

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 3

Jan/Mar 2015

Doutrina Nacional / Leonardo Estevam de Assis Zanini / Ricardo Lucas Calderon / Michele Mayumi Iwasaki / Thaís Fernanda Tenório Sêco

Pareceres / Luiz Edson Fachin / Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Atualidades / Vivianne da Silveira Abílio

Resenha / Gustavo Tepedino

Vídeos e Áudios / Anderson Schreiber

APRESENTAÇÃO

A **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** tem por objetivo fomentar o diálogo e promover o debate, a partir de perspectiva interdisciplinar, das novidades doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas no âmbito do direito civil e de áreas afins, relativamente ao ordenamento brasileiro e à experiência comparada, que valorize a abordagem histórica, social e cultural dos institutos jurídicos.

A RBDCivil é composta das seguintes seções:

- Editorial;
- Doutrina:
 - (i) doutrina nacional;
 - (ii) doutrina estrangeira;
 - (iii) jurisprudência comentada; e
 - (iv) pareceres;
- Atualidades;
- Vídeos e áudios.

Endereço para contato:

Rua Primeiro de Março, 23 – 10º andar

20010-000 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Tel.: (55) (21) 2505 3650

Fax: (55) (21) 2531 7072

E-mail: rbdcivil@ibdcivil.org.br

EXPEDIENTE

Diretor

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Editorial

Francisco Infante Ruiz - Doutor em Direito Civil e Internacional Privado pela *Universidad de Sevilla*, Professor Titular de Direito Civil (Direito Privado Comparado) na *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla), Espanha.

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Luiz Edson Fachin – Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, Brasil.

Paulo Lôbo - Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

Pietro Perlingieri - Professor Emérito da *Università del Sannio*. Presidente da *Società Italiana Degli Studiosi del Diritto Civile - SISDiC*. Doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Coordenador Editorial

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson de Paula Konder

Conselho Assessor

Eduardo Nunes de Souza

Fabiano Pinto de Magalhães

Louise Vago Matieli

Paula Greco Bandeira

Tatiana Quintela Bastos

O CONTRATO EPC E O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO

Título em inglês? The EPC contract and the Economical Balance Principle

Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Professor Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo; Visiting Scholar
in residence na Columbia University Law School New York, (1973-1974).

PARECER

I. OS FATOS

1/1. A Consulente - **E** (“**E**”) - é uma empresa brasileira, cujas sócias fazem parte do grupo **E**, com atuação em diversos países, nas áreas de energia, engenharia, transporte, logística e serviços. Por sua vez, **A** (“**A**”) - a outra protagonista da controvérsia objeto do presente parecer - é uma sociedade de propósito específico (SPE), criada com a finalidade de construir e explorar uma usina termoelétrica em Camaçari, Bahia, contando inicialmente, com os seguintes acionistas: “C S/A”, com 50% das ações; “P S/A”P, com 30%; e “G Ltda.”, com 20%.

1/2. Em abril de 2011, a Agência Nacional de Energia Elétrica (“**ANEEL**”) expediu Portaria, autorizando a **A** a estabelecer-se como produtora independente de energia elétrica, prevendo um cronograma de implantação que permitiria que as obras da usina se iniciassem, no máximo, “*até 7 de janeiro de 2012*”, e que esta pudesse entrar em operação comercial “*em janeiro de 2013*”.

1/3. Antes dessa Portaria, já em janeiro de 2011, as empresas C e P se movimentaram, dando início ao processo de “*chamada de propostas*” para a cotação de preços, incluindo o fornecimento de moto-geradores e transformadores de potência, com vista à construção, não de uma, mas de duas usinas termoelétricas, tomando por base o detalhamento técnico preparado pela empresa XY Projetos. Naquela oportunidade, o termo de referência previa que os motores seriam fornecidos pelas empresas M&M Diesel ou W&T, razão pela qual tais empresas assumiram a iniciativa das negociações, alinhando-se com a TT Engenharia S/A (“**TT**”) e com a **E** para atenderem ao restante dos serviços.

1/4. Depois de meses de negociação, **E** e W&T apresentaram uma proposta conjunta, que seria a seguir alterada, em julho de 2011, com o fim de rever os

prazos de entrega dos motores, incluindo a tancagem de combustível. Nessa ocasião, **E** foi informada de que a proposta da **TT** teria triunfado. Tal informação seria, porém, logo no mês seguinte, retificada, quando a **E** foi instada pela **P** a apresentar nova proposta, desta feita com motores **H**, que seriam adquiridos diretamente pela **A** da **H Co. Ltd.** Convite idêntico foi estendido à **TT**.

1/5. Também nesse caso a proposta apresentada pela **TT**, com a inclusão dos motogeradores **HH** e transformadores de potência **DEU**, estava a indicar que, de novo, se sagraria vencedora do certame, visto que o preço ofertado para a construção da referida usina, excluído o fornecimento dos motores, girava em torno de R\$ 73 milhões, abaixo da cifra proposta pela **E** (R\$ 75 milhões). Nessa altura, a **TT** começou a apresentar sinais de debilidade financeira que a levaria, posteriormente, a requerer recuperação judicial. Diante desse quadro, **C** e **P** convocaram **E**, quando lhe transmitiram o interesse em consagrá-la vencedora do certame licitatório, desde que procurasse se avizinhar do patamar estabelecido na proposta da **TT**.

1/6. Na realidade, **E** já fora anteriormente contratada para implantar duas outras usinas na região nordeste, e, agora, a **P** se mostrava categórica em sua convocação para a assunção das obras de Camaçari, sinalizando que eventual recusa por parte da **E** em assumir os serviços, em termos aproximados aos da proposta da **TT**, poderia ser interpretada como falta de cooperação em momento delicado, eis que a construção de Camaçari, segundo a portaria da ANEEL, deveria iniciar-se em 7 de janeiro de 2012. Ademais, considerando o peso da **P** em termos de Brasil, a reticência poderia colocar em risco a continuidade dos serviços que a **E** vinha prestando, e almejava continuar a prestar, àquela empresa.

1/7. Nesse cenário, a convocação da **P** consubstanciava “*fato necessário*” que compelia a **E** à aceitação do negócio, tanto mais que entre elas tinha havido, paralelamente, consenso no sentido de que – dada a premência do tempo para reformulação do orçamento – ambas as partes se dispunham a implementar os ajustes que se revelassem indispensáveis para a execução do contratado. Nesse contexto, os entendimentos travados com a **P** foram reduzidos a um documento escrito intitulado “*termo de compromisso*”, quando, além da exigência de que fossem observados os mesmos prazos e condições pactuados anteriormente com a **TT**, foi previsto um limite de preço da obra superior ao oferecido por esta empresa, no valor de R\$ 75.000.000,00.

1/8. Em 2 de outubro de 2011, a **A** “*formalizou*” a licitação privada e promoveu a publicação de edital de chamada de propostas para construção da Usina

Termoelétrica, cerca de pouco mais de dois meses antes da data prevista para o início das obras, em 7 de janeiro de 2012. Em observância às condições do termo de compromisso, **E** apresentou a sua proposta formal, que inicialmente não incluía serviços de terraplanagem, mas que, ao depois, em nova redação, os incluiria, com acréscimo do valor do preço combinado (de R\$ 75 milhões para R\$ 80.000.000,00). No final de outubro, as partes deram início às tratativas finais para a contratação, que se prolongaram até o segundo mês de 2012 (quatro meses, portanto). Nessa altura, dado o exíguo prazo para a entrega da obra, a **A** se antecipou, iniciando em dezembro de 2011 a disponibilização de recursos financeiros (cerca de 20% do valor do Contrato, em duas parcelas, segundo consta da cláusula 6.2(1) do Contrato) para que a **E** pudesse de imediato se condicionar para dar início às obras, antes mesmo da assinatura do instrumento contratual.

1/9. Somente em 15 de fevereiro de 2012, foi celebrado o “*Contrato de Engenharia, Suprimentos e Construção*”, tendo por objeto a execução, em regime de empreitada total por preço global (“*turn key*”), no valor de R\$ 80.000.000,00, de todos os serviços que se fizessem necessários para que a **A** recebesse a usina na data aprazada, ou seja, em 30 de novembro de 2012, devidamente testada, comissionada e apta a iniciar a sua operação comercial (“Contrato”).

