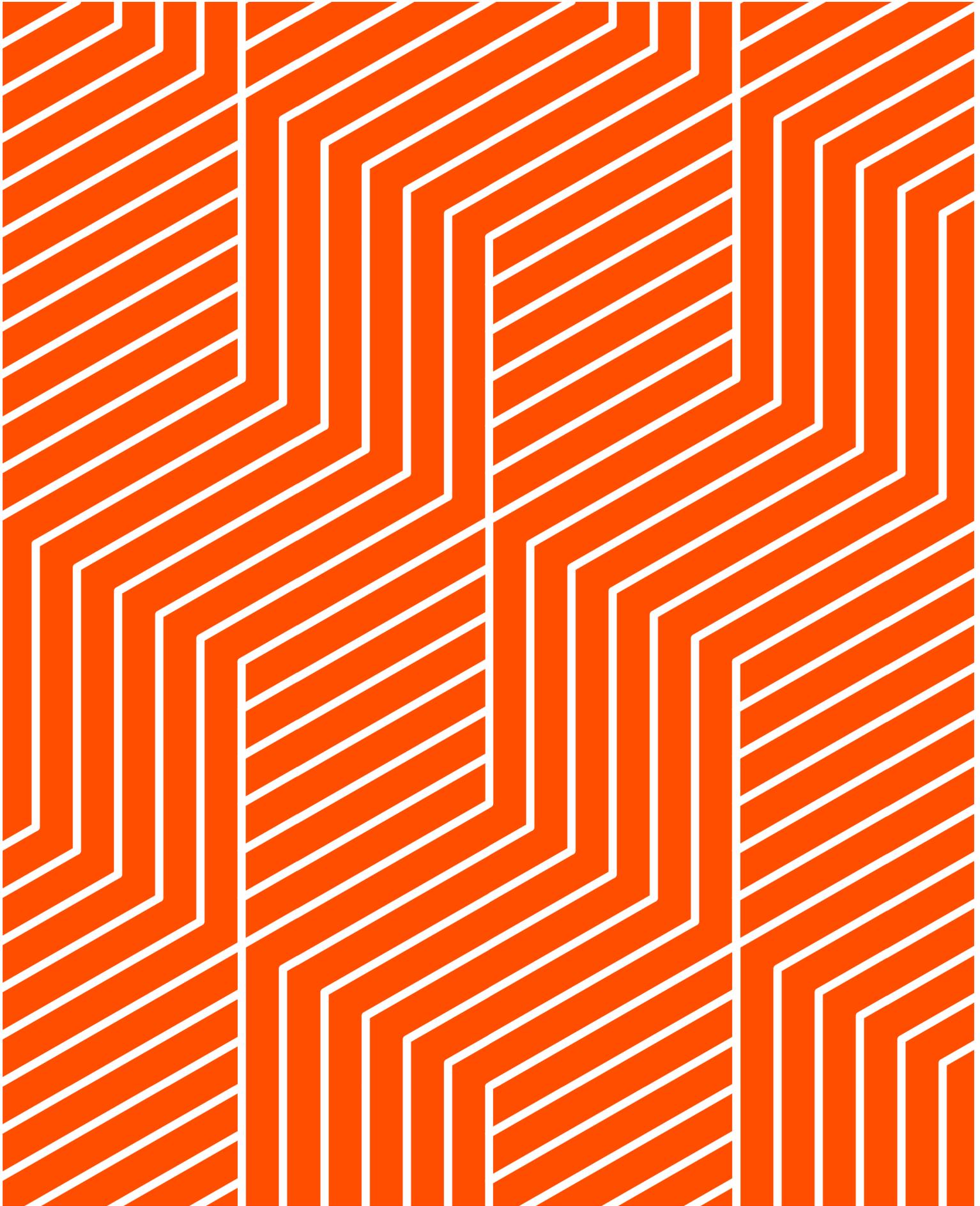




Obras públicas  
paralisadas no  
Brasil: **diagnóstico  
e propostas**

**CBIC**



Obras públicas  
paralisadas no  
Brasil: **diagnóstico  
e propostas**

**CBIC**

# OBRAS PÚBLICAS PARALISADAS NO BRASIL: DIAGNÓSTICO E PROPOSTAS

## FICHA TÉCNICA

CBIC

Presidente

Renato de Sousa Correia

Vice-presidente de infraestrutura

Carlos Eduardo Lima Jorge

Superintendente da CBIC

Alóísio Sérgio Fontoura Soares

Gerente executiva de projetos da CBIC

Patrícia Ribeiro Rêgo

Gestor de projetos de infraestrutura

Hugo França Cavalcanti de Lima

## CONTEÚDO

Fernando Vernalha Guimarães

Larissa Casares

Angélica Petian

Murilo Taborda Ribas

Filipe Natal De Gaspari

## CONCEPÇÃO VISUAL E DIAGRAMAÇÃO

Eliabe Vasconcelos

Victor Oliveira

@evomkt

## CURADORIA

Vernalha Pereira Advogados

Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC – SBN – Quadra 01  
Bloco I – Ed. Armando Monteiro Neto – 3º e 4º andar – CEP: 70040-913  
Telefone: (61) 3327-1013 – [www.cbic.org.br](http://www.cbic.org.br)

**CBIC**

Vernalha Pereira Advogados – Rua Olimpíadas, 200 – 2º Andar  
Vila Olímpia – São Paulo/ SP – CEP 04551-000  
Telefone: (11) 4890 0360 – [vernalhapereira.com.br](http://vernalhapereira.com.br)

