

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE
ano 10 · n. 40 · outubro/dezembro 2012 - Publicação trimestral

40

ISSN 1678-7102

Revista de
DIREITO PÚBLICO
DA ECONOMIA

RDPE

DOCTRINA

 **EDITORA**
Fórum

Licitações e contratos de obra – Uma abordagem alternativa aos conceitos atuais

Robert Farrer

Engenheiro. Advogado. Consultor de contratos
na área de engenharia, atuante em negociações
e arbitragens nacionais e internacionais.

Resumo: A caracterização de um contrato de obra é feita por quatro elementos inter-relacionados: *objeto*, *qualidade*, *prazo* e *preço*, e não apenas pelos seus critérios de medição e pagamento (preços unitários, preço global ou empreitada integral). A alteração de qualquer daqueles quatro elementos do contrato caracteriza o rompimento de seu equilíbrio econômico-financeiro, com sua obrigatoria reconstituição.

Palavras-chave: Contratos. Equilíbrio econômico-financeiro. Rompimento.

1 Os contratos de obra são formalizados no momento em que um contratante aceita uma proposta dentre aquelas apresentadas pelos licitantes, e as duas partes assinam um termo de compromisso, transmutando-se então o licitante a contratado. Por este termo de compromisso firmado entre as duas partes, a contratante compromete a pagar ao contratado pela execução de um empreendimento. Os contratos de obra têm quatro elementos fundamentais, sempre necessários para sua caracterização, independentemente do porte ou do tipo de empreendimento:

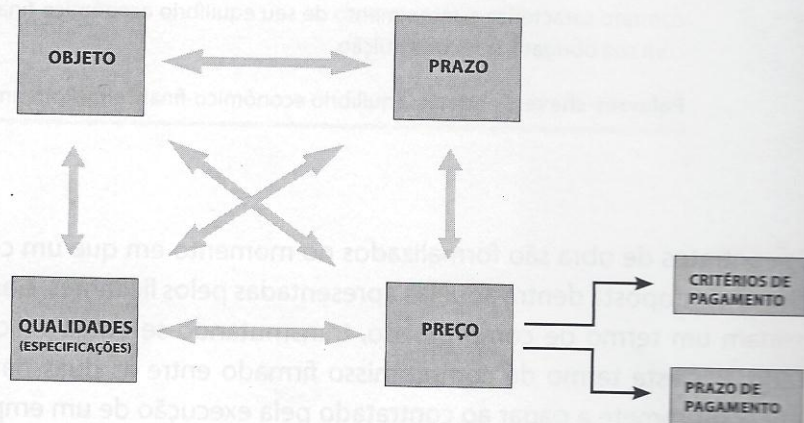
- *Objeto* – É a caracterização do empreendimento; o conjunto de elementos quantitativos e qualitativos necessários para caracterizar o empreendimento. É a definição do que a contratante deseja, conforme previsto nos documentos de licitação. É aquilo que o contratado se propôs a executar, de acordo com sua proposta.
- *Especificações* – Detalham a qualidade e as características técnicas, de qualidade e de segurança para cada um dos serviços ou fornecimentos a serem efetuados, e do empreendimento como um todo.

- *Prazo* – É o período dentro do qual o empreendimento deve ser executado pelo contratado. Pode definir também marcos intermediários e prazos parciais.
- *Preço* – É o valor a ser pago pela contratante como contrapartida pelos serviços do contratado. Inclui todos os custos diretos e indiretos, os impostos e o lucro do contratado.

2 Um destes elementos, o *preço*, tem duas condições secundárias: o *critério de medição* e o *critério de pagamento*. O *critério de medição* é o método de avaliação dos serviços executados pelo contratado (por unidades de serviços executadas ou por etapa de execução). O *critério de pagamento*, por sua vez, define o prazo e as condições de pagamento do preço contratado pela realização dos serviços.

3 Assim, os elementos fundamentais de um contrato podem ser graficamente representados como segue:

ELEMENTOS DO CONTRATO



4 *Contratos públicos* – A Lei nº 8.666/93, em relação às modalidades de execução das obras, define os seguintes regimes de contratação (art. 6º, VIII):

- a) Empreitada por preço global – Quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- b) Empreitada por preço unitário – Quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- c) Tarefa – Quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

d) *Empreitada integral (turn-key)* – Quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até a sua entrega à contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

5 A Lei nº 8.666/93 estabelece em seu art. 45 os seguintes tipos de licitação, com relação ao julgamento das propostas:

I - A de *menor preço* – Quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - A de *melhor técnica*;

III - A de *técnica e preço*;

IV - A de *maior lance ou oferta* – Nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