1/10. Mal firmado o Contrato, logo a **E** se deu conta de que havia sido induzida em erro sobre as reais circunstâncias que constituiriam a “*base do negócio*” a que se vinculara, pois, por injunção da **A**, viu-se envolvida com a introdução de *alteração no arranjo geral conceitual* do empreendimento, para acolher a adequação do *lay-out* às estruturas que comporiam a futura usina, como postulado pela **A**. Não bastasse isso, esta ainda determinou a modificação das condições do acesso principal de caminhões e a construção de ligação do pólo-plástico ao site da futura usina, com acréscimo de serviços de terraplanagem, drenagem e pavimentação. Ora, como é curial, a alteração no *lay-out* da usina, com tais ampliações, implicava modificação substancial de todo o empreendimento, comprometendo, por consequência, a base sobre a qual fora o negócio pactuado. Com efeito, a alteração no *design* da planta resultou em diferentes platôs, com declives acentuados, impactando tanto o tempo para a execução das obras de formação dos taludes, quanto os custos das mesmas, majorados com o significativo acréscimo de serviços e materiais.

1/11. A esses fatos, somou-se o atraso por mais de um mês por parte da **A** na obtenção das licenças ambientais, municipais e estaduais, necessárias aos serviços de terraplanagem, pois, para que as obras se iniciassem em 7 de janeiro de 2012, fazia-se

mister que tais licenças fossem obtidas até essa data. Foi necessário, ainda, implementar soluções técnicas para contenção de deslizamentos e erosões dos taludes, sem falar que se mostrou imperiosa a aquisição de terra mais consistente para essas obras, proveniente de regiões afastadas.

1/12. Definidas tais alterações no arranjo geral conceitual, a **E** foi ainda surpreendida, no período de março a julho de 2012, com chuvas torrenciais imprevisíveis, provocando grande incidência de deslizamentos durante a movimentação de terra. Nessa altura, as partes decidiram contratar a SSSS Gerenciamento (“**SS**”) para acompanhar a evolução da obra, realizando essa empresa a revisão de todos os trabalhos efetuados e implantando nova forma de medição dos serviços; alteração esta que, além de retardar também a obra, não foi formalizada em Aditivo. Isso não bastasse, verificou-se, nesse período, aumento abrupto e imprevisível nos preços dos insumos (aço, concreto, cobre), comprometendo profundamente o “*equilíbrio econômico-financeiro do Contrato*”. Tal desequilíbrio tornou o cumprimento das obrigações “*excessivamente oneroso*” para a **E**. Acresce ainda o fato de que a Hyundai igualmente atrasou na entrega dos equipamentos, afetando o curso das obras.

1/13. A vista disso, a **E**, em 27 de agosto de 2012, cinco meses da assinatura do Contrato, encaminhou à **A** a Proposta Técnica nº 000.001, com o objetivo de promover a adequação do preço contratual, em valores calculados até aquele mês de referência. Após a apresentação de mais duas versões da referida proposta, a **A** sinalizou que concordaria em parte com os aspectos financeiros, os quais deveriam ser ajustados. Em função disso e à luz do agravamento das circunstâncias, **E** formulou a Proposta Técnica nº 000.003, em 3 de outubro de 2012, a qual não apenas reiterou os termos da proposta anterior, mas também ressaltou as medidas necessárias para se buscar a recuperação dos atrasos naquela altura.

1/14. Em reunião realizada em 9 de outubro de 2012, **A** acatou apenas parcialmente o pleito financeiro de **E**, o que ficou registrado em ata que passou a ser denominada “*aditivo contratual*”, através do qual pactuou um acréscimo no preço do Contrato da ordem de R\$ 25.000.000,00, majorando o valor contratado de R\$ 80.000.000,00 para R\$ 105.000.000,00 (“**Aditivo**”). O ajuste foi definido em reunião da qual participou apenas um representante da **E** e, na ocasião, fez-se constar que dependeria da aprovação de **E** até 13 de outubro de 2012. Esse fato importava, inegavelmente, por si só, no reconhecimento cabal por parte da **A** de que erros e motivos imprevisíveis haviam tornado a obra “*excessivamente onerosa*” para a **E**, justificando-se, por conseguinte, a sua

“*correção*”, que, infelizmente, não restou de todo materializada com essa majoração, como logo se verificaria.

1/15. Advirta-se que, no segundo semestre de 2012, quadra em que esses eventos se desenrolavam, o aumento dos insumos persistia em níveis ainda mais desnorteantes, em razão da crise econômica que assolava a economia mundial. Em meio a essa conjuntura, eis que **A** solicitou a alteração da capacidade dos tanques de combustível de 900m³ para 1.100m³, o que atrasaria ainda mais a construção da usina, demandando acréscimo de mão-de-obra para cumprimento do prazo do Contrato a fim de atender a essa nova modificação de escopo. Durante essa etapa, entre outubro e novembro de 2012, a **E** se viu também na contingência de enfrentar movimentos grevistas, que, se não constituem, em si, fatos imprevisíveis numa construção, assumiram, na ocasião, magnitude que fugia da normalidade. Todos esses eventos foram acompanhados pela **A** através da presença do “*engenheiro do proprietário*”.

1/16. Em dezembro de 2012, **A** e **E** acordaram que, não obstante os percalços, o empreendimento teria condições de ser concluído, no cenário mais pessimista, até março de 2013, já que mais de 80% das obras estava concluído, sendo necessário, no entanto, reunir mais recursos adicionais para fazer frente à contratação de pessoal para recuperar os atrasos - a que, de resto, a **E**, como apontado, não dera causa. Eis que, nesse momento, foi a **E** surpreendida com a mudança de comportamento da **A**, a qual manifestou a decisão de abandonar a idéia do novo cronograma e iniciar tratativas no sentido de realizar um distrato amigável, visando a assumir, ela própria, a responsabilidade pela conclusão da obra por sua conta e risco. Em reunião de 12 de dezembro de 2012, ficou acertado que a partir dessa data a **A** assumiria os serviços, cabendo à **E** colaborar no período de transição.

1/17. Não obstante esse acerto, combinado em 15 de dezembro de 2012, em meio a uma reunião em que se discutia dita transição, a **A** enviou notificação à **E**, comunicando que considerava “*resolvido*” o Contrato, por conta de alegado inadimplemento (atrasos) por parte da empreiteira de suas obrigações contratuais, ao mesmo tempo em que notificava os diversos fornecedores indicados pela **E**, informando que havia *rescindido* o Contrato e que estava assumindo a obra. Ao mesmo tempo em que participava a muitos fornecedores que não tinha interesse em continuar contando com a prestação de seus serviços. Numa *conduta contraditória* em relação às tratativas que vinha desenvolvendo, desconsiderava o fato de que, em dezembro de 2012, a **E** já havia executado por volta de 80% da totalidade do Contrato, como o confirmariam as planilhas

de medição da SS, contratada por ambas as partes. Ademais, em vistoria realizada no local da obra, a pouco mais de um mês dessa notificação, em 30 de janeiro de 2013, a ANEEL consignaria que a **A** lhe asseverara que “*o empreendimento encontrava-se com avanço de aproximadamente 86%*”.

1/18. Oito meses depois, em 14 setembro de 2013, a **A**, em lugar de quitar os débitos ainda pendentes, enviou notificação à **E**, reclamando (i) multa diária por atrasos nos marcos parciais e (ii) multa por atraso na entrada da operação da usina, e (iii) devolução de valores que teriam sido pagos em excesso e pagamento de custos que defluiriam da retomada da obra, incorridos até agosto de 2013. Nesse sentido, fez cobrança no valor de R\$ 98.642.242,95, sendo que R\$ 80.643.568,99 a título de custos despendidos com a obra remanescente realizada após a retirada da **E** - cifra que excedia o preço original pactuado para a obra inteira, e só por si, evidenciaria que o Contrato, todo ele, estaria econômica e financeiramente desequilibrado. Em 24 de setembro de 2013, a **E** respondeu, apresentando contra-notificação.

1/19. Diante desse quadro, **E** resolveu submeter a controvérsia à arbitragem, para que fosse declarada a improcedência das pretensões da **A**, arguindo que a rescisão do Contrato *não* decorreria de qualquer conduta a ela imputável, como alegado, mas sim de decisão unilateral da **A**, que, sobre encontrar-se inadimplente em suas obrigações contratuais, *enriqueceu-se indevidamente* com o desequilíbrio econômico-financeiro do referido Contrato. Nesse sentido, fazia-se necessária a *revisão* do mesmo, restabelecendo esse equilíbrio, comprometido pela ocorrência de fatos imprevisíveis e de força maior, reconhecidos pela **A** e dos quais resultaria um crédito a favor da **E**.