Todos os direitos reservados 2023. ©

Obras públicas  
paralisadas no  
Brasil: **diagnóstico  
e propostas**

**CBIC**

# SUMÁRIO

<b>1. Apresentação</b>	<b>12</b>
<b>CONTEXTUALIZAÇÃO DAS OBRAS PARALISADAS NO BRASIL</b>	<b>15</b>
<b>2. Diagnóstico do andamento de obras públicas no Brasil</b>	<b>16</b>
2.1. Estoque de obras paralisadas no Brasil	
2.2. Diagnóstico de obras paralisadas por setores	
2.3. (In)execução de obras no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento	
<b>ANÁLISE DAS CAUSAS DAS OBRAS PARALISADAS NO BRASIL</b>	<b>23</b>
<b>1. Baixa qualidade técnica de estudos e projetos de engenharia</b>	<b>23</b>
1.1. Modelagem das licitações para a contratação de projetos de engenharia de obras públicas	
1.2. Recomendação pela preferência de critérios de julgamento de técnica e preço no processamento da licitação	
1.3. Recomendação pela preferência da utilização de regimes de execução que integrem o encargo de execução de projetos com o encargo de execução de obras públicas	
1.4. Recomendação pela ampliação da responsabilidade técnica do autor e restrição do projeto à disponibilidade orçamentária	
<b>2. Inexecução contratual por culpa do contratado</b>	<b>33</b>
2.1. Crítica à modelagem das licitações focada no menor preço	
2.1.1. O problema do modo aberto no processamento de licitações de obras de engenharia e o risco da precarização das propostas	
2.1.2. (In)existência de critérios de aferição da exequibilidade da proposta	
<b>3. Interrupção do fluxo orçamentário e financeiro necessário para viabilizar o cumprimento das obrigações de pagamento</b>	<b>39</b>
3.1. Diagnóstico sobre as causas subjacentes à interrupção do fluxo orçamentário e financeiro	
3.2. (In)capacidade financeira de entes subnacionais na execução de obras com suporte do Governo Federal	
3.3. Mecanismos que garantam a reserva de liquidez para viabilizar as obrigações de pagamento	

<b>4. Outros problemas que contribuem para o risco de interrupção na execução de obras</b>	<b>45</b>
4.1. Entraves em processos de desapropriação e de licenciamento ambiental	
4.2. Limites rígidos para a alteração do objeto do contrato	
4.3. (In)capacidade da Administração Pública em processar pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos	
4.4. Interrupções determinadas ou recomendadas pelos órgãos de controle	
<b>UMA ANÁLISE CRÍTICA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI Nº 14.133/21) E DAS SUAS CONTRIBUIÇÕES SOBRE A PARALISAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS</b>	<b>51</b>
<b>1. A relativização da preponderância do aspecto técnico em detrimento do aspecto econômico: a contratação mais vantajosa e o ciclo de vida do objeto</b>	<b>52</b>
<b>2. A disciplina sobre os critérios de seleção e os modos de disputa voltados a regular licitações de obras e serviços de engenharia</b>	<b>53</b>
<b>3. A qualidade e a responsabilidade pela elaboração dos projetos de engenharia na Nova Lei</b>	<b>55</b>
<b>4. Garantias públicas e privadas de execução contratual</b>	<b>57</b>
<b>5. Os critérios de aferição da exequibilidade da proposta</b>	<b>58</b>
<b>6. As novidades no processo expropriatório e de licenciamento ambiental</b>	<b>61</b>
<b>7. O processamento dos pedidos de recomposição do equilíbrio contratual</b>	<b>62</b>
<b>8. A adoção de meios alternativos de resolução de controvérsias</b>	<b>77</b>
<b>9. A necessidade de regulamentação da Lei por estados membros e municípios</b>	<b>64</b>
<b>10. Proposta de atualização legislativa da Lei nº 14.133/21</b>	<b>67</b>
10.1. A necessidade de harmonizar regras voltadas a disciplinar as modalidades licitatórias e os modos de disputa relativamente a licitações de obras e serviços de engenharia	
10.2. A necessidade de se restabelecer mecanismos de reserva de liquidez para viabilizar o cumprimento das obrigações de pagamento	
10.3. A necessidade de se superar lacunas na disciplina das alterações contratuais, ampliando a alterabilidade do objeto do contrato	
10.4. A necessidade de se superar lacuna na caracterização da inexequibilidade de propostas	

**CBIC**

# Representação, articulação e produção de conhecimento para a indústria da construção

A Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC) foi fundada em 1957, no estado do Rio de Janeiro. Atualmente sediada em Brasília (DF) e com mais de 65 anos de atuação, a CBIC reúne 98 sindicatos e associações patronais do setor da construção, presentes nas 27 unidades da Federação. Representante institucional do setor, a CBIC promove a integração da cadeia produtiva da construção, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social do país.

Dirigida por um Conselho de Administração eleito pelos associados, a CBIC atua por meio de suas comissões técnicas: Comissão de Infraestrutura (COINFRA); Comissão de Obras Industriais e Corporativas (COIC); Comissão da Indústria Imobiliária (CII); Comissão de Habitação de Interesse Social (CHIS); Comissão de Política de Relações Trabalhistas (CPRT); Comissão de Materiais, Tecnologia, Qualidade e Produtividade (COMAT); Comissão do Meio Ambiente (CMA); Comissão de Responsabilidade Social (CRS); e o Conselho Jurídico (CONJUR). A CBIC conta, ainda, com a Inteligência Estratégica, responsável por reunir e analisar os números e dados do setor, como geração de emprego, desempenho econômico, entre outros.

A entidade produz conhecimento qualificado, visando a disseminação dessa inteligência setorial e das boas práticas na atividade, com transparência e ética, voltada para a sustentabilidade. Por intermédio de suas comissões técnicas, a CBIC publica estudos e realiza eventos diversos destinados ao debate, ao aprendizado e à modernização do setor.

A CBIC ainda atua como interlocutora formal no encaminhamento de temas e propostas junto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; agentes financiadores; entidades diversas e a academia. É característica marcante da entidade acompanhar a agenda nacional, posicionando a indústria da construção nos debates de interesse do Brasil e contribuindo com propostas para a solução de demandas e problemas, tendo como interesse maior o desenvolvimento do país e da sua população.

A CBIC também representa internacionalmente a indústria da construção. A entidade integra a Federação Interamericana da Indústria da Construção (FIIC).

A CBIC REPRESENTA

96

ENTIDADES ASSOCIADAS



O QUE CORRESPONDE

A MAIS DE

131 MIL

EMPRESAS ATENDIDAS



2,6 MILHÕES

DE TRABALHADORES COM CARTEIRA ASSINADA



17 %

DE CRESCIMENTO NO BIÊNIO 2021-2022



3,2 %

DE PARTICIPAÇÃO NO PIB BRASIL EM 2022 %



A CONSTRUÇÃO IMPACTA OUTROS

97 SETORES

DA INDÚSTRIA E SERVIÇOS



# Autores



## **FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES**

Advogado e Consultor na área do Direito Público. Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFPR). Foi Visiting Scholar na Columbia University Law School (NY, USA, 2017). Autor de diversos livros na área de direito administrativo, infraestrutura, concessões e parcerias público-privadas. É reconhecido pelo ranking britânico Chambers Brazil na área de Public Law; pelo ranking norte-americano Best Lawyers na área de direito administrativo; pelo ranking francês Leaders League em Direito Público e Infraestrutura; e pelo ranking brasileiro Análise Advocacia como um dos advogados mais admirados do Brasil pelas grandes empresas.

