado pela Administração.

Na empreitada por preço global, o encargo pode ser previamente definido pela Administração, tanto em seu aspecto qualitativo quanto em seu aspecto quantitativo. Desse modo, cabe ao licitante oferecer preço certo e total para a execução completa do objeto. Encargo e remuneração são estabelecidos em sua totalidade já na formalização do contrato.

Diferentemente ocorre na empreitada por preço unitário. Tal regime se aplica para os casos em que a definição do objeto somente é possível no seu aspecto qualitativo, não sendo possível fixar antecipadamente sua dimensão (quantidade) exata (MENDES, 2011). Nesse caso, o preço correspondente será certo, porém fixado em razão de unidades de medida determinadas, e não total. A quantidade exata do encargo e a sua remuneração total somente serão conhecidas após a conclusão completa do objeto.

A forma de fiscalização e de medição utilizada pela Administração para se apurar o valor a ser pago pelos serviços prestados também é diferente a depender do regime de execução definido para a contratação. Nas empreitadas por preço unitário, a remuneração do contratado corresponde de maneira exata ao serviço prestado, uma vez que as medições são realizadas mediante a multiplicação das quantidades efetivamente executadas pelos seus respectivos preços unitários ofertados na licitação. Por exemplo: se forem executados serviços de pintura em 1100m^2 de área, será pago o valor correspondente a 1100m^2 , mesmo que os projetos contenham previsão de apenas 1000m^2 .

Nesse tipo de regime, durante a execução do contrato é que se definirá a quantidade exata do objeto e, conseqüentemente, o respectivo pagamento da obra ou dos serviços executados. As medições serão pagas na periodicidade prevista no cronograma, de acordo com o que for efetivamente executado. (BONATTO, 2012). Por esse motivo, a aferição dos quantitativos requer muito cuidado e precisão por parte da Administração, a fim de que as quantidades pagas correspondam exatamente às quanti-

dades executadas. “Logo, a equipe de fiscalização deve ser mais cuidadosa em seus trabalhos, visto que as medidas definirão o valor real do projeto” (SOUZA, 2016).

Já nas empreitadas por preço global, os serviços executados são medidos e remunerados de acordo com as etapas previamente definidas no cronograma físico-financeiro da obra (CARVALHO, 2013). As medições, por sua vez, são bem mais simples para a Administração, pois não demandam análise minuciosa quanto às quantidades dos materiais empregados. Têm por finalidade, apenas, verificar se o estágio em que se encontra a obra ou o serviço contratado se coaduna com a etapa prevista no cronograma físico-financeiro, não sendo necessário adentrar na análise dos quantitativos executados. Finalizada a respectiva fase, paga-se o valor previsto no contrato.

Executada, por exemplo, a etapa das fundações numa determinada obra, será pago o valor previsto, e assim sucessivamente, etapa por etapa, até a conclusão do objeto, de modo que o valor final pago corresponderá ao preço global ofertado pelo contratado na licitação. Como as medições não são feitas por unidades determinadas, mas por etapas, não há como aferir, com exatidão, as quantidades empregadas. Portanto, segundo entendimento majoritário, nos contratos por empreitada global, pequenas variações entre a realidade do canteiro da obra e as quantidades previstas na planilha orçamentária não serão corrigidas, devendo ser suportadas pelo particular. Conforme destacado pelo TCU:

a planilha orçamentária da licitação para contratação de obra por empreitada global é apenas acessória, contendo quantitativos devidamente estimados e seus respectivos preços unitários para a formação do preço global estimado. Após a assinatura do contrato, não há o que se medir nem questionar os quantitativos e/ou preços unitários daquela planilha, pois nenhuma aferição/medição será feita com base nela. Importa, a partir de então, somente a medição das fases definidas no cronograma físico-financeiro do contrato (Acórdão 291/2016 - Plenário, de 17/2/2016, da relatoria da Ministra Ana Arraes).