1/20. Nesse sentido, requereu a **E** que o tribunal arbitral (i) declarasse a ilicitude da resolução unilateral do Contrato por parte da **A**, à míngua de inadimplemento a ela imputável, assim como das aplicações das penalidades por atrasos de marcos contratuais suscitadas pela **A**, em manifesta contrariedade a comportamento anterior; (ii) condenasse a **A** ao pagamento de reparação por danos morais no valor mínimo de R\$ 1 milhão, em virtude do aviltamento de sua imagem perante subcontratados e fornecedores; (iii) condenasse a **A** ao pagamento de indenização por danos materiais, decorrentes da desmobilização antecipada da obra, quando já se avizinhava a sua conclusão; (iv) condenasse a **A** ao pagamento de R\$ 10.477.189,00, relativos a serviços prestados e ainda não quitados à **E**, gerando enriquecimento sem causa em favor da primeira ; (v) recompusesse o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, condenando a **A** a reparar a **E** prejuízos por esta sofridos em montante não inferior a R\$ 21.386.071,35, que derivaria

da diferença entre os custos orçados e os valores realmente despendidos na execução do Contrato; e (vi) condenasse a **A** a ressarcir custas, despesas processuais e honorários incorridos processo arbitral.

1/21. Em sua resposta, a **A** salientou que a discussão do procedimento prescindiria da qualificação dos argumentos fáticos e jurídicos aduzidos pela **E**, na medida em que o cerne da controvérsia se concentraria, fundamentalmente, na natureza do Contrato EPC, de sorte que o exame das razões deduzidas para justificar o aumento de preço e o atraso da usina seria até dispensável. De qualquer forma, aduzia que tais razões não procederiam, visto que as alegadas alterações no objeto original do Contrato foram expressamente aceitas pela **E** por meio do Aditivo, sem que tivesse havido qualquer mudança no que toca ao prazo de entrega da usina, livremente pactuado.

1/22. Abordando, no entanto, as questões fáticas e jurídicas alinhadas pela **E** para esclarecer as circunstâncias em que se deu a celebração do Contrato e explicar os atrasos ocorridos na conclusão da obra, a **A** arguiu, inicialmente, que a contratação da **E** para a realização da obra da usina não se deu em substituição à da **TT**, como alega a **E**, visto que não teria havido qualquer prévia contratação dessa empresa, mas meras tratativas comerciais ocorridas anteriormente ao certame em que a **E** se sagrou vencedora. Por outro lado, o termo de compromisso que **E** enviou por e-mail à **A**, e no qual não haveria a aposição das assinaturas dos diretores desta última, é de 15.8.2011, data anterior, portanto, e não posterior, ao processo de concorrência, no qual a **E** se sagraria vencedora, visto que este só teria sido formalizado pela diretoria da **A** em reunião de 24.10.2011, e, dessa forma, não desfrutaria de qualquer caráter vinculante.

1/23. Rejeita, a seguir, a alegação da **E** de que teria sido induzida em erro pela **A** a respeito das condições básicas do negócio, já que não só foram promovidos sucessivos encontros prévios entre todos os proponentes do certame e a **H**, fornecedora dos equipamentos, como também as necessidades para a implantação da usina teriam sido desenhadas em conjunto pela fornecedora e pela empreiteira, cabendo sempre aos proponentes, supostos *experts* no assunto, detalhar o escopo do empreendimento, motivo pelo qual não lhes assistiria o direito de suscitar tais questões. De resto, eventuais alterações no projeto básico são normais, visto que, no referido plano, apenas se estabelecem as linhas cardeais do empreendimento. Mas mesmo que assim não fosse, as alterações do *lay-out* foram previstas no Aditivo e acordadas pelas partes contratantes, (a) com *robusta majoração do preço*, e (b) *sem que se admitisse outra data para a entrega da usina*.

1/24. Ademais, não concorda a **A** com a alegação de que os serviços de terraplenagem da nova área de tanques, objeto da negociação dos termos do Aditivo, tenham comprometido o prazo pactuado para a entrega da usina, ou que tenha havido demora na obtenção das licenças ambientais, até porque a obtenção dessas licenças era, pelo Contrato, da responsabilidade da empreiteira. Também não concorda com a invocação da ocorrência de chuvas a índices pluviométricos extraordinários e do aumento abrupto nos preços de insumos, encarados como casos de força maior que justificariam atrasos e alterações no preço, pois que ainda que tivessem ocorrido tais eventos, houve expressa exclusão dos mesmos em disposições contratuais na caracterização do fortuito (cláusula 6.4), sendo certo que a **A** teria admitido a inclusão desses fatores na alteração de preço operada no Aditivo de 9 de outubro de 2012 por “*mera liberalidade*”, mantendo-se, porém, inalterado o prazo de conclusão da obra.

1/25. Não aceita, também, a alegação de que o atraso na entrega de equipamentos pela **H** e a alteração na capacidade dos tanques de combustíveis tenham provocado prejuízos à **E**, já que, de um lado, a entrega de tais equipamentos teve de ser postergada em razão de atrasos imputáveis à própria **E** que não providenciara, a tempo e hora, espaço onde depositá-los, e, de outro, a alteração da capacidade dos tanques de combustível fora contemplada no Aditivo, mantendo-se sempre nesse instrumento, repita-se, inalterado o prazo de entrega da usina. Quanto aos movimentos grevistas, seria sabido que não consubstanciam fatos imprevisíveis.

1/26. Conclui, por fim, asseverando que, em momento algum, acordou com qualquer novo cronograma em que se tenha previsto a entrega da usina até março de 2013, registrando apenas, nas reuniões realizadas em dezembro de 2012, que, com base no que se via nos canteiros, constatara que não seria possível à **E** entregar a usina no tempo estipulado, não concebendo outra solução senão a rescisão do Contrato, avocando para si a responsabilidade pelo término da obra. Rejeita também a alegação de que, quando da rescisão do Contrato, as obras encontravam-se 86% concluídas, asseverando que o relatório da **SS**, invocada pela **E** para chegar a esse percentual, apresenta graves inconsistências, sendo que o estágio dos avanços nos marcos contratuais, por ela apontado, não guarda sequer proporcionalidade com a tabela do mesmo relatório, nem levam em consideração critérios de pesos adequados.

1/27. Nesse sentido, a **A** impugna todas as afirmações, pedidos e valores que compõem as pretensões deduzidas pela **E** na notificação de instituição de arbitragem, acima reproduzidas (item 1/20, *supra*), assim como aduz, em reconvenção, os seguintes

pleitos contrapostos: (i) requer a devolução dos valores pagos à **E** em razão de não ter sido concluída a usina conforme obrigada, nas datas pactuadas, tendo esta, no entanto, recebido a totalidade do valor global originalmente pactuado; (ii) o ressarcimento do quanto foi necessário empregar para a conclusão dos trabalhos, por força do inadimplemento da **E**, por rescisão por justa causa do Contrato; (iii) a declaração do limite máximo de aplicação da penalidade por atraso correspondente ao percentual de 20% sobre o valor global do Contrato, correspondendo ao valor original, mais aditivo; (iv) condenação da **E** na indenização pelos danos morais e materiais suportados pela **A**; (v) condenação da **E** nos ônus da sucumbência.

1/28. Levando em conta todos os fatos acima sumariados, que nos foram apresentados pela Consultante e que defluem também de documentação que nos foram presentes, fomos honrados com uma longa série de indagações que serão respondidas à medida que forem sendo aqui reproduzidas.

II. OS PRINCÍPIOS

2/1. O cerne da controvérsia reside, segundo a **A**, na natureza do Contrato firmado entre **E** e **A**. Trata-se de um ajuste complexo do tipo contratual conhecido pelo acrônimo, em inglês, de EPC (“*Engineering, Procurement and Construction Contract*”), consubstanciando um contrato de empreitada global, a preço certo e com data determinada de conclusão de uma usina térmica, chave-na-mão (“*turn-key*”), ou seja, entregue em condições de operar (Contrato, artigo 2).¹ Como toda empreitada, trata-se de um *contrato comutativo*, quer dizer, um contrato em que as prestações das partes são de antemão conhecidas e guardam entre si uma relativa equivalência de valores. Nele não se exige igualdade rigorosa entre as prestações recíprocas, mas é imperioso que aproximadamente se correspondam. Por outro lado, como ambas as partes, desde o início, sabem a tarefa que será desenvolvida por uma e quanto a outra irá receber por ela, estabelece a lei que, “*salvo estipulação em contrário*”, o empreiteiro, que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, “*não*” terá direito a exigir “*acréscimo do preço*”

¹ José Emílio Nunes Pinto, “O Contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil”, *Revista Jus Vigilantibus*, acesso segunda feira, 30 de dezembro de 2002; cf. modelo de Contrato EPC proposto pela FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*), <http://www.fidic.com>.

(CC/2002, art. 619). Em princípio, portanto, a empreitada em questão era sem reajustamento.