[vernalha@vernalhapereira.com](mailto:vernalha@vernalhapereira.com)



## **LARISSA CASARES**

Advogada. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP – 2020). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP – 2012).

[larissa.c@vernalhapereira.com](mailto:larissa.c@vernalhapereira.com)



## **ANGÉLICA PETIAN**

Advogada. Pós-doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Administrativo pela PUCSP. Nas edições 2019, 2020, 2021 e 2022, o ranking Leaders League listou Angélica como uma das advogadas mais recomendadas do Brasil em infraestrutura e projetos.

[angelica.p@vernalhapereira.com](mailto:angelica.p@vernalhapereira.com)

# Autores



## **MURILO TABORDA RIBAS**

Advogado. Mestrando em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Possui experiência na área do Direito Administrativo, com dois anos de treinamento e desenvolvimento profissional pelo Programa Trainee Vernalha Pereira.

[murilo.r@vernalhapereira.com](mailto:murilo.r@vernalhapereira.com)



## **FILIPE NATAL DE GASPARI**

Advogado. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP - 2019). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP - 2016).

| [filipe.g@vernalhapereira.com](mailto:filipe.g@vernalhapereira.com)

**CBIC**

# 1. Apresentação

A paralisação de obras públicas consiste em um dos maiores desafios das contratações públicas brasileiras. De acordo com dados apurados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), há mais de 8.000 (oito mil) obras paralisadas – o que representa cerca de 40% (quarenta por cento) dos mais de 20 mil contratos de obras no país financiadas com recursos públicos federais. Mais de metade das paralisações foram verificadas na área da educação.

Os prejuízos decorrentes desse grave cenário de paralisação são de difícil mensuração, mas, são inequívocos. Os impactos negativos vão desde os custos decorrentes da própria paralisação da obra – como, por exemplo, aqueles relativos à depreciação do ativo ou necessários à mobilização de pessoal e de equipamentos para retomada do contrato – até a própria frustração dos benefícios que poderiam advir da entrega do empreendimento.

Inúmeras são as causas da magnitude das obras paralisadas nos contratos públicos atualmente em curso: processos de contratação com modelagens inadequadas, dificuldades enfrentadas pela Administração Pública para viabilizar o cumprimento das obrigações perante os seus contratados, morosidade no processamento dos pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, dentre diversas outras origens. Nesse sentido, é preciso compreender essas e outras causas para conceber soluções institucionais eficientes e adequadas para uma resolução definitiva do problema, considerando os entraves que as paralisações representam para o desenvolvimento econômico nacional.

Por essa razão, a CBIC preparou o presente material com a preocupação de compilar contribuições ao debate para um aprimoramento institucional das contratações públicas, apresentando proposições que visem combater o problema de paralisação de obras de forma efetiva. O trabalho foi desenvolvido com o apoio institucional do escritório Vernalha, Pereira Advogados, que possui vasta experiência no tema.

Desejamos uma boa leitura.



**Renato de Sousa Correia**  
Presidente da CBIC



**Carlos Eduardo Lima Jorge**  
Vice-presidente de Infraestrutura  
da CBIC

<sup>1</sup>Conforme notícia veiculada no G1: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/11/23/tcu-constata-mais-de-8-mil-obras-paralisadas-educacao-responde-por-metade-das-construcoes-inacabadas.ghtml>>. Acesso em: 02 de outubro de 2023.





**CONTEXTUALIZAÇÃO  
DAS OBRAS  
PARALISADAS  
NO BRASIL**

# Contextualização das obras paralisadas no Brasil

Antes de se compreender as causas e as possíveis soluções institucionais que o presente estudo propõe para a resolução da paralisação de obras públicas, faz-se necessário fazer um breve diagnóstico sobre o seu panorama no Brasil. Nesse sentido, a presente seção faz uma identificação do status do desenvolvimento de obras públicas à luz de dados levantados pelo Tribunal de Contas da União sobre o tema, com avaliação dos impactos gerados nos setores mais relevantes e nos programas governamentais mais recentes – a exemplo do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

## 2. Diagnóstico do andamento de obras públicas no Brasil

A realização de um estudo crítico sobre a paralisação das obras públicas no Brasil é de grande importância para compreender como a situação afeta o desenvolvimento da infraestrutura no país e quais mecanismos podem ser empregados para superá-la. Porém, antes de se adentrar na avaliação das causas desse fenômeno e de possíveis propostas para reverter esse crítico cenário à luz da legislação mais recente – em especial, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), mostra-se necessário realizar um diagnóstico a respeito do panorama atual de inexecução de obras públicas. Por essa razão, a presente seção visa fornecer uma análise detalhada do cenário das obras públicas no Brasil, com foco na identificação e na compreensão das obras paralisadas em território nacional. As informações apresentadas a seguir são extraídas de acompanhamento realizado pelo TCU até abril de 2023, cujos dados podem ser encontrados na página institucional do órgão<sup>2</sup>.

### 2.1. Estoque de obras paralisadas no Brasil

Conforme dados de abril de 2023, 8.603 (oito mil seiscentas e três) obras públicas encontram-se em estado de paralisação no Brasil. Esse número representa cerca de 41% (quarenta e um por cento) do total de mais de 21 (vinte e um) mil contratos consolidados no painel do TCU, relacionados a obras financiadas com recursos federais por meio do orçamento geral da União. Além disso, esses contratos paralisados acumulam um valor total previsto de investimentos de R\$ 32,2 bilhões.

<sup>2</sup> Conforme “Acompanhamento de Obras Paralisadas”. Disponível em:

<<https://paineis.tcu.gov.br/pub/?workspaceId=8bfb0cc-f2cd-4e1c-8cde-6abdf6a6a8&reportId=013930b6-b989-41c3-bf00-085dc65109de>>. Acesso em: 20 de setembro de 2023.

Esses números são impactantes, mas é de suma importância contextualizá-los adequadamente: as causas da paralisação das obras são diversas, complexas e multifatoriais, como a inexistência de um planejamento adequado dos empreendimentos, problemas relativos ao fluxo orçamentário e financeiro para viabilizar o cumprimento das obrigações, dentre outras origens que serão melhor exploradas adiante. Em um país que demanda significativos investimentos em infraestrutura, compreender a origem desses problemas é essencial para propor soluções que permitam destravar os investimentos e concluir as obras, necessárias para o desenvolvimento econômico nacional.