Por isso a importância de se licitar um projeto básico completo e bem definido, e de se estimar corretamente as quantidades e os valores relativos ao empreendimento, a fim de que o

orçamento seja o mais preciso possível. Nesse sentido, o artigo 47 da Lei nº 8666/1993 exige que, nas empreitadas por preço global, a Administração forneça, obrigatoriamente, junto com o Edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam apresentar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação.

Como bem pontuado pela Advocacia Geral da União no Parecer Referencial nº 00044/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU¹, a empreitada por preço global baseada em projeto básico pouco detalhado proporciona dois grandes inconvenientes ao processo licitatório:

i) dificulta a elaboração de propostas pelos licitantes e, consequentemente, ii) induz os competidores a apresentarem propostas supervalorizadas. Além disso, na fase de execução contratual, um projeto básico inconsistente exige sua retificação, com a consequente readequação das cláusulas financeiras ou mesmo a anulação do contrato.

Sobre o assunto, Renato Geraldo Mendes defende que, “se a ideia é impor um regime de execução por preço global para o encargo definido, será necessário quantificar todos os insumos, os materiais, as atividades e os serviços, nos exatos termos do artigo 47 da Lei nº 8666/1993”. Somente nos casos em que isso não for possível é que a Administração poderá lançar mão do regime de empreitada por preço unitário (MENDES, 2013). A finalidade da norma é garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que a equivalência entre a remuneração e o encargo deverá ser mantida durante toda a execução contratual.

De acordo com estudo realizado pelo TCU, examinado no Acórdão nº 1977/2013 - Plenário, de 31/7/2013, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, a escolha do regime de execução do contrato administrativo deverá levar em conta as características da obra a ser licitada. Assim, o regime de empreitada por preço global deverá ser adotado sempre que for possível estimar, de antemão e com precisão, o encargo integral do particular; e o de empreitada por preço unitário, nos casos em que a Administração, ao licitar o empreendimento, não tenha condições técnicas de aferir, com precisão, todos os elementos quan-

titativos envolvidos na execução do escopo, impossibilitando as licitantes de apresentar propostas por preço certo e total.

É o caso do exemplo dado no item 19 do supramencionado Acórdão, relativamente às contratações para reforma de edificações:

Não há como prever o exato estado das tubulações no interior dos pisos e paredes antes de demoli-las. Em restaurações de prédios históricos, igualmente tortuoso identificar, com antecedência, a perfeita qualidade de pisos, portas, esquadrias e janelas a serem totalmente substituídos e quais serão recuperados. Obras urbanas, que intuem interferências diversas, possuirão a mesma peculiaridade. Alguns tipos de fundações, principalmente as cravadas, também. Recuperações estruturais e manutenção rodoviária são outro exemplo. Existe uma gama de outras situações.

Por esse motivo, o TCU recomenda que, nos empreendimentos eivados de imprecisão congênita, a Administração se utilize da empreitada por preço unitário, pelas características próprias do sistema de medição, a fim de se conferir maior segurança aos licitantes, quando da oferta de preços, e à Administração, quanto à certeza na finalização do objeto.

Nesse aspecto, Antônio Jorge Leitão faz importante ressalva no sentido de que não se pode interpretar que projetos mal elaborados e incompletos sejam tratados pelo regime de preço unitário:

Projetos com essa qualidade não devem ser licitados, é o que preconiza o TCU em recorrentes acórdãos, com sanções pesadas aos responsáveis, notadamente a quem elaborou o projeto. A imprecisão nos quantitativos deve estar relacionada à característica da obra, e não a uma deficiência de projeto (LEITÃO, 2014).

Vide Acórdãos TCU-Plenário nº 302/2016, de 17/2/2016, e nº 725/2016, de 30/3/2016, respectivamente, ambos de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer:

A realização de licitação com base em projeto básico deficiente, impreciso e que não contempla todos os elementos necessários e

suficientes para bem caracterizar e orçar a totalidade da obra constitui falha grave ensejadora de aplicação de multa aos responsáveis.

A realização de licitação, a assinatura de contrato e o início de obras com adoção de projeto básico deficiente, sem os elementos exigidos em lei, por si só caracteriza irregularidade grave passível de aplicação de multa aos responsáveis.