2/2. Isso não quer dizer que na empreitada, seja qual for o tipo, não haja sempre uma margem de risco para os contratantes. Projetando os seus efeitos para o futuro, todas as relações contratuais duradouras ou sucessivas contêm uma “*álea*”, de impossível determinação *in abstracto*, pois todo contrato comporta sempre riscos para as partes, muitos deles exclusivos da operação concretamente considerada. Como acentua Mário Bessone, “*Il contratto stesso è um rischio*”, posto que o risco é elemento inerente à atividade econômica.² Mas como é corrente na doutrina italiana, a “*álea normal do contrato*” - conceito introduzido pelo art. 1467 [2] do CC/italiano - é prioritariamente determinada pelo contrato *in concreto*, fornecendo o tipo negocial apenas elementos circunstanciais para efeito de sua configuração.³

2/3. Nos contratos de empreitada, mormente naqueles contratos a preço global e fixo, em que há a aceitação de um plano prévio por parte do dono da obra, o risco contratual se acentua e se reflete no preço contratual, que, regra geral, é pactuado sem possibilidade de revisão (CC/2002, art. 619). A formação de um contrato de EPC deve, portanto, procurar antever tanto os custos quanto os riscos a que empreitada, normalmente, está sujeita e, conseqüentemente, otimizar a alocação de ambos no processo de definição consensual do preço. Mas é curial que essa regra comporta exceções, relativos aos riscos que extravasam a *álea contratual normal*, que ocorrem quando dizem respeito a eventos (i) que sejam comprovadamente alheios à vontade do empreiteiro, de acordo com os princípios de força maior e caso fortuito (CC/2002, artigos 625, I, c/c artigo 393, § único), ou (ii) que se enquadrem nas hipóteses de imprevisibilidade e onerosidade excessiva, elevadas a categorias legais pelos artigos 317 e 478 do CC/2002, inclusive na sua versão aplicada à empreitada (CC/2002, artigo 625, II).

2/4. Em escólio ao artigo 625, II, do CC/2002, que admite que o empreiteiro, em empreitada a preço fixo, “*suspenda a obra*”, quando, no decorrer dos serviços, se manifestem dificuldades imprevisíveis na execução, Fátima Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Vera Andrichi observam que essa regra é expressão do *princípio do equilíbrio econômico* que deve prevalecer na maior parte dos contratos.⁴ E Ruy Rosado de

² Mario Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milão, Giuffrè, 1975, p. 4.

³ Agostino Gambino, “Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell’alea normale del contratto” in *Rivista del diritto commerciale*, n. 58, p. 448, 1960.

⁴ Fátima Nancy Andrichi e outros, *Comentários ao novo Código Civil*, Forense, 2008, v. IX, p. 347.

Aguiar Júnior acrescenta em comentário ao mesmo artigo que o dispositivo em referência permite que o empreiteiro, nas aludidas circunstâncias, suste a obra e possa ir a juízo pleitear a resolução do contrato, na via autorizada pelo artigo 478 do CC/2002. Ou a revisão das cláusulas contratuais, já que quem pode o mais, pode o menos.⁵

2/5. Em suma, seja qual for o tipo de empreitada, com ou sem reajustamento, é pressuposto que, no curso da execução da obra, deverá ser mantido o equilíbrio econômico entre as prestações recíprocas, sem o qual o contrato, de matriz comutativa, se desfigura, convertendo-se em *negócio aleatório*, com incerteza em relação à verdadeira extensão das prestações. Pois é no contrato aleatório que a contraprestação tem a chance de ser desproporcional ao valor da prestação, seja em relação às duas partes, seja apenas a uma delas (CC/2002, artigo 458 *usque* 461). Assim, na empreitada sem reajustamento, vedada a exigência de “*acréscimo no preço*”, caberia ao empreiteiro uma álea ilimitada, não fosse sua submissão ao princípio geral do equilíbrio econômico do contrato, que constitui um dos dogmas nucleares do direito contratual atual.

2/6. Na doutrina clássica, o contrato sempre seria “*justo*”, na medida em que, sendo querido pelas partes, resultaria de uma livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, de onde lícito seria presumir o equilíbrio das prestações. Sendo justo o contrato e presumido o equilíbrio, seguia-se que aos contratantes deveria ser reconhecida ampla autonomia de vontade, limitada tão-somente por considerações de ordem pública e pelos bons costumes.

2/7. Em torno dessa “*autonomia de vontade*”, fixaram-se, então, os três princípios informativos do direito contratual: (i) o princípio da “*liberdade de contratar*”, entendendo-se como tal a aptidão dos contratantes de auto-regulamentar os seus interesses, estipulando o que lhes aprouver, dentro dos limites da lei: (ii) o princípio da “*intangibilidade do conteúdo*”, pelos quais o contrato, uma vez firmado, adquire força de lei entre as partes, só podendo ser alterado em sua substância por novo encontro de vontades: e (iii) o princípio da “*relatividade do contrato*”, segundo o qual os efeitos do mesmo se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando, nem prejudicando terceiros.

2/8. A esses três princípios tradicionais, que gravitam em torno do conceito de autonomia de vontade, foram acrescentados três outros, que, sem os eliminarem, vieram amoldá-los às novas demandas. Operou-se uma mudança de

⁵ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, Forense, 2011, v. VI, p. 324.

paradigmas, fazendo emergir (i) o princípio da “*função social*” do contrato, (ii) o princípio da “*boa-fé objetiva*” e (iii) o princípio do “*equilíbrio econômico*” do contrato. O Código Civil de 2002 deu guarida, explícita ou implicitamente, a esses novos princípios. Explicitamente, no caso da função social do contrato, através do artigo 421, e da boa-fé objetiva, através do artigo 422, combinado com os artigos 113 e 187. No que tange ao princípio do equilíbrio econômico do contrato, embora não tenha sido exteriorizado em um dispositivo individualizado, manifestou-se como elemento informativo dos institutos do “*estado de perigo*” (art. 156), da “*lesão*” (art. 157), da “*onerosidade excessiva*” (art. 478 *usq.* 480) e do “*enriquecimento sem causa*” (art. 884 *usq.* 886).⁶

2/9. A autonomia de vontade já tinha, na teoria contratual clássica, como pressuposto lógico, a “*paridade dos contratantes*”, visto que só haveria falar em liberdade de contratar e imprimir força obrigatória ao ajuste quando uma das partes não se visse na contingência de simplesmente se submeter à vontade exclusiva da outra, pois, caso contrário, a sua autonomia de vontade seria apenas formal. Para que o contrato fosse livremente concluído e executado, força seria que o mesmo resultasse de um encontro de vontades, de partes que se mantivessem dentro de certo nível de paridade, ou seja, providas de iguais *poderes negociais*. E é aqui que entra o “*princípio do equilíbrio econômico do contrato*”. Esse princípio visa a impedir que as prestações contratuais expressem, seja na sua conclusão seja na sua execução, um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contraentes. Ou, em outras palavras, que se desconsidere o “*senalagma contratual*”, encarado em seu perfil funcional.

2/10. Ora, como se depreende dos fatos narrados, é evidentemente que não se observou, seja na celebração do Contrato, seja na sua execução, esse equilíbrio funcional entre **A** e **E**, a que se alude. Primeiramente, cumpre recordar que a celebração do Contrato entre **A** e **E** foi precedida pela tentativa de contratação de outra empresa, **TT**, sendo certo que o processo de substituição “*real*” da mesma, pela **E**, consumiu meses, atropelado ainda pela mudança dos fornecedores dos motores e transformadores da usina. Reduzido, por fim, o “*compromisso*” entre as partes a um documento escrito, objeto da correspondência da **E** de 15 de agosto de 2011, somente em 2 de outubro de 2011 a **A** formalizaria a licitação privada, prevendo o início da obra para 7 de janeiro de 2012. Por

⁶ Cf. Antônio Junqueira de Azevedo, “Princípios do novo Direito Contratual e Desregulamento do Mercado”, in *Revista dos Tribunais* 750/115.

seu turno, o Contrato da **A** com a **E**, vencedora do certame, só seria firmado em 15 de fevereiro de 2012, com data apazada para a entrega da usina em 30 de novembro de 2012.

2/11. Sendo o prazo de entrega da usina, portanto, extremamente exíguo, e prevendo a licitação um cronograma com início das obras no máximo em 7 de janeiro de 2012, a **A** se dispôs a disponibilizar substancial recursos financeiros (20% do preço original) para que a **E** desse início imediato às obras, vale dizer, em 15 de dezembro de 2011, mesmo antes de firmado o Contrato, o que somente ocorreria em 15 de fevereiro de 2012. Ao acelerar o início das obras antes da formalização do Contrato, a fim de cumprir o cronograma, adiantando os recursos à empreiteira, lícito é inferir que se firmou entre as partes um *consenso tácito* no sentido de que – dada a premência do tempo para a formulação do orçamento e para a realocação dos riscos de acordo com o prazo exíguo – ambas se dispunham a implementar todos os ajustes que se fizessem necessários para a execução em tempo das obras contratadas.