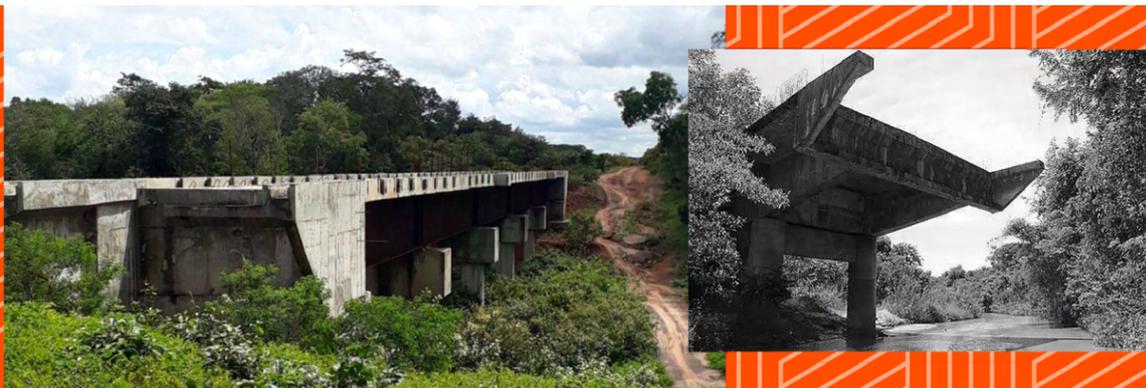
Um relevante fator que estimula a paralisação das obras é o abandono da execução dos contratos pelas empresas. A “Auditoria Operacional Sobre Obras Paralisadas”, realizada pelas unidades técnicas em 2018 e apreciada pelo Plenário do TCU, por meio do Acórdão nº 1.079/2019, apontou que o abandono pelas empresas representava cerca de 23% (vinte e três por cento) das paralisações. Com frequência, a razão principal para a interrupção de uma obra por parte da empresa é a sua incapacidade financeira para prosseguir com o projeto. Isso destaca a relevância que a Administração deve atribuir tanto à elaboração de um orçamento estimado quanto à análise da viabilidade da proposta vencedora.

Outro ponto relevante diz respeito às etapas que antecedem a paralisação de uma obra pública. A paralisação pode decorrer de uma inexecução do contratado, por fato imputável ou não a ele, ou de uma suspensão da execução determinada pela Administração Pública contratante ou pelo Poder Judiciário. As origens da paralisação podem exigir mecanismos distintos para resolução da questão.

Em resumo, o diagnóstico das obras públicas paralisadas no Brasil é uma tarefa complexa, mas, essencial para a formulação de propostas que permitam a retomada desses empreendimentos. A compreensão das causas, dos números e do contexto é fundamental para evitar que recursos públicos sejam desperdiçados e garantir que os benefícios esperados sejam devidamente materializados. Nesse sentido, é importante que todos os atores envolvidos – dos órgãos de controle aos gestores públicos e empresas contratadas – estejam comprometidos em encontrar soluções efetivas para esse desafio.

## 2.2. Diagnóstico de obras paralisadas por setores

Para entendermos o panorama das obras públicas paralisadas no Brasil, é relevante analisar os dados fornecidos pelo Tribunal de Contas da União, que apresentam informações detalhadas sobre diversos setores. A tabela a seguir resume a quantidade de obras paralisadas em cada setor:



Setor	Quantidade de obras paralisadas
Educação básica	3.580
Infraestrutura e Mobilidade Urbana	1.854
Turismo	650
Outros	604
Saneamento	404
Saúde	318
Esporte	316
Educação superior	285
Infraestrutura de Transportes (DNIT)	250
Agricultura	103
Habitação	100
Educação profissional e tecnológica	76
Defesa Civil	38
Educação (Hospitais e Inst. Militares)	25

No total, as mais de 8.500 (oito mil e quinhentas) obras públicas identificadas pelo TCU como paralisadas no Brasil representam um desafio significativo para o país. Ademais, cada setor enfrenta suas próprias complexidades e desafios específicos, refletindo-se na quantidade de obras paralisadas em cada área.

A seguir, exploraremos quatro desses setores: (i) educação básica; (ii) infraestrutura e mobilidade urbana; (iii) saúde; e (iv) saneamento.



## • Educação básica (escolas e creches):

No setor da educação básica, o TCU identificou um total de 3.580 (três mil quinhentas e oitenta) obras financiadas com recursos federais com paralisação, o que representa 58,1% (cinquenta e oito vírgula um por cento) das obras totais nessa categoria. Isso resulta em um investimento previsto de R\$ 7.818.124.887,81, dos quais R\$ 3.479.170.204,56 estão destinados a obras que não avançaram.

Algumas organizações fizeram levantamentos específicos sobre a inexecução de obras públicas na educação básica. Nessas pesquisas, as principais causas identificadas para a paralisação de obras residem sobre falta de informações claras, rescisão contratual, abandono das empresas e irregularidades na gestão anterior. A falta de padronização de projetos também é um desafio, muitas vezes levando a ajustes após conclusão da obra, financiados pelos governos locais.

## • Infraestrutura e mobilidade urbana:

No setor de infraestrutura e mobilidade urbana, o TCU identificou a paralisação de 1.854 (mil oitocentas e cinquenta e quatro) obras financiadas com recursos federais. O valor previsto de investimento é de R\$ 10.826.698.347,22, com R\$ 3.394.046.297,71 investidos em obras paralisadas.

## • Saúde (hospitais):

No setor de saúde, o levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União detectou a paralisação em 318 (trezentos e dezoito) obras de hospitais, representando 13,1% (treze vírgula um por cento) das obras totais. O valor previsto de investimento é de R\$ 2.751.009.243,81, com R\$ 703.961.173,60 investidos em obras paralisadas.

## • Saneamento (sistemas de saneamento básico):

Por fim, de acordo com o TCU, o setor de Saneamento apresenta 404 (quatrocentos e quatro) obras, financiadas com recursos públicos federais, paralisadas. O valor previsto de investimento é substancial, atingindo R\$ 17.781.819.815,98, dos quais R\$ 6.823.208.651,86 estão investidos em obras paralisadas.

A paralisação de obras em setores tão estruturais pode gerar implicações profundas para o desenvolvimento do Brasil. Além do desperdício de recursos públicos, essa situação afeta diretamente a qualidade da prestação de serviços públicos e a capacidade do país de enfrentar desafios necessários ao seu desenvolvimento – como a expansão da infraestrutura, a melhoria do sistema de saúde e a garantia de serviços essenciais.

<sup>3</sup> A exemplo de estudo realizado pela Organização Não-Governamental Transparência Brasil em 2022. Disponível em: <[https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/relatorio\\_tdp\\_2022.pdf](https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/relatorio_tdp_2022.pdf)>. Acesso em: 14 de setembro de 2023.