A escolha do regime de execução, portanto, deve ser pautada em critérios técnicos, e não na discricionariedade do agente público, bem como a partir de um projeto básico claro e completo, pois impactará de forma decisiva nas relações entre contratante e contratado, em especial na equação econômico-financeira do contrato.

Tal conduta permite que seja estabelecida a necessária equivalência entre os encargos do executor e a remuneração devida pelos serviços, de forma que o contratado terá plenas condições, de antemão, de aferir todas as obrigações que terá de assumir com a execução do objeto para, então, definir o preço correspondente. Renato Geraldo Mendes explica com clareza essa relação:

O encargo representa o conjunto de obrigações decorrentes do planejamento definido pela Administração e que deve ser cumprido pelo futuro contratado. Para conhecer o encargo representativo de uma determinada contratação, basta analisar os termos do edital, instrumento no qual é materializado o encargo. [...] Se a Administração pretende que o contratado atenda a uma determinada condição ou exigência, terá de incluí-la no edital, sob pena de não integrar o encargo contratual. Assim, caso a Administração deseje que o contratado atenda a uma exigência não prevista no edital, ou não integrante do encargo licitado, terá de promover uma alteração contratual e pagar a referida obrigação separadamente. Daí a ideia de acréscimo ou alteração contratual (MENDES, 2013).

Dessa forma, somente será possível imputar ao contratado os riscos pela execução do objeto licitado se for a ele permitido conhecer previamente esses riscos e formular sua proposta ciente de todas as consequências possivelmente advindas da contratação.

2. QUANDO ALTERAR O CONTRATO É MEDIDA NECESSÁRIA

Fixadas as premissas descritas anteriormente, passa-se à análise dos reflexos que as duas espécies principais de regime de execução geram em relação a eventuais alterações contratuais que venham a ser necessárias no decorrer do empreendimento, especialmente no regime de empreitada por preço global.

A Lei de Licitações, ao definir as hipóteses que autorizam a formalização de alterações contratuais, não faz diferenciação a depender do regime de execução contratado. Assim, seja empreitada global ou unitária, alterações de projeto ou especificações realizadas por ato unilateral da Administração ou a eventual necessidade de modificação do valor contratual por acréscimo ou supressão quantitativa do objeto, devidamente justificados, autorizam a formalização de termo aditivo, conforme o artigo 65, e o respectivo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ressalte-se que a justificativa para a formalização de aditivos, em ambos os regimes ora analisados, deve ser, em regra, fundamentada em fatos supervenientes, como orienta o Tribunal de Contas da União em recentes julgados:

Os acréscimos de serviços a contrato, conquanto justificados e realizados dentro dos limites legais, devem ser precedidos da demonstração de que a situação ensejadora das alterações não poderia ter sido constatada na época da contratação (Acórdão 1134/2017 - Plenário, de 31/5/2017, da relatoria do Ministro Augusto Sherman).

As alterações contratuais devem estar embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, nos quais reste caracterizada a superveniência dos fatos motivadores das alterações em relação à época da licitação (Acórdão 170/2018 - Plenário, de 31/1/2018, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler).

As alterações do objeto contratado devem ser precedidas de procedimento administrativo no qual fique registrada a justificativa das alterações tidas por necessárias, embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, bem como restar caracterizada a natureza superveniente, em relação ao momento da licitação, dos fatos ensejadores

das alterações. Ademais, a justificativa técnica para o aditamento contratual deve ainda contemplar a análise dos quantitativos e dos valores dos serviços aditados, inclusive com pesquisas de mercado para justificar a economicidade do termo de aditamento contratual (Acórdão 3053/2016 - Plenário, de 30/11/2016, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler).

Tal regra, contudo, não impede que sejam formalizados, excepcionalmente, aditivos contratuais visando a corrigir erros ou omissões preexistentes, detectados no projeto básico ou na planilha de custos durante a execução do contrato. Muito embora o erro não constitua fato superveniente, não é razoável invocá-lo para impedir que sejam feitas alterações contratuais indispensáveis à plena satisfação da necessidade administrativa que as fundamentou ou ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (MENDES, 2016).