2/12. Tanto é verdade que, logo que apareceram os primeiros sinais de que a falta de reexame da avença afetaria a execução das obras, as partes se movimentaram no sentido de lograr uma composição, atestando a **A**, ao firmar com a **E** o Aditivo que majorava com um acréscimo de quase 1/3 (um terço) do preço original do Contrato, que a **E** agira sempre de boa-fé, mesmo diante dos infortúnios com os quais se deparava. Ao mesmo tempo em que reconhecia, implicitamente, o desequilíbrio econômico intrínseco da avença, passando o valor contratado, originalmente “*fixo e global*” de R\$ 80.000.000,00, para R\$ 105.000.000,00.

2/13. Esse desequilíbrio econômico do Contrato ainda mais se acentuaria com a superveniência de fatos e dificuldades imprevisíveis no curso de sua execução, que subverteram as bases do negócio originalmente pactuadas. A própria **A**, aliás, corroboraria esse entendimento ao cobrar, em sede de reconvenção, a vultosa quantia de R\$ 116.798.223,65 (inicialmente estimada em R\$ 57.602.549,28) a título de supostos custos adicionais que teria incorrido quando, rescindido o Contrato e já à testa da empreitada, dera remate ao restante da obra (14% a 20%) – cifra esta que corresponde ao dobro do *valor total* do Contrato original.

2/14. Ao empolgar a gestão das obras de construção da usina e tolher o epcista de cumprir as suas obrigações para a entrega da obra, quando esta já se avizinhava da sua finalização, negando-se a responder pelo aumento dos custos decorrente de fatos extraordinários e de dificuldades imprevisíveis, resta evidente que a **A** *abusou* do seu *poder negocial*. Com isso provocou uma *mutação na natureza* do Contrato, pois confinou

todo o risco do negócio, nele incidente, como de exclusiva responsabilidade da empreiteira, emprestando, assim, caráter aleatório a um ajuste que se requer seja essencialmente comutativo.⁷

2/15. À vista dessas observações, vejamos os quesitos formulados pela Consulente, respondendo-os à medida que forem sendo reproduzidos.

III. QUESITOS

1º) O contrato de engenharia, suprimento e construção em questão (“Contrato”) pressupõe ser uma avença comutativa. Essa comutatividade foi afetada pelo fato de a negociação do instrumento contratual e sua assinatura ter ocorrido cerca de 4 (quatro) meses após o fim da concorrência privada, durante as quais as partes alteraram o projeto, mas não modificaram o preço e nem o cronograma para a conclusão da obra?

3/1. Nos contratos comutativos, a relação entre vantagem e sacrifício entre as partes é subjetivamente equivalente, havendo sempre certeza quanto às prestações. Quer dizer, ambas são certas e se compensam (CC/2002, art. 441 e seguintes.). Na ideia de comutatividade está implícita, portanto, a de equivalência das prestações, de antemão conhecidas das partes, cada parte só consentindo num sacrifício se aquilo que obtém em troca for do mesmo porte. Quer dizer, as partes comutam vantagens, guardando entre si um nível razoável de igualdade de valores. E nessa composição de sacrifícios e vantagens mútuas, a equivalência das prestações é determinada em função do volume relativo das prestações recíprocas e do prazo para executá-las.⁸

3/2. No caso em exame, o prazo para a entrega da obra de Camaçari era extremamente exíguo, em se considerando que se cogitava da construção e da entrega de uma usina termoelétrica em condições de operar em 9 (nove) meses, a contar da data da assinatura do Contrato. Esse instrumento foi firmado em 15 de fevereiro de 2012 e a data para a entrega da usina em condições de operar findava em 30 de novembro de 2012. É

⁷ Na vigência do CC/1916 houve quem sustentasse que a empreitada seria, acessoriamente, um contrato aleatório (como E.V. de Miranda Carvalho, *Contrato de Empreitadas*, Rio, Freitas Bastos, 1953, p. 8), no que era por outros contestado (Almeida Paiva, *Aspectos do Contrato de Empreitada*, Rio, Forense, 1955, p. 21).

⁸ Domenico Rubino, *L'Appalto*, 2ª edição, Turim, 1951, PP. 129/132; Orlando Gomes, *Contratos*, Forense, 4ª edição, 1973. P. 333.

verdade que as primeiras tratativas entre as partes remontam aos primeiros meses de 2011 e tiveram alinhamento final em 15 de agosto de 2011, depois de várias etapas, já narradas, quando o resultado final foi reduzido a escrito em um compromisso informal. Em 2 de outubro de 2011, a **A** formalizou a licitação privada, sagrando-se a **E** vencedora Contratos do certame. Somente 4 (quatro) meses depois, ou seja, em 15 de fevereiro de 2012 é que seria, por fim, celebrado o Contrato.

3/3. Ao longo desse intervalo que permeia a abertura dos resultados da licitação e a assinatura do Contrato, foram introduzidas significativas alterações no projeto, sem que essas alterações tenham se refletido em majoração do preço e em mudança do cronograma de forma compatível com a realidade dos fatos, comprometendo, assim, a comutatividade originalmente buscada pelo Contrato.

3/4. Advirta-se que as modificações introduzidas não pararam aí: uma vez assinado o Contrato, a **A** decidiu promover uma mudança no projeto básico do empreendimento, com a finalidade de operar a adequação da obra ao novo *lay-out*, de forma a propiciar melhores condições de acesso à usina para os caminhões. Ao lado disso, obras complementares foram adicionadas para permitir maior estocagem de combustível. Não obstante preveja o Contrato a introdução de alterações desse naipe por parte da **A** (cláusula 9), é intuitivo que o “*equilíbrio do negócio*”, entendido como a equivalência entre prestações e contraprestações das partes, foi severamente afetado, agravando-se a posição da **E**.

3/5. Por outro lado, o fato de a **E** ter concordado com a introdução de tais alterações quando da assinatura do Contrato não elimina a existência de desequilíbrio econômico na avença, tanto que, meses depois, as partes celebrariam Aditivo, majorando o preço “*fixo e global*”, originalmente pactuado, em cerca de um terço do valor contratado, passando de R\$ 80.000.000,00 para R\$ 105.000.000,00, embora sem alteração da data prevista para a conclusão da obra. A comutatividade fora, portanto, abalada e é indiscutível que através desse Aditivo se procurava simplesmente restaurá-la.

2º) A realização de serviços preliminares antes da assinatura do Contrato, inclusive com o pagamento de adiantamentos pela Contratante, implica que o cronograma deve ter efeitos retroativos a outubro de 2011, inclusive para responsabilizar a parte Contratante pelo não cumprimento de marcos contratuais? As modificações de projeto solicitadas pela Contratante entre outubro

de 2011 e março de 2013 impõem que esta assuma o ônus desse atraso?

3/6. Uma vez firmado, todo e qualquer contrato passa a produzir efeitos obrigacionais a contar do momento do consentimento (*ex nunc*), podendo, porém, por vontade das partes, retrotrair, abrangendo relações passadas, concernentes a um período pretérito (*ex tunc*).⁹ O Contrato, celebrado entre a **E** e a **A**, se filia à primeira categoria, inscrevendo-se na modalidade dos contratos de duração, cuja execução diferida e continuada tinha o seu termo inicial com a assinatura do instrumento contratual em 15 de fevereiro de 2012 e termo final com a entrega da obra, em 30 de novembro de 2012, em conformidade com cronograma de trabalho anexo ao contrato (Anexo C). Gerava, portanto, efeitos para o futuro.

3/7. É verdade que no próprio corpo do Contrato, embora firmado em 15 de fevereiro de 2012, a empreiteira reconheceu, em cláusula expressa (cláusula 6.2, item “i”), haver recebido, em 15 de dezembro de 2011 e 15 de janeiro de 2012, respectivamente 5% (cinco por cento) e 15% (quinze por cento) do preço contratual. Não obstante esses pagamentos *antecipados*, não há nenhuma cláusula dando efeito retroativo às obrigações decorrentes do Contrato, de sorte que as mesmas só passaram a ser vinculantes e coercíveis após a sua celebração, sempre dentro do cronograma anexo ao instrumento contratual.