## 2.3. (In)execução de obras no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento

A auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União também identificou situação crítica quanto às obras realizadas no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Lançado em janeiro de 2007, o PAC tinha como principal objetivo estimular o crescimento econômico do país por meio de investimentos em obras de infraestrutura – portos, rodovias, aeroportos, redes de esgoto, geração de energia, hidrovias e ferrovias, entre outros.

No lançamento do PAC, o Governo Federal anunciou investimentos da ordem de R\$ 503,9 bilhões até o ano de 2010, provenientes de diversas fontes: recursos do orçamento geral da União, capitais de investimentos a serem realizados por empresas estatais e investimentos privados com estímulos públicos e parcerias. O programa adotou medidas que visavam favorecer a implementação dos projetos, incluindo desoneração tributária em alguns setores, medidas ambientais para agilizar o marco regulatório, estímulo ao financiamento e crédito, bem como medidas de longo prazo na área fiscal.

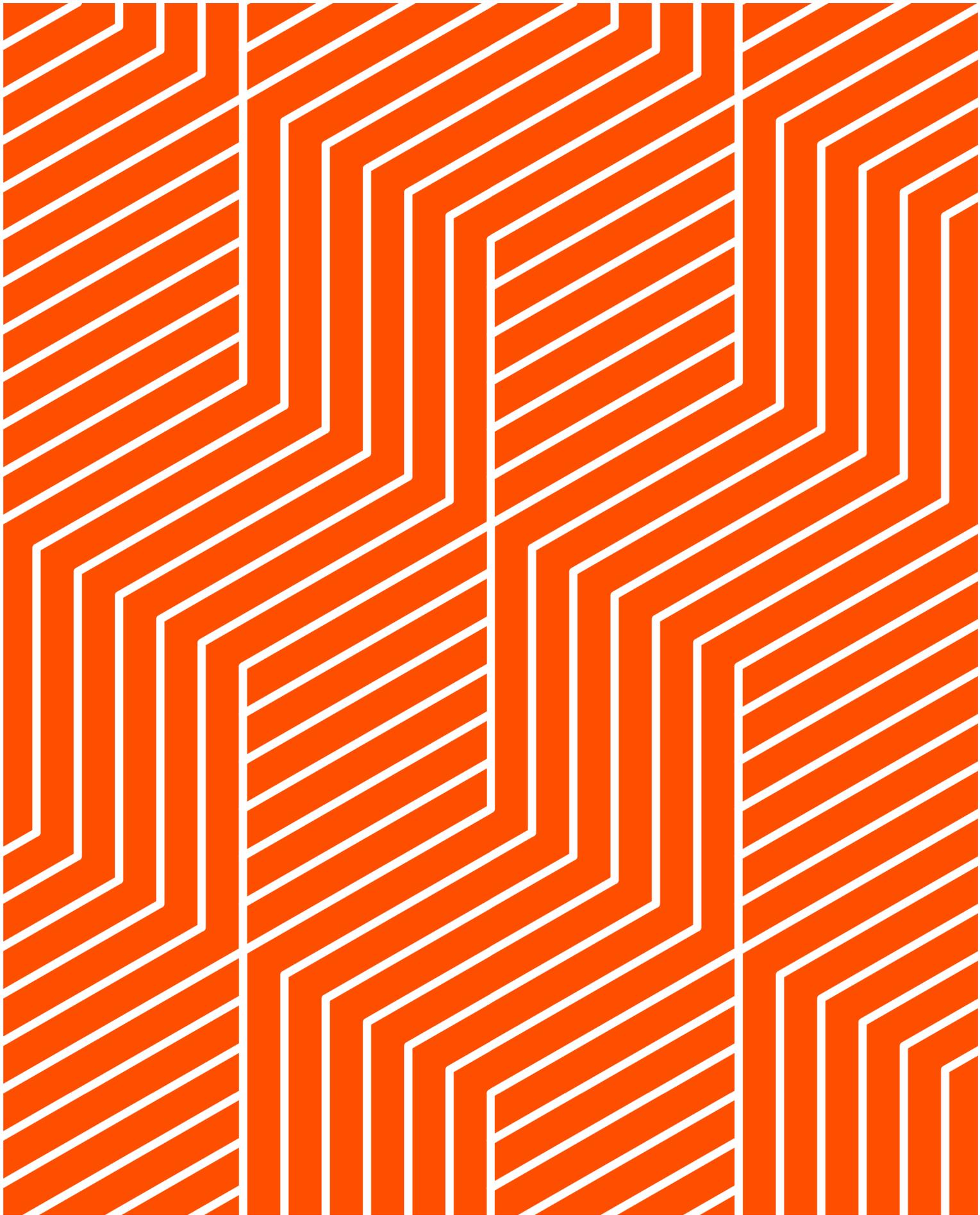
O PAC contou, ainda, com uma segunda etapa (PAC 2), lançada em 2011, com aumento nos recursos destinados ao programa e uma ampliação das parcerias com estados e municípios. Os investimentos previstos para o período de 2011 a 2014 totalizaram cerca de R\$ 955 bilhões.

As duas etapas do programa, no entanto, também foram acometidas com problemas de paralisação. O monitoramento realizado pelo Tribunal de Contas da União revelou a existência de 5.344 (cinco mil trezentos e quarenta e quatro) obras remanescentes dos PACs 1 e 2 que não foram devidamente concluídas. Esses empreendimentos suspensos ou atrasados, somados, representam um valor de R\$ 57,4 bilhões, consumindo aproximadamente R\$ 13,5 bilhões em repasses federais, em valores nominais não ajustados pela inflação.

Não obstante os problemas da paralisação de obras enfrentados nas primeiras etapas do PAC, o Governo Federal anunciou, recentemente, a terceira etapa do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC 3. Para viabilizar a referida etapa, o Governo Federal indicou que fará um aporte financeiro inicial no montante de R\$ 371 bilhões, provenientes do orçamento da União, distribuídos ao longo de um período de quatro anos. Dentre outros objetivos, o Governo indicou a intenção de retomada da execução de obras que não foram iniciadas e/ou que foram abandonadas no âmbito dos PACs 1 e 2, finalizando obras importantes para o desenvolvimento de determinadas regiões – como, por exemplo, as ferrovias Transnordestina e Oeste-Leste.