É nesses casos que a questão ganha relevo e gera discussões.

Não há maiores implicações quando se está diante de contrato sob o regime de empreitada por preço unitário, pois, nesse caso, a execução da obra ou do serviço é contratada por preço certo de unidades determinadas, e o contratado receberá de acordo com o que efetivamente foi executado. Sendo necessária a revisão de quantidades, prevalecerão as quantidades reais, devendo haver acréscimo ou supressão conforme tenham sido estimadas a maior ou a menor.

Entretanto, discute-se, nos contratos sob o regime por preço global, se eventuais variações de quantidades verificadas durante a execução da obra ou do serviço justificam a formalização de aditivos, uma vez que as medições são realizadas por etapas, e o preço ofertado pelo contratado é certo e total.

A tendência de parte da doutrina e dos órgãos de controle é a de se transferir ao particular o risco quanto a eventuais divergências de quantidades encontradas no orçamento ou nos projetos, em se tratando de empreitada global. Assim, tanto no caso de sub como de superdimensionamento de itens, o pagamento deverá ser feito de acordo com o valor previsto para a respectiva etapa, não sendo, em regra, corrigida eventual discrepância, nem para mais, nem para menos.

Para o professor Hamilton Bonatto, cabe à licitante, ao participar da licitação em que o contrato seja em regime de empreitada global, apresentar sua proposta de preço com base no projeto fornecido pela Administração, uma vez que a planilha de quantidades e serviços deve ser meramente orientativa, “devendo a contratada, desde o momento da efetivação de sua proposta no procedimento licitatório até a execução do objeto, tomar por base o projeto constante nos anexos do instrumento convocatório”. Como as medições são feitas por etapas, não haverá, em regra, revisão de quantidades, e por isso “não poderá a contratada reivindicar variações entre as quantidades reais e aquelas previstas na planilha de serviços e no cronograma físico-financeiro” (BONATTO, 2012).

Outro fundamento para os que defendem tal posicionamento reside no dever de o licitante conferir os projetos e orçamentos disponibilizados na licitação a fim de que sua proposta global inclua eventuais diferenças verificadas, podendo, ainda, impugnar o Edital para que sejam feitas as devidas correções pela Administração.

Nos termos destacados pelo TCU em auditoria realizada em contrato sob regime de empreitada global², espera-se que os licitantes detenham, no seu ramo de atuação, expertise suficiente para identificar eventuais falhas no projeto básico, inclusive no que se refere aos quantitativos da planilha orçamentária. Quando a incorreção do projeto se referir a erro que poderia ser detectado pelo licitante, este deverá arcar com eventuais omissões e vícios encontrados na planilha orçamentária da licitação, ou ainda diferenças entre os quantitativos reais e os de projeto, necessários para a consecução do objeto. “Na empreitada por preço global há uma transferência de risco ao licitante, que pode se beneficiar ou ter de arcar com as discrepâncias entre os quantitativos previstos e os efetivamente executados” (TORRES, 2018).

Há, contudo, entendimento diverso no sentido de que, mesmo nos contratos de empreitada por preço global, não se pode atribuir ao particular o ônus de arcar com erros/omissões nos quantitativos. Segundo Joel de Menezes Niebuhr, não é razoável atribuir aos interessados em participar de licitação pública a obrigação de refazer o projeto básico. “É a Administração

Pública quem elabora o projeto básico e, por corolário, ela é responsável por ele. A empreitada por preço global não desonera a Administração, não transfere a responsabilidade aos licitantes”.

Completa o autor que, na empreitada por preço global, o preço é certo e total, porém certo e total de acordo com o encargo definido pela Administração no projeto básico. “Em nenhuma passagem a Lei nº 8666/1993 prescreve que o contratado deve ser responsabilizado por defeitos e incorreções do projeto básico elaborado pela Administração” (NIEBUHR, 2011). Nessa mesma linha, Renato Geraldo Mendes leciona:

A remuneração do licitante deve se limitar a traduzir a expressão econômica do encargo definido no Edital. O que for necessário, além disso, deve ser compensado pelo instituto do acréscimo quantitativo, quando o regime for o de empreitada por preço global. Não há outro meio de assegurar igualdade e justiça para a contratação pública senão dessa forma (MENDES, 2007).