6 Mais recentemente, com aplicação exclusiva¹ à execução de obras de infraestrutura e de aeroportos necessárias para a Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016 foi criado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462, de 05.08.2011, e Decreto nº 7.581, de 11.10.2011). Este regime mantém os mesmos regimes de contratação da Lei nº 8.666/93 (empreitada integral, empreitada por preço global, empreitada por preço unitário e tarefa), e apresenta algumas modificações relevantes da Lei nº 8.666/93, dentre as quais a criação da modalidade de contratação denominada contratação integrada, e amplia os critérios de julgamento das propostas.

a) Contratação integrada (Lei nº 12.462, art. 73):

Art. 73. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§1º O objeto da contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços

¹ Atualmente (jun. 2012), encontra-se em tramitação no Congresso alteração na Lei nº 12.462/2011, através de Emenda à Medida Provisória nº 556/2011, incluindo as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC e obras e serviços de engenharia no âmbito do sistema público de ensino.

de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto.

§2º Será adotado o critério de julgamento técnica e preço.

b) Critérios de julgamento (Lei nº 12.462, art. 25):

Art. 25. Poderão ser utilizados como critérios de julgamento:

I - menor preço ou maior desconto;

II - técnica e preço;

III - melhor técnica ou conteúdo artístico;

IV - maior oferta de preço; ou

V - maior retorno econômico.

7 Contratos privados – Destacam-se outros dois regimes de contratação utilizados em algumas situações específicas:

a) *Contratos por administração* – Serviços pagos pelo seu custo, acrescido de um valor calculado através de uma taxa de administração. Adequado para pequenas obras, especialmente indicado para reformas prediais, e para obras emergenciais quando não existe tempo suficiente para o desenvolvimento de um projeto adequado.

b) *Aliança* – Serviços orçados, planejados e executados com gestão conjunta entre a Contratante e o contratado, compartilhando riscos e resultados, mensurados através de um cronograma e de um *target price* estabelecidos previamente de comum acordo entre as partes.

8 O Código Civil trata, em seu Capítulo VIII, da empreitada, destacando-se o art. 619:

Art. 619. 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 no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.

9 Dessa forma, observa-se também nos contratos privados estipulação a respeito da adequação dos contratos de obra em caso de modificações subsequente

ao seu início, sejam essas modificações do projeto, do objeto contratado, de sua qualidade, ou do prazo de execução.

10 Apesar disso, a definição dos regimes de contratação, especialmente nos contratos públicos, leva em consideração apenas o *critério de medição* e o *critério de pagamento* dos serviços, sem considerar os demais elementos caracterizadores do contrato de obras.

11 Este contraste é ainda maior quando se verifica que na elaboração de uma proposta, e nas etapas subsequentes de negociação final e assinatura do contrato, muito mais importantes são os outros elementos caracterizadores do contrato: *objeto, especificações (qualidade) e prazo*. Mais ainda se considerarmos que o preço é função direta destes elementos, ignorados na definição dos regimes de contratação. É evidente que se alterarmos o objeto, a qualidade dos serviços ou o seu prazo de execução, ocorrerá alteração no preço dos serviços.

12 Isso leva a duas abordagens:

- a) Para efeito de uma contratação, qual seria a sua melhor caracterização entre as modalidades contratuais de execução (não apenas dos regimes de contratação), levando em conta todos os seus aspectos (não apenas o critério de medição e pagamento dos serviços);
- b) Qual é a interpretação mais adequada à atual definição de regimes de contratação.

13 Quanto à primeira consideração – Para caracterizar o regime de contratação mais adequado, é fundamental estabelecer o grau de conhecimento do empreendimento (aquilo que realmente a contratante deseja e a situação do local de implantação), por meio de seis questões:

- a) Existe projeto básico atendendo aos requisitos da Lei nº 8.666, art. 6º, IX?
- b) As condições geológicas e geotécnicas do local do empreendimento são conhecidas e estão adequadamente descritas?
- c) As especificações e requisitos de qualidade estão claramente descritos?
- d) Existe licença ambiental para as obras?
- e) O local das obras é de propriedade do contratante? (Está devidamente desapropriado?)
- f) O local das obras está livre de interferências? (Redes de serviços públicos, sítios arqueológicos, entre outras).

14 Se a resposta é positiva para essas seis questões, qualquer das modalidades de contratação é adequada. Pode ser interessante a alocação de maior risco ao contratado, sem grande incremento de seu preço, adotando-se modelos de preço global, empreitada integral (*turn key*).

15 Se a resposta é negativa para algumas dessas questões, deve ser adotada a modalidade de preços unitários, com previsão de uma verba para contingências, que certamente advirão das incertezas existentes.