Por essas razões, o êxito da nova etapa do PAC recentemente anunciada pelo Governo Federal depende de um tratamento adequado do problema relativo à paralisação de obras públicas, seja para retomar o andamento das obras já paralisadas, seja para evitar a paralisação das novas obras que serão realizadas ao longo do programa. No entanto, para que esses objetivos sejam alcançados, é fundamental a adoção de políticas públicas coordenadas entre os gestores públicos e os agentes do setor para otimizar os recursos disponíveis e para implementar aprimoramentos no ambiente jurídico-institucional aplicável. Assim, parte do presente estudo é dedicado para identificar as causas e apresentar possíveis soluções que podem ser adotadas para resolução do crítico contexto em que o país se encontra no desenvolvimento de suas obras.

4 Conforme disponível em: <<https://bibliotecadigital.economia.gov.br/handle/777/338>>. Acesso em: 27 de setembro de 2023.



VERNO FEDERAL  
**BRASIL**  
RICO É PAIS SEM POBREZA

**CONSTRUÇÃO DE U  
BÁSICA DE SAÚDE  
NA COMUNIDADE DO S  
ETAPAS 01**

or Total da Obra: R\$ 499.457,71  
munidade: SÍTIO CURICACA  
município: TEN. LAURENTINO CRUZ / RN  
eto: CONSTRUÇÃO DE UBS - PORTE I

Agenc  
E.P. M  
Início  
Térmi

  
CIVILIZAÇÃO MUN. TEN. LAURENTINO CRUZ/RN

**SAÚDE**   
MAIS PERTO DE VOCE





**ANÁLISE  
DAS CAUSAS  
DAS OBRAS  
PARALISADAS  
NO BRASIL**

# ANÁLISE DAS CAUSAS DAS OBRAS PARALISADAS NO BRASIL

Em uma análise ao diagnóstico feito pelo Tribunal de Contas da União sobre o estado de execução de obras públicas financiadas com recursos federais, é possível constatar conjuntos de causas comuns às paralisações. Parcela significativa dessas causas decorre de imposições da legislação de contratação pública ou de incentivos decorrentes do quadro normativo que contribuem para a suspensão da execução de obras públicas – ou, ainda, que não auxiliam para a superação desse cenário.

Nesse sentido, as causas para a paralisação de obras podem ser agrupadas em 4 (quatro) conjuntos:

- a) Baixa qualidade técnica dos estudos e dos projetos de engenharia;
- b) A inexecução contratual por culpa do contratado;
- c) A interrupção do fluxo orçamentário e financeiro para viabilizar o cumprimento das obrigações de pagamento pela Administração Pública; e
- d) Outros problemas que contribuem para o risco de interrupção – decorrentes, especialmente, da legislação aplicável às contratações públicas.

## 1. Baixa qualidade técnica de estudos e projetos de engenharia

A função de planejamento foi incumbida ao Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica pela Constituição Federal.<sup>5</sup> Essa função – elevada à condição de princípio pela Lei nº 14.133/21<sup>6</sup> – manifesta-se no mercado de obras públicas por meio de concepções técnicas, externadas via estudos e projetos de engenharia, que delineiam objetos contratuais que serão colocados em disputa via licitação.

O problema da baixa qualidade técnica dos referidos estudos e projetos é recorrente no mercado de obras públicas. O principal corolário dessa condição é a frustração da execução contratual, que se baseia em uma proposta que se revela dissonante da realidade técnica exigida pela obra contratada mediante licitação pública.

<sup>5</sup>Conforme art. 174 da Lei nº 14.133/21: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

<sup>6</sup>Conforme art. 5º da Lei nº 14.133/21: “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

E essa frustração resulta na paralisação de obras pela dificuldade técnica (e jurídica) de se equacionar lacunas de projetos de engenharia problemáticos. Não à toa, o Tribunal de Contas da União elencou, no âmbito de um estudo conduzido em 2022, as deficiências de projeto como a primeira causa que explicaria a quantidade substancial de obras públicas federais paralisadas.

Nessa linha, o problema de baixa qualidade deriva de falhas de planejamento que afligem contratantes e contratados, implicam desperdício de recursos públicos e impedem que o Estado leve a cabo missões de interesse público que dependem, em boa medida, da concretização de obras. Diante desse contexto, deve-se avaliar as possíveis recomendações para endereçar o problema, avaliando como a legislação de contratação de obras públicas pode amparar tais recomendações.

## 1.1. Modelagem das licitações para a contratação de projetos de engenharia de obras públicas

Considerando que a baixa qualidade técnica é, essencialmente, um problema de planejamento, a modelagem das licitações é crítica para o sucesso (ou fracasso) da contratação: projetos (anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos) bem modelados (sob o aspecto técnico de engenharia) resultarão no bom andamento da execução e conclusão da obra, enquanto que projetos defeituosos desencadearão cenários de frustração.

O problema relativo à baixa qualidade técnica dos projetos de engenharia teve a sua importância reconhecida pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), que dedicou diversos dispositivos a respeito do tema. A Nova Lei não somente buscou conceituar a definição do anteprojeto, do projeto básico e do projeto executivo em seu art. 6º, incisos XXIV, XXV, e XXVI, trazendo detalhadamente os seus elementos componentes, como também positivou regimes de contratação – como os regimes de contratação integrada e semi-integrada, abordados na sequência – que permitem a elaboração dos projetos de engenharia parcial ou integralmente pelo futuro contratado, buscando endereçar a deficiência dos projetos confeccionados pelo poder público.

<sup>7</sup> Lista de Alto Risco da Administração Pública Federal: 2022 / Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2022, p. 80. Disponível em: <[https://portal.tcu.gov.br/data/files/1E/07/C0/FC/925628102D-FE0FF7F18818A8/lista\\_de\\_alto\\_risco\\_da\\_administracao\\_publica.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/1E/07/C0/FC/925628102D-FE0FF7F18818A8/lista_de_alto_risco_da_administracao_publica.pdf)>. Acesso em 30 de setembro de 2023.

<sup>8</sup> Art. 6º, incisos XXIV, XXV e XXVI, da Lei nº 14.133/21: “XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos: a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado; b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade; c) prazo de entrega; d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível; e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade; f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia; g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta; h) levantamento topográfico e cadastral; i) pareceres de sondagem; j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação; XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de

A modelagem dos projetos pode ser tanto empreendida exclusivamente pelo próprio ente administrativo ou contar com a participação, mais ou menos ampla, de privados.

Para o primeiro cenário, é fundamental que os agentes públicos responsáveis detenham capacidade ou expertise técnica necessárias à elaboração de um projeto de engenharia adequado às particularidades das obras para evitar futuras adversidades.