Não obstante a importância desse entendimento, a primeira corrente é a que tem prevalecido, não havendo, em regra, revisão de quantidades por erros ou divergências na planilha orçamentária, devendo o empreiteiro entregar o objeto concluído e em perfeitas condições, pelo preço total ofertado na licitação.

Essa posição, no entanto, somente se mostra razoável quando os erros detectados forem de pequena monta, ou seja, nos casos em que o contrato seja baseado em projetos suficientemente detalhados, com todos os elementos e informações necessários à completa execução do objeto, além da estimativa correta quanto às quantidades e valores, nos termos do que preconiza o artigo 47 da Lei nº 8666/1993, de modo que eventuais imprecisões possam ser assumidas pelo particular sem maiores prejuízos.

Caso baseada em projeto deficiente, a empreitada por preço global poderá provocar desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato quando, por exemplo, forem constatados erros no orçamento ou divergências quantitativas de relevância.

Isso porque, constatada importante subestimativa de itens, o contratado não será remunerado pelo que efetivamente executou, uma vez que os riscos de entregar a totalidade do objeto pelo preço global ofertado serão a ele imputados, o que pode configurar enriquecimento sem causa da Administração. Da mesma forma, havendo quantitativos superestimados no orçamento, a Administração ficará impedida de efetuar as supressões correspondentes, sendo obrigada a pagar por serviços que não foram executados.

Em vista disso, buscando minimizar os desequilíbrios causados por eventuais distorções relevantes do orçamento, sanear o vício dos projetos, bem como evitar o enriquecimento sem causa de quaisquer das partes, tem-se admitido, pelos órgãos de controle, excepcionalmente, a revisão do contrato, mediante a formalização de termos aditivos, visando a restabelecer a equação econômico-financeira da avença nos casos em que, por erro ou omissão no orçamento, houver subestimativas ou superestimativas relevantes nos quantitativos da planilha orçamentária.

Tal solução foi estabelecida a partir do estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União, constante do Acórdão nº 1977/2013 - Plenário supramencionado, que buscou fixar diretrizes para a utilização do regime de empreitada por preço global e formalização de aditivos, estabelecendo as seguintes orientações:

a) Para os casos em que forem constatados, após a assinatura do contrato, erros ou omissões no orçamento, relativos a pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, em regra, pelo fato de o objeto ter sido contratado por preço certo e total, não se mostra adequada a prolação de termo aditivo, conforme ideal estabelecido no artigo 6º, VIII, “a”, da Lei nº 8666/1993, como ainda na cláusula de expressa concordância do contratado com o projeto básico, prevista no artigo 13, II, do Decreto nº 7983/2013.

b) Excepcionalmente, de maneira a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, como também para garantia do valor fundamental da melhor proposta e da isonomia, caso, por erro ou omissão no orçamento, se encontrarem subestimativas ou superestimativas relevan-

tes nos quantitativos da planilha orçamentária, poderão ser ajustados termos aditivos para restabelecer a equação econômico-financeira da avença, situação em que se tomarão os seguintes cuidados:

b.1) observar se a alteração contratual decorrente não supera o estabelecido no artigo 13, II, do Decreto nº 7983/2013³, cumulativamente com o respeito aos limites previstos nos §§1º e 2º do artigo 65 da Lei nº 8666/1993, estes últimos relativos a todos os acréscimos e supressões contratuais;

b.2) examinar se a modificação do ajuste não ensejará a ocorrência do “jogo de planilhas”, com redução injustificada do desconto inicialmente ofertado em relação ao preço base da licitação no ato da assinatura do contrato, em prol do que estabelece o artigo 14 do Decreto nº 7983/2013⁴, como também no artigo 37, XXI, da Constituição Federal;