16 Se a resposta é negativa para a maioria, ou até mesmo para todas essas questões, até mesmo a contratação por preços unitários apresenta sérios riscos de alteração substancial do valor contratual devido às consequências dos eventos subsequentes à assinatura do contrato. Deve ser considerado um contrato de aliança, ou *open book*, pelo menos até que se tenha uma visão integral do empreendimento. Eventualmente, será muito melhor para a contratante o adiamento da licitação para um momento em que exista resposta positiva para a maioria das seis questões acima.

17 Quanto à segunda abordagem – Qual é a interpretação mais adequada à atual definição de regimes de contratação?

18 O equilíbrio econômico-financeiro originalmente avençado no contrato caracteriza-se pela equivalência entre: (i) os encargos assumidos pelo contratado e consubstanciados nos documentos e estipulações da licitação (ver inciso XI do art. 55 da Lei nº 8.666/93, para contratos administrativos); e (ii) os preços pactuados no contrato e constantes da proposta da contratada, que representam a remuneração do contratado.

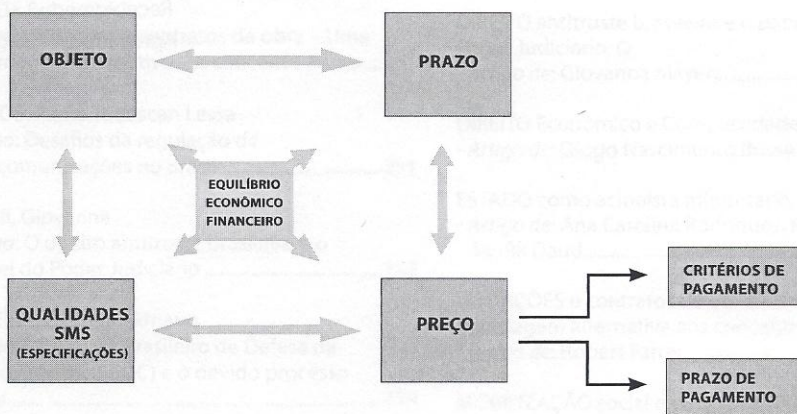
19 Se, por razões alheias ao controle e responsabilidade do contratado, este equilíbrio é rompido, as condições contratuais afetadas devem ser revistas para recompô-lo (para contratos administrativos, ver incisos I a VI do §1º do art. 57; alínea “d” e §6º, ambos do inciso II do art. 65, todos da Lei nº 8.666/93, e, para contratos privados, ver artigos 478 a 480 do Código Civil), independentemente da modalidade contratual adotada, ressalvando-se que nos contratos privados, na hipótese específica da ocorrência de força maior ou caso fortuito, ambas as partes contratantes assumem isoladamente os danos que esses eventos lhes tenham causado, salvo se de outra forma tiver sido estipulado nos termos contratuais (ver art. 393 do Código Civil).

20 Como vimos, a modalidade contratual adotada, em especial nos contratos administrativos (preço global, preço unitário, tarefa e empreitada integral), leva em consideração apenas o *critério de medição* e o *critério de pagamento* dos serviços. No entanto, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato, devem ser mantidos, ou vistos para adequá-los, quando necessário, a novas condições, todos os outros elementos do contrato: seu objeto, seu prazo, e as especificações de qualidade.

21 Assim, se a execução do empreendimento é afetada por um dos fatores acima citados (por exemplo, em consequência de alteração do projeto, das condições geológicas e geotécnicas do local do empreendimento, das especificações e requisitos de qualidade, atrasos ou exigências adicionais de liberação ambiental, liberação do local das obras, ou remoção de interferências existentes), é fundamental que se faça a recomposição de seu equilíbrio econômico-financeiro, seja qual for a modalidade contratual adotada.

22 Utilizando a mesma figura representativa dos elementos do contrato mostrada anteriormente, podemos incluir a representação gráfica do equilíbrio econômico-financeiro como o centro de gravidade entre objeto, prazo, preço e requisitos de qualidade (especificações). Quando um destes quatro fatores é alterado por eventos supervenientes após a assinatura do contrato, caracteriza-se o rompimento daquele ponto de equilíbrio. Quando uma das partes é responsável por essa alteração, essa mesma parte é também responsável por recompor o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato.

ELEMENTOS DO CONTRATO



Abstract: An engineering contract is defined by four main elements: object, quality requirements, performance period and price, and not only by its measurement and payment conditions (unit prices, global prices, or turn-key). The original economical and financial conditions are disrupted when any of those four elements are modified, and shall be duly recomposed.

Key words: Contracts. Economical and financial conditions. Disruption.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FARRER, Robert. Licitações e contratos de obra: uma abordagem alternativa aos conceitos atuais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 251-258, out./dez. 2012.

Recebido em: 13.06.2012

Aprovado em: 30.09.2012