Para o segundo cenário, a Lei nº 8.666/93 já estipulava a possibilidade de a Administração Pública contratar a modelagem de projetos básicos e/ou executivos. No entanto, o grande desafio, reside sobre o critério de seleção usualmente adotado pela Administração Pública para a contratação das empresas responsáveis pela elaboração dos projetos: o critério do menor preço, que, por vezes, pode minar a qualidade dos projetos de engenharia necessária à execução das obras públicas.

Ademais, os próprios órgãos da Administração Pública têm ressaltado os problemas que podem ser ocasionados pela adoção do modo de disputa aberta e pela adoção exclusiva do critério “menor preço” para a contratação de projetos de engenharia. A título exemplificativo, recentemente, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) encaminhou o Ofício Circular nº 3488/2023/DIR/DNIT orientando suas regionais a priorizar a utilização do modo de disputa fechado em suas licitações para aquisição de serviços de consultoria – incluindo a elaboração de projetos.

Assim, deve-se pensar em mecanismos que confirmem maior segurança nas contratações de projetos de engenharia. O presente estudo busca reunir algumas dessas contribuições.

execução, devendo conter os seguintes elementos: a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos; c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 46 desta Lei; XXVI - projeto executivo: conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes”.

## 1.2. Recomendação pela preferência de critérios de julgamento de técnica e preço no processamento da licitação

Há um “paradigma” consolidado na cultura nacional de contratações públicas que é difícil de se desvencilhar: o de que menor/melhor preço sempre representaria a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

No entanto, a legislação é clara ao destacar que a vantajosidade das contratações não repousa estritamente sobre o menor preço a ser pago pela utilidade. Ela também leva em consideração outros fatores, ao mencionar a necessidade de um desenvolvimento nacional sustentável (conforme art. 3º da Lei nº 8.666/93, reproduzido no art. 5º da Lei nº 14.133/21) e, como destaca a Nova Lei de Licitações, o ciclo de vida do objeto (art. 11, I, da Lei nº 14.133/21). Desse modo, a vantajosidade não incorpora apenas a questão do preço absoluto, mas também da qualidade do bem, da segurança na sua execução, do tempo necessário para a conclusão, dos custos de transação envolvidos, dentre outras variáveis.

Esse ponto é ainda mais sensível no que tange à contratação de consultores para o desenvolvimento de projetos e estudos de engenharia, pois esta atividade contempla uma complexidade técnica peculiar e é de difícil comoditização no mercado.

Nessa linha, é de se destacar que o TCU, no âmbito de auditoria operacional voltada ao mencionado diagnóstico de obras paralisadas no país com financiamento de recursos federais, recomendou ao, então, Ministério da Economia (i) o registro de informações de dados específicos sobre o tipo de contratação (melhor preço, melhor técnica e preço, melhor técnica, etc.), para a construção de base estatística para se avaliar as eventuais vantagens comparativas de cada modelo; e (ii) o fomento de concursos de projetos e outros procedimentos de contratação em que a qualificação técnica do objeto seja melhor ponderada como critério de escolha, com a posterior aferição da qualidade dos produtos entregues<sup>9</sup>.

Os entes administrativos devem desenvolver e aprimorar a contratação via critérios de julgamento que não fiquem restritos ao melhor preço, sobretudo quando o objeto corresponder à elaboração de projetos e estudos de engenharia.

Uma opção disponível à Administração Pública – acolhida pela Lei nº 14.133/21 – seria adotar a modalidade “técnica e preço” para a contratação de projetos de engenharia.

Nos termos do art. 36 da Nova Lei, o julgamento por técnica e preço consiste em critério por meio do qual se realiza uma ponderação, segundo fatores previstos no edital, entre notas atribuídas à qualidade técnica do objeto a ser contratado e o preço ofertado pela licitante. Nessa ponderação, as propostas técnicas poderão assumir a proporção máxima de 70% (setenta por cento) da nota (§ 2º)<sup>10</sup>.

Nesse sentido, a Nova Lei prevê expressamente a possibilidade de se adotar o critério “técnica e preço” para a aquisição de “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual” (art. 36, § 1º, inciso I)<sup>11</sup>, o que compreende a elaboração de projetos básico e executivo (art. 6º, inciso XVIII, alínea “a”)<sup>12</sup>. Vale ressaltar que o mesmo art. 36, § 1º, inciso I, da Lei nº 14.133/21 também estabelece que o critério “técnica e preço” deverá ser preferencialmente empregado nessas contratações.

Pela natureza eminentemente intelectual da atividade e pelos riscos que a inadequação técnica de um projeto pode representar para a execução contratual de uma obra pública, a adoção do critério “*menor preço*” se mostra incompatível com o processo de contratação de um projeto básico ou de um projeto executivo, na medida em que não há incentivos à obtenção de um resultado de qualidade em favor da Administração Pública. Assim, a utilização do critério “*técnica e preço*” deve ser encarada como regra pela Administração, relegando o critério exclusivo de “*menor preço*” para outras contratações.

A redação do Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 14.133/21 contemplava importante novidade que traria segurança à utilização do critério “*técnica e preço*” para a contratação de projetos básico e executivo. Originalmente, o art. 37, § 2º, impunha a obrigatoriedade da adoção dos critérios “*melhor técnica*” ou “*técnica e preço*” para a contratação de serviços técnicos especializados de elaboração de projetos de engenharia cujo valor estimado fosse superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), impedindo a adoção do critério “*menor preço*”<sup>13</sup>. Lamentavelmente, porém, o dispositivo foi objeto de veto presidencial por suposta contrariedade ao interesse público.

Não obstante o dispositivo tenha sido vetado, é fundamental que os processos de contratação de projetos de engenharia privilegiem a adoção do critério “*técnica e preço*” para assegurar a qualidade dos documentos que embasarão a futura execução da obra pública. Insuficiências e inadequações podem ensejar a suspensão das obras e a redefinição de seus parâmetros no curso da execução contratual, agravando o cenário de paralisação de obras públicas.

<sup>9</sup> Itens 9.1.5.1 e 9.1.5.3 do Acórdão nº 1.079/2019, Plenário, Min. Rel. Vital do Rêgo, julgado em 15 de maio de 2019.

<sup>10</sup> § 2º do Art. 36 da Lei nº 14.133/21: “Art. 36. [...] § 2º No julgamento por técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica”.

<sup>11</sup> Art. 36, § 1º, inciso I, da Lei nº 14.133/21: “Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta. § 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de: I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado”.

<sup>12</sup> Art. 6º, inciso XVIII, da Lei nº 14.133/21: “XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a: a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos”.