b.3) avaliar se a correção de quantitativos, bem como a inclusão de serviço omitido, não está compensada por distorções em outros itens contratuais que tornem o valor global da avença compatível com o de mercado;

b.4) verificar, nas superestimativas relevantes que redundarem no eventual pagamento do objeto acima do preço de mercado e, conseqüentemente, em um superfaturamento, se houve retificação do acordo mediante termo aditivo, em prol do princípio guardado no artigo 3º, *caput*, c/c artigo 6º, IX, “f”, artigo 15, § 6º, e artigo 43, IV, todos da Lei nº 8666/1993;

b.5) verificar, nas subestimativas relevantes, em cada caso concreto, o equilíbrio na prolação do termo aditivo firmado, considerando a envergadura do erro em relação ao valor global da avença, em comparação com o que seria exigível incluir como risco/contingência no BDI para o regime de empreitada global, como também a exigibilidade de identificação prévia da falha pelas licitantes – atenuada pelo erro cometido pela própria Administração –, à luz, ainda, dos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa, da isonomia, da vinculação ao instru-

mento convocatório, do dever de licitar, da autotutela, da proporcionalidade, da economicidade, da moralidade, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e do interesse público primário;

Além de tais orientações, o TCU ainda sugere a opção de se estabelecer, objetiva e previamente pela Administração, nos editais de licitações, cláusula definindo o que será objeto de aditamento durante a execução do contrato, bem como o que será considerado subestimativa ou superestimativa relevante, a partir, por exemplo, do estabelecimento de percentuais de tolerância quantitativa admitida em cada item do orçamento que torne descabida a celebração de aditivo, e, ainda, a necessidade de que a imprecisão se refira a serviço materialmente relevante do empreendimento (avaliado de acordo com a metodologia ABC), em prestígio ao princípio da segurança jurídica.

3. A SOLUÇÃO ESTABELECIDADA NO ACÓRDÃO Nº 1977/2013-TCU

O Acórdão nº 1977/2013, do Tribunal de Contas da União, propõe uma solução eficiente, que garante maior segurança tanto para particulares, que apresentarão suas propostas certos de todos os encargos que terão de assumir com a formalização do contrato, quanto para os gestores e fiscais, que poderão analisar objetivamente eventuais incongruências verificadas nos projetos. Tal solução possibilita, ainda, maior agilidade na condução do empreendimento, evitando constantes paralisações para análise de planilhas, recálculo de valores, revisão de quantitativos, elaboração de pareceres e estudos, etc.

O entendimento estabelecido no Acórdão referido antes vem sendo aplicado paulatinamente pelo TCU, conforme se verifica nas decisões abaixo transcritas:

Em contratos executados mediante o regime de empreitada por preço global, excepcionalmente podem ser ajustados termos aditivos nos casos em que, por erro da Administração, houver subestimativas ou

superestimativas relevantes nos quantitativos do orçamento-base da licitação, desde que observados os critérios definidos no Acórdão 1977/2013 Plenário (Acórdão 291/2016 - Plenário - Auditoria, relatora Ministra Ana Arraes).

Contrato Administrativo. Aditivo. Requisito. Empreitada integral. Quantidade. No regime de execução por empreitada integral, pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, regra geral, não ensejam aditivo, haja vista que, nesse regime, não se espera que o fiscal realize avaliações meticulosas e individuais de quantidades. Excepcionalmente, com o intuito de evitar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes, alterações relevantes podem ensejar a assinatura de aditivo (Acórdão 211/2018 - Plenário - Representação, relator Ministro Bruno Dantas).

Em contratação sob o regime de empreitada integral, a celebração de aditivo contratual somente é admitida sob condições especiais, decorrentes de fatos imprevisíveis. Eventuais imprecisões no projeto básico não são motivo para correção por meio de aditivo, porquanto constituem riscos que se inserem na álea contratual ordinária, os quais são assumidos pelo contratado. (Acórdão 1194/2018 - Plenário, de 23/5/2018, relator Augusto Sherman).