3/8. Quer dizer, embora possa ter havido a prestação de serviços anteriores (o que, em parte, explicaria os referidos pagamentos adiantados), o marco inicial da empreitada era indubitavelmente a data da assinatura que selou o negócio, gerando obrigações de parte a parte, a serem futuramente cumpridas. Vale aqui o significado semântico (*ex-sequor*) da expressão, podendo dizer-se que a “*execução*” do contrato sempre se traduz numa projeção futura dos seus efeitos, ou seja, “*qualcosa che segue, che vien dopo*”, como diz Giaquinto.¹⁰

3/9. Assim, a eventual realização de serviços preliminares por parte da **E**, antes da assinatura do Contrato, inclusive com o pagamento de adiantamentos do preço desses serviços pela **A**, não implica que o cronograma para a construção da usina deva ter efeitos retroativos. Mormente quando esses efeitos tenham por objetivo responsabilizar a empreiteira pelo não cumprimento de marcos contratuais ajustados para mensurar o avanço

⁹ Darcy Bessone de Oliveira Andrade, *Do Contrato*, Forense, 1960, p. 220; Adolfo de Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, 1967, p. 242 ss.

¹⁰ Obra citada, p. 3.

físico da obra ao longo do processo de execução do Contrato, que inicia com o consentimento.

3/10. Por outro lado, se entre outubro de 2011, antes da assinatura do Contrato, e, dezembro de 2012, quando, já assinado o Contrato, as partes negociavam o segundo aditivo, até com mudança do cronograma, impunha-se que **A** assumisse o ônus dos atrasos decorrentes das alterações por ela propugnadas. Assim, podemos responder à segunda parte do presente quesito, dizendo que os encargos ligados às alterações introduzidas no projeto original por determinação da comitente, entre outubro de 2011 (quando a **E** se sagrou vencedora do certame licitatório), e 15 de dezembro de 2012 (quando a **A** assumiu a obra), devem correr exclusivamente por conta da dona da obra. Até porque, em sendo a esta imputáveis os atrasos provocados pelas modificações no plano original, haveria, à época, *justa causa* para a empreiteira “*suspender*” a execução dos serviços (arts. 476 e 625, I, do CC/2002).

3º) A assunção de obrigação pela Contratante perante a autoridade governamental de iniciar a operação comercial da Usina em determinado prazo impede que o Contrato sofra alterações que importem na modificação da data para a entrega da Usina após a data prevista perante o órgão regulador para início da operação comercial? A recusa da Contratante em estender o Prazo nesse contexto constitui abuso de sua posição contratual?

3/11. Em 18 de abril de 2011, a Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”) expediu a Portaria 63, autorizando a **A** a estabelecer-se como produtora independente de energia elétrica, prevendo um cronograma de implantação de uma usina termoelétrica em Camaçari, Bahia, iniciando as obras “*até 7 de janeiro de 2012*”, e devendo a mesma entrar em operação comercial “*em janeiro de 2013*”. Em 15 de fevereiro de 2012, a **A** celebrou com a **E** o Contrato EPC, assumindo a empreiteira a obrigação de executar os trabalhos de construção da usina, de forma a entregá-la concluída, pronta para operar, “*até a data assegurada de conclusão*” - ou seja, “*até 30/11/2012*” (cláusulas 1, verbetes, 3.1 e 5.1).

3/12. Tendo em vista a extrema exiguidade dos prazos estabelecidos pela ANEEL para a empresa autorizada tanto para dar início às obras da construção da usina, como para a sua conclusão e entrada em operação, compreende-se porque as partes

acederam em celebrar o Contrato em 15 de fevereiro de 2012, antecipando o pagamento ao empreiteiro de 20% do futuro preço contratual, em duas parcelas, em 15 de dezembro de 2011 e em 15 de janeiro de 2012. Compreende-se também porque, logo depois, passariam elas a negociar a introdução de alteração do projeto básico do empreendimento, para adequação do *lay-out* às estruturas que comporiam a futura usina. Com essas medidas, imprimia-se velocidade às obras.

3/13. Daí porque, à vista desses acontecimentos, a **E** encaminhou à **A**, em agosto e setembro de 2012, propostas técnicas, objetivando promover a adequação do preço contratual, a qual só viria a ser materializada em 9 de outubro de 2012, com a celebração de um aditivo contratual que contemplava um acréscimo superlativo, da ordem de 1/3 (um terço) do preço, sem que se promovesse, porém, a alteração do prazo para a conclusão da obra. Ocorre, porém, que já em novembro de 2012 as partes passariam a discutir a redação de um *segundo* aditivo, com novas modificações no projeto, dando prioridade à alteração do cronograma original. Nessa altura, mais de 80% da obra já estava concluído - ocasião em que a **A** manifestou interesse em assumi-la, promovendo a rescisão do Contrato.

3/14. Dentro desse contexto é formulada a pergunta acima reproduzida: a assunção pela **A** perante a autoridade reguladora da obrigação de dar início à operação comercial da usina em determinada data impediria (indaga-se) que o Contrato, por ela firmado com a **E**, sofresse modificações que importassem em alteração da data de conclusão da obra, postergando-a para data posterior ao termo acertado junto ao órgão governamental para a entrada em operação comercial da usina? Ora, embora a construção e a operação da usina dependam de autorização da ANEEL, essa autorização não consubstancia nem *pressuposto*, nem *elemento constitutivo* do Contrato, formando-lhe a estrutura e fornecendo-lhe a substância.¹¹

3/15. Com efeito, a ANEEL é pessoa estranha ao Contrato EPC, tendo em vista o princípio da *relatividade das convenções*, segundo o qual os efeitos dos contratos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros. Para a ANEEL, o contrato de construção da usina é *res inter alios acta*, visto que, como ato de autonomia privada, ele não pode atingir senão as esferas jurídicas das partes contratantes, comitente e empreiteira. Por conseqüência, a recusa da **A** em estender o prazo contratual sob o pretexto de que estaria presa a prazo mais rígido determinado pela

¹¹ Darcy Bessone de Oliveira Andrade, *Do Contrato*, ob. Citada, p. ___.

autoridade reguladora constituiria, na verdade, *abuso do seu poder negocial*, pois a determinação administrativa não poderia interferir na execução do ajuste entre a empreiteira e a empresa autorizada a fornecer energia elétrica. Não se cogita aqui de fato do príncipe.

4º) A modificação do método de aferição do cumprimento dos marcos contratuais, sem a celebração de aditamento contratual, mas acordada entre as partes mediante a contratação de Terceiro para tal tarefa, deve ser considerada válida, eficaz e irrevogável, nos termos do artigo 614, § 1º, do Código Civil, uma vez que a Contratante conferiu as medições por meio de engenheiro do proprietário e efetuou os pagamentos respectivos?

5º) À luz do que determina o artigo 614, § 2º, do Código Civil, a Contratante tem direito ao ressarcimento por eventuais vícios na obra reclamados no prazo de 30 (trinta) dias, a contar das respectivas medições? Em caso afirmativo, a quem incumbe o ônus da prova das falhas na realização das atividades? O fato de eventuais vícios terem sido suscitados apenas após a conclusão da obra constitui violação à boa-fé pela Contratante?

3/16. Versa o artigo 614 do Código Civil a hipótese de empreitada em que a fixação do preço atende ao fracionamento da obra, considerando-se as partes em que ela se divide, ou são mensuradas. Essa hipótese não é incompatível com a empreitada em que a retribuição é estipulada para a obra inteira, nem deixa de ser fixo e global o preço face ao fato de ter sido ajustado o seu pagamento de forma escalonada, desde que este seja determinado em função da obra encarada como um todo. O Contrato entre **E** e **A** é um contrato de empreitada por preço fixo e global, a ser pago, de maneira parcelada, em 11 (onze) prestações sucessivas, sendo 1 (uma) de 20% e 10 (dez) outras de 8% (oito por cento) do preço cada uma, correspondendo essas parcelas do preço aos marcos contratuais previstos no cronograma de trabalho (cláusula 6.2).

3/17. Com efeito, na cláusula 6.2, *in fine*, do Contrato, acima citada, ficou estabelecido que o dono da obra *verificaria* (cláusula 8) e *certificaria* por escrito (cláusula 10) se os eventos previstos no cronograma teriam ou não sido cumpridos pela empreiteira dentro da data de pagamento de cada uma das parcelas, reservando-se o direito de “*suspender*” os pagamentos até que fossem atingidos os marcos contratuais representativos dos avanços da obra. Assim, embora se trate de uma empreitada por preço

fixo, o pagamento deste é parcelado, em função da medição do trabalho executado (“*obra por medida*”). Daí a pertinência da incidência no caso do artigo 614 da lei civil.¹²

3/18. Lembre-se que, no curso da execução do Contrato, a **A** promoveu a contratação da SS Gerenciamento e Empreendimento (“**SS**”), com o escopo de acompanhar, na qualidade de “*engenheiro do proprietário*”, a evolução da obra, realizando a revisão de todos os trabalhos efetuados e a implantação de uma nova forma de pagamento atrelado não mais a marcos contratuais, mas sim à medição do avanço físico dos serviços. Assim, a modificação do método de aferição do cumprimento dos marcos contratuais, introduzida por iniciativa da SS, ainda que não tenha sido objeto de aditamento formal entre as partes, foi entre elas acordada mediante a contratação de uma empresa exatamente com o objetivo de exercer tal tarefa, motivo pelo qual a introdução de novo método de aferição é, para todos os efeitos, válido, eficaz e irrevogável.