As diretrizes apresentadas contribuem sobremaneira para a solução dos casos em que, no decorrer da execução contratual, são verificados erros relevantes no orçamento realizado pela Administração, garantindo, dessa forma, que seja corrigido o vício e mantido o equilíbrio da avença.

A manutenção do equilíbrio econômico do contrato é direito garantido às partes pela lei e pela própria Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, e deve ser respeitada independentemente do regime de execução estabelecido.

Contudo, é importante salientar que a formalização de aditivos decorrentes de divergências quantitativas nos contratos de empreitada por preço global é medida excepcional, utilizada somente para os casos em que for constatado real desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato.

A empreitada por preço global não deve ser utilizada com o fim de eximir a Administração da responsabilidade pela correta definição do objeto licitado, incumbindo ao particular arcar com todos os riscos do empreendimento. Seja qual for o regime de execução, cabe à Administração detalhar com preci-

são os encargos a serem assumidos, apurando todos os fatores que possam, de algum modo, influenciar na execução do futuro contrato.

O que se verifica, infelizmente, é que muitas vezes a exceção tem se tornado regra, e os contratos sob o regime de empreitada global têm sido desnaturados ao longo de sua execução, transformando-se em verdadeiras empreitadas por preço unitário, já que os erros reiteradamente constatados nos projetos básicos levam à constante necessidade de alterações contratuais.

A ineficiência da Administração Pública na condução dos procedimentos licitatórios, em especial na fase interna do certame, aliada à má qualidade dos projetos licitados, leva, inexoravelmente, ao desequilíbrio do contrato e à recorrente formalização de aditivos como medida corretiva de distorções que poderiam ter sido evitadas caso houvesse maior controle, planejamento e eficácia na atuação administrativa.

Não se está condenando a ocorrência eventual de falhas na elaboração do projeto básico. Alerta-se, porém, sobre a importância do planejamento, dos devidos estudos e conferências e da correta e detalhada definição do que se pretende contratar, tendo em vista os reflexos que tais medidas terão ao longo de toda execução contratual, em especial, nos contratos de empreitada global.

NOTAS

¹ Disponível no código 99012219 do endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais - Signatário (a): Jamille Coutinho Costa. Data e Hora: 21/12/2017, 13h13 - Número de Série: 13813667 - Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

² Acórdão 291/2016 - Plenário, de 17/2/2016, da relatoria da Ministra Ana Arraes.

³ Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços: [...] II - deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação, e as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite previsto no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993'.

⁴Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária’.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONATTO, Hamilton. **Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

CARVALHO, Juliane Erthal de. **Empreitada por preço global**: a uniformização de entendimento do TCU. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n. 79, setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=79&artigo=1086>>. Acesso em: 1º/11/2016.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**: casos e polêmicas. São Paulo: Malheiros, 2018.

LEITÃO, Antonio Jorge. Preço global x preço unitário. **Revista Zênite**: informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 248, out. 2014.

MENDES, Renato Geraldo. Os regimes de empreitada na Lei 8.666/93. **Revista Zênite**: informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 166, p. 1252, dez. 2007.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de licitações e contratos anotada**: notas e comentários à Lei 8.666/93. Coordenador: Renato Geraldo Mendes. Curitiba: Zênite, 2013.

MENDES, Renato Geraldo. Como reduzir os aditivos contratuais permitindo acréscimos ilimitados? Uma solução simples para um grande problema. **Revista Zênite**: informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 264, p. 130-141, fev. 2016.

NIEBUR, Joel de Menezes. Alteração de contratos firmados sob o regime de empreitada por preço global e repercussões do art. 127 da Lei nº 12.309/10. **Revista Zênite**: informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 206, p. 367, abr.2011.

SOUZA, Leonardo Baes Lino de. Admissibilidade de aditivos em contratos de obras públicas executados por empreitada por preço global na ótica do Tribunal de Contas da União. **Revista Zênite**: informativo de licitações e contratos (ILC). Curitiba: Zênite, n. 265, p. 258-267, mar. 2016.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de licitações públicas comentada**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.