3/19. Por outro lado, nos termos do disposto no §§ 1º e 2º do artigo 614 do CC/2002, se a empreitada for “*de natureza das que se determinam por medida*” (como ocorre no presente caso), prevalece a regra (i) de que, em todos os pagamentos efetuados pelo dono da obra, *se presume* que os resultados da empreitada foram adrede verificados, e (ii) de que, em todas as medições, igualmente por ele efetuadas, *se presume* que os marcos contratuais foram conferidos, exceto se, em trinta dias, a contar da medição, o dono da obra, ou quem estiver incumbido da sua fiscalização, vier a denunciar a existência de algum vício ou defeito na obra executada.

3/20. Nas duas hipóteses a presunção legal é relativa (*iuris tantum*) e se dá em prejuízo do comitente e em benefício do empreiteiro, podendo, na primeira hipótese, ser elidida pelo dono da obra mediante a prova de que, a despeito do pagamento, via de regra a título de adiantamento, não foi feita a verificação do andamento da execução dos serviços; e, na segunda hipótese, se, realizada a medição, houve a denúncia por parte do comitente, no referido prazo de trinta dias a contar da medição, da ocorrência de vícios na obra executada. Quer dizer, no primeiro caso, o pagamento implicaria a aceitação da obra pelo comitente, que se presumiria satisfeito; no segundo caso, a medição, por si só, não geraria essa presunção, entendendo-se, porém, que, transcorrido o prazo de trinta dias sem impugnação do dono da obra, seria de presumir essa aceitação. Em ambos os casos, isso significa dizer que, por força do pagamento ou da medição, o dono entendeu estar a obra a seu contento.

¹² Gustavo Tepedino et alii, *Código Civil Interpretado*, Renovar, Rio, 2006, vol. II, p. 350 ss.

3/21. Advirta-se que o prazo de trinta dias a contar da medição, para efeito da impugnação da obra, é de **natureza decadencial**, motivo pelo qual, uma vez transcorrido o lapso de tempo referido, caduca o direito do dono da obra de postular o ressarcimento por eventuais vícios ou defeitos verificados na obra executada.¹³ Ademais, cabe a ele, na impugnação, o ônus da prova das falhas de execução da obra cometidas pelo empreiteiro. Nessas condições, caso o dono da obra se mantenha inerte em relação ao defeito ou vício identificado, deixando de requerer, de forma tempestiva, a correção ao empreiteiro e se reservando para suscitá-lo somente na conclusão da obra, não só decai desse direito, como viola o princípio de boa-fé contratual a que está obrigado a guardar, seja na conclusão do contrato, como em sua execução (CC/2002, art. 422).

6º) A celebração de aditamento contratual que acresceu serviços adicionais e majorou o preço dos serviços originais, em outubro de 2012, atesta que essas hipóteses constituem força maior para fins da cláusula 18 do Contrato? A referida revisão contratual de preço impede que a Contratada pleiteie posteriormente a extensão do prazo, caso os planos de recuperação acordados com a engenharia do proprietário não surtam efeito?

3/22. Conceitua o Código Civil o caso fortuito ou a força maior como “**fato necessário**”, cujos efeitos não haveria como evitar ou impedir, motivo pelo qual o devedor não responde pelos prejuízos dele resultantes, a menos que tenha por eles expressamente se responsabilizado (CC/2002, art. 393). Para sua prova, que deve ser feita por quem a alega, exigem-se dois elementos: um objetivo - a **inevitabilidade do evento** – e o outro subjetivo – a **ausência de culpa**. Inevitabilidade traduzida na impossibilidade absoluta de superar o acontecimento, à luz das circunstâncias em que o obrigado se encontra envolvido; e ausência de culpa, porque, não podendo a dificuldade no cumprimento da obrigação ser evitada, não se caracterizaria a **culpa** do contratante.¹⁴

3/23. É dentro desse contexto que deve ser encarada a definição de força maior constante da cláusula 18.1 do Contrato de 15 de fevereiro de 2012. Para os efeitos do Contrato, foi pactuado nessa cláusula que as partes estarão liberadas da responsabilidade

¹³ Gustavo Tepedino et alii, *Código Civil Interpretado*, Renovar, vol. II, 2006, p.353.

¹⁴ Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

pela inexecução de suas obrigações contratuais quando o descumprimento defluiu de um evento de força maior, cuja ocorrência “*tenha afetado a capacidade da parte em questão de cumprir tais obrigações*”. Ou seja, quando a impossibilidade de superar o *fato irresistível* que impede o cumprimento da obrigação seja apreciada em concreto, levando em consideração as condições pessoais da parte devedora para adimpli-la.

3/24. Assim, a celebração do “*aditivo contratual*” em 9 de outubro de 2012, que acresceu serviços adicionais e majorou significativamente o preço dos serviços pactuado no Contrato de 15 de fevereiro de 2012, comprova que tais aditamentos, se não fossem acertados como o foram, constituiriam fatos irresistíveis que liberariam a empreiteira do cumprimento de suas obrigações contratuais, na sua versão original, pois estas, “*comprovadamente*”, superavam a capacidade da empreiteira de adimpli-las. Por outro lado, como o escopo desse aditamento era declaradamente restaurar o “*equilíbrio econômico-financeiro do Contrato*”, a referida revisão consensual do preço não impediria que a empreiteira viesse a pleitear posteriormente a extensão do prazo para a entrega da obra, como de fato o faria ao postular um segundo aditivo, tendo em vista que os planos de recuperação acordados com a engenharia do proprietário não surtiram os efeitos almejados.

7º) A proibição de alteração do Preço contida nas cláusulas 6.3(b), 6.3(c) e 6.4 do Contrato deve ser conciliada com a possibilidade de alteração do Preço por Força Maior prevista na cláusula 18 da referida avença? No caso de incompatibilidade de tais cláusulas, a vedação ao enriquecimento sem causa faz com que prevaleça a cláusula 18 em detrimento das cláusulas 6.3(b), 6.3(c) e 6.4?

3/25. Tendo em vista que o Contrato diz respeito a uma empreitada por preço fixo e global (“*turn-key*”), as partes contratantes “*reconheceram*” nas cláusulas 6.3 e 6.4 que o preço estipulado para os serviços abrangeria “*todos os custos e despesas*” em que a empreiteira viesse a incorrer no curso da execução dos serviços (6.3, item “a”), suportando inclusive os custos e despesas “*que porventura ultrapassassem*” a cifra fixa estabelecida (6.3, item “b”). Nesse sentido, ficou certo e convencionado que não haveria “*nenhuma alteração no preço do contrato ou nos prazos previstos*” (6.3, item “c”), seja por força do aumento no custo de equipamentos e mão de obra, seja em virtude do aumento nos custos diretos e indiretos incorridos pela empreiteira para honrar as suas

obrigações, seja ainda, por decorrência de condições climáticas que viessem interferir nos serviços prestados (6.4).

3/26. É claro que a natureza fixa e global do preço do contrato e a consequente proibição de alteração do preço contratual, contida nas cláusulas 6.3(a),(b) e (c) e 6.4, acima citadas, devem ser entendidas em combinação com a possibilidade de ocorrer modificação desse mesmo preço em decorrência de evento de força maior, tal como essa expressão é conceituada na cláusula 18 do Contrato. Em havendo conflito entre tais dispositivos contratuais, a vedação ao *enriquecimento sem causa*, que na lei civil figura como princípio geral ao lado dos negócios jurídicos (CC/2002, art. 884), fará com que a cláusula de força maior se sobreponha às cláusulas contratuais citadas que tolheriam as alterações no preço da empreitada, a fim de que se preserve o equilíbrio econômico-financeiro da avença.¹⁵ O contrato deve ser encarado como um todo orgânico, cujo conteúdo, posto que integrado por várias peças, configura-se como uma unidade, e as cláusulas devem ser ligadas umas às outras, numa interpretação sistemática.

3/27. Na realidade, ao longo do CC/2002, o princípio do equilíbrio contratual é consagrado seja através de normas gerais que maculam com anulabilidade os negócios jurídicos atingidos por lesão (art. 157), resolvendo ou reajustando os contratos em que se evidencia onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 *usq.* 480), seja através também de normas específicas relativas à revisão do preço na empreitada (arts. 619, 620 625, I e II).

8º) *A exigência contida na cláusula 9.7.2 do Contrato de que a Contratada permanecerá responsável pela execução dos trabalhos enquanto as partes não chegarem a um acordo sobre eventual Pedido de Alteração e seus impactos no Cronograma de Trabalho e no Preço torna abusiva a rescisão da avença por iniciativa da Contratante enquanto ainda não estava encerrada a negociação sobre o pedido de alteração?*

9º) *A proposta de reprogramação do Cronograma contratual apresentada pela Contratada e negociada de boa-fé com a Contratante impede que esta última se valha da faculdade prevista*

¹⁵ Cf. Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem Causa*, São Paulo, Saraiva, 2004.

na cláusula 17.1(vii) do Contrato para assumir a obra dez dias após o prazo fixado originalmente para entrega da Usina?

10º) O fato de a Contratante ter despendido o equivalente a 200% do preço original para concluir a Usina após a rescisão da avença e ter demorado mais dezessete meses para executar o restante dos Trabalhos aponta que a condução da obra após a rescisão não se pautou pelo parâmetro de eficiência estabelecido na avença em questão? A Contratada deve suportar os custos adicionais que tenham sido influenciados por tal ineficiência?

3/28. Dispõe a cláusula 9.7 que, caso a **E** conclua que a ocorrência de determinado evento, com características de força maior, poderá comprometer o prosseguimento do projeto, poderá ela formular um pedido de alteração do instrumento contratual, com o objetivo de modificar o preço e a data de conclusão das obras. Para atingir esses objetivos, deverá descrever detalhadamente o fato, fazendo uma estimativa dos impactos do mesmo no preço contratual e na data de entrega da obra. Nesse sentido, estabelece a cláusula 9.7.1 que, ao receber o pedido, caberá à **A** entrar em tratativas com a empreiteira, formalizando um **termo aditivo**. Acrescenta a cláusula 9.7.2 que, caso as partes não cheguem a um acordo no prazo em tela, deverá a empreiteira permanecer à testa dos trabalhos, responsável pela obra.

3/29. À vista desses dispositivos contratuais, lícito é concluir que deverá ser considerada **abusiva a rescisão unilateral** da avença por iniciativa da comitente enquanto as partes não deem por encerrada a negociação a respeito da matéria. A simples leitura da cláusula contratual conduz a essa interpretação. Em síntese, não cabe rompimento unilateral sem que haja motivo relevante, decorrendo tal afirmação da bilateralidade e da comutatividade, características do contrato de empreitada que implicam obrigações recíprocas e sinalagmáticas, sendo a prestação de um contratante a causa da prestação do outro.

3/30. Por via de consequência, cumpre concluir que a proposta de reprogramação do cronograma contratual, apresentada pela **E** e negociada de boa-fé com a **A**, impediria que esta última se valesse da faculdade que lhe era outorgada pela cláusula 17.1.(vii) do Contrato, rescindindo-o e assumindo a obra. Na realidade, esse permissivo dizia que a **A** poderia rescindir o Contrato, caso a **E** descumprisse qualquer “**obrigação substancial**” nele prevista, e caso esse descumprimento não fosse sanado no prazo de 15

(quinze) dias contados da data de notificação a ser enviada pela **A**, ou dentro de qualquer outro prazo negociado pelas partes de boa-fé. Na hipótese, esse descumprimento não ocorreu.

3/31. Por fim, dispõe a cláusula 17.5.5 do Contrato que em caso de rescisão por inadimplemento por parte da empreiteira, a **A** “*terá o direito de concluir (ou fazer que sejam concluídos) os Trabalhos*”, ficando ainda “*com o direito de receber da Contratada os custos efetivamente incorridos pela Contratante na conclusão dos Trabalhos*”. Se o total dos custos incorridos pela Contratante na conclusão dos trabalhos superar o saldo do preço contratual em aberto, a Contratada será obrigada a pagar à Contratante a diferença entre o saldo a receber e o total dos custos incorridos. *In casu*, levando em conta que a Contratante (**A**) alega ter despendido o equivalente a 200% do preço original para concluir a usina após a rescisão da avença, consumindo mais de dezessete meses para executar o remanescente da obra, tudo aponta no sentido de que a condução da obra, por ela feita após a rescisão, não se pautou propriamente pelo parâmetro de eficiência estabelecido na avença. É óbvio que a **E** não deve suportar os custos adicionais que tenham sido introduzidos por tão grande ineficiência.

11º) A expressão “desde que tais custos sejam atribuíveis diretamente à rescisão por evento de inadimplemento da Contratada”, incluída na cláusula 17.5.5 da avença, exclui a responsabilidade da Contratada por eventuais custos adicionais incorridos pela Contratante em condições daquelas estabelecidas no Contrato?

3/32. A cláusula 17.1 do Contrato estabelecia, como se observou, que a **A**, dona da obra, poderia rescindir a avença em várias circunstâncias, dentre as quais na hipótese de a **E**, como empreiteira da obra, descumprir “*obrigações substanciais*” do Contrato, nem sanar o inadimplemento em prazo oportuno negociado entre as partes (item “vii”). Nesse caso, ficou ajustado que a **A** poderia concluir a obra, reservando o direito de receber da **E** os “*custos adicionais efetivamente incorridos*” – e “desde que tais custos sejam relacionados “*diretamente*” com a rescisão provocada por inadimplemento da empreiteira.

3/33. É o que expressamente está previsto na cláusula 17.5.5 do Contrato, fazendo referência à “*rescisão por Evento de Inadimplemento da Contratada*”,

entendendo como “*Evento de Inadimplemento da Contratada*”, consoante dispõe a cláusula 17.1(vii), “*qualquer outra obrigação substancial do presente Contratada não sanada*”. O que equivale a dizer que a cláusula em pauta exonera a **E** por “*custos adicionais*” incorridos pela **A** em decorrência de condições distintas daquelas constantes do Contrato.

12º) A cláusula 16.5 do Contrato pode ser considerada uma cláusula válida de não-indenizar danos indiretos e lucros cessantes? Em caso afirmativo, essa limitação de responsabilidade seria aplicável à rescisão por evento de inadimplemento da Contratada definida na cláusula 17.5.5 da referida avença?

3/34. Pela cláusula 16 do Contrato, ficou estabelecido que à empreiteira (**E**) compete “*indenizar e manter indene*” a dona da obra (**A**), e que esta, vice-versa, deverá indenizar e manter indene a empreiteira, com relação a danos que, na execução da empreitada, uma venha a provocar na outra. Ficou, porém, ressalvado, no item 16.5, que “*as partes não serão responsáveis, uma com relação outra, por quaisquer danos indiretos ou lucros cessantes, que venham a sofrer*”.

3/35. Cláusulas desse naipe - destinadas a afastar a responsabilidade das partes contratantes com relação à inexecução de obrigações contratualmente assumidas - são válidas em nosso Direito,¹⁶ desde que o seu campo de incidência se restrinja ao chamado ilícito contratual e desde que não se caracterize no ato danoso dolo ou culpa grave. No caso do Contrato entre **E** e **A**, essa exoneração convencional da obrigação de indenizar diz respeito, portanto, aos lucros cessantes e aos danos indiretos, entendidos aqueles como ganhos frustrados, e estes, como prejuízos sofridos como consequência remota.

3/36. Na cláusula 17.5.5, ficou ajustado que, em caso de rescisão do Contrato por inadimplemento por parte da **E**, a **A** teria o direito de assumir a gestão das obras, recebendo da empresa inadimplente os custos adicionais efetivamente incorridos pela dona da obra na conclusão dos trabalhos, desde que tais custos se refiram “*diretamente*” à rescisão por inadimplência da empreiteira. Tais custos adicionais,

¹⁶ José de Aguiar Dias, *Cláusula de não indenizar*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Atlas, 7ª edição, p. 497 ss.

provocados em ricochete, configuram danos materiais reflexos, ou seja, indiretos, e estão também cobertos pela exoneração da responsabilidade convencionada na cláusula 16.5, *in fine*. Ou seja, são danos que não decorrem senão remotamente da conduta empreiteira, não havendo um nexo de causalidade direta e imediata que, de acordo com a lei (CC art. 403), determinaria a responsabilidade contratual da **E**.

S.M.J.

São Paulo, 29 de agosto de 2014

Luiz Gastão Paes de Barros Leães