<sup>13</sup> Redação original do art. 37, § 2º, da Lei nº 14.133/21: “§ 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’ do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por: I - melhor técnica; ou II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica”.

### 1.3. Recomendação pela preferência de critérios de julgamento de técnica e preço no processamento da licitação

Outra opção eficaz para a obtenção de projetos de engenharia com maior qualidade técnica está em integrar em um mesmo objeto o desenvolvimento de projetos e a execução da obra correlata: isso atribui ao futuro contratado com capacidade técnica relevante<sup>14</sup> a responsabilidade pelo projeto e permite que este implemente possíveis soluções de seu domínio tendo em vista a obra a ser executada.

Em sua redação original, a Lei nº 8.666/93 não contemplava uma sistemática específica que permitisse a contratação da elaboração do projeto básico e/ou do projeto executivo integrada com a execução das obras. Com o advento da Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratação) e, posteriormente, da Lei das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/16), foram veiculadas novas modalidades de execução de obras que permitiam a referida integração: a contratação integrada – em que se atribui ao contratado a responsabilidade de elaboração dos projetos básico e executivo e a execução da obra, a partir de um anteprojeto disponibilizado pela Administração – e a contratação semi-integrada – em que o contratado é responsável pela elaboração do projeto executivo e pela realização da obra pública, a partir de um projeto básico previamente concebido pela Administração. No entanto, não somente as referidas leis tinham sua aplicabilidade limitada a um grupo mais restrito de contratações<sup>15</sup>, como as modalidades também estavam restritas a determinadas hipóteses – a exemplo das opções que autorizavam a utilização da contratação integrada<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Partindo da premissa da adequação do filtro da habilitação técnica veiculado via edital de licitação.

<sup>15</sup> O regime jurídico da Lei nº 13.303/16 se aplica estritamente aos processos licitatórios e às contratações conduzidas por empresas públicas ou sociedades de economia mista, conforme seu art. 1º. O Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/11), por sua vez, aplicava-se às hipóteses previstas em seu art. 1º, que foram sendo paulatinamente acrescidas ao longo do tempo, relativas às contratações necessárias à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II; IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; VII - das ações no âmbito da segurança pública; VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A; X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação; XI - das obras e serviços de engenharia para infraestrutura, construção, requalificação, urbanização e regularização fundiária no âmbito das políticas públicas de desenvolvimento urbano e habitação.

<sup>16</sup> “Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: I - inovação tecnológica ou técnica; II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. § 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

Nesse ponto, a Lei nº 14.133/21 avançou bem: a contratação integrada não se restringe mais às hipóteses do regime diferenciado de contratações, o que amplia o potencial uso desse regime, e, como não poderia deixar de ser, há atribuição do risco decorrente de fatores supervenientes associados à escolha da solução de projeto básico e/ou projeto executivo ao próprio contratado nas contratações integradas e semi-integradas<sup>17</sup>, respectivamente<sup>18</sup>.

Um ponto que merece destaque, apesar de já ter sido endereçado na Lei nº 13.303/16<sup>19</sup> de forma distinta da Lei nº 8.666/93<sup>20</sup>, diz respeito à vedação de se iniciar a obra sem a conclusão do projeto executivo. Apesar de partir da premissa de que a medida levaria a um ganho de tempo e um incremento de eficiência, a execução de obras concomitante à elaboração do projeto executivo (prevista na Lei nº 8.666/93) é propensa a resultar em um cenário diametralmente oposto. Não são incomuns as obras que avançam até o ponto no qual se constatam, supervenientemente, falhas do projeto básico a partir da conclusão (parcial ou total) do projeto executivo, situação que leva a um impasse pela extrapolação do limite de alteração quantitativa de obras e que não permite solução trivial<sup>21</sup>. O resultado: paralisação das obras que, além de implicarem algum custo de manutenção, demandarão novo processo licitatório. Nesse sentido, a vedação da Lei 14.133/21, constante de seu art. 46, § 1º,<sup>22</sup> visa evitar esse tipo de cenário.

## 1.4. Recomendação pela ampliação da responsabilidade técnica do autor e restrição do projeto à disponibilidade orçamentária

Iniciativa importante para gerar incentivos ao aumento da qualidade dos projetos de engenharia está em ampliar e deixar expressamente clara a responsabilidade de projetistas, com o objetivo de evitar a entrega de projetos feitos às pressas e com falhas relevantes. Uma maior responsabilização dos responsáveis por essas falhas tende a criar incentivos para projetos mais completos e adequados, evitando que a obra tenha de ser futuramente paralisada por vícios de origem.

<sup>17</sup>Conforme art. 22, § 4º, da Lei nº 14.133/21: “Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo. [...] § 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”.

<sup>18</sup> Apesar de a redação do dispositivo legal falar somente em projeto básico, entende-se que não há como alocar o risco em questão no que diz respeito ao projeto básico no caso de contratação semi-integrada, o qual é elaborado por pessoa jurídica distinta daquela contratada.

<sup>19</sup>Conforme art. 43, § 2º, da Lei nº 13.303/16: “Art. 43. Os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes: [...] § 2º É vedada a execução, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia”.

<sup>20</sup>Conforme art. 7º, § 1º, da Lei nº 8.666/93: “Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: [...] § 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração”.

<sup>21</sup>Importante recordar a Súmula 261 do Tribunal de Contas da União, que veda a revisão de projeto básico ou elaboração de projeto executivo que transfigure o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos com esteio no fundamento de alteração qualitativa do art. 65, I, ‘a’, da Lei nº 8.666/93.

<sup>22</sup>rt. 46, § 1º, da Lei nº 14.133/21: “Art. 46. [...] § 1º É vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 18 desta Lei”.

A Lei nº 8.666/93 não estabelecia regramento específico sobre a responsabilidade dos responsáveis pela elaboração dos projetos. Nesse sentido, a Lei nº 14.133/21 avança e estabelece a necessidade de apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção de providências para ressarcimento a danos causados à Administração em caso de falhas de projeto (art. 124, § 1º)<sup>23</sup> e prevê a responsabilidade objetiva do projetista e/ou do consultor por todos os danos originados de falha de projeto (art. 140, § 5º)<sup>24</sup>.

Um ponto que merece destaque é o fato de a Nova Lei estabelecer a responsabilidade objetiva do projetista<sup>25</sup>. No entanto, o dispositivo deve ser interpretado com alguma ponderação: no que tange ao setor público, a responsabilidade objetiva deve ser conjugada com o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual dispõe que o agente público somente responderá pessoalmente por decisões e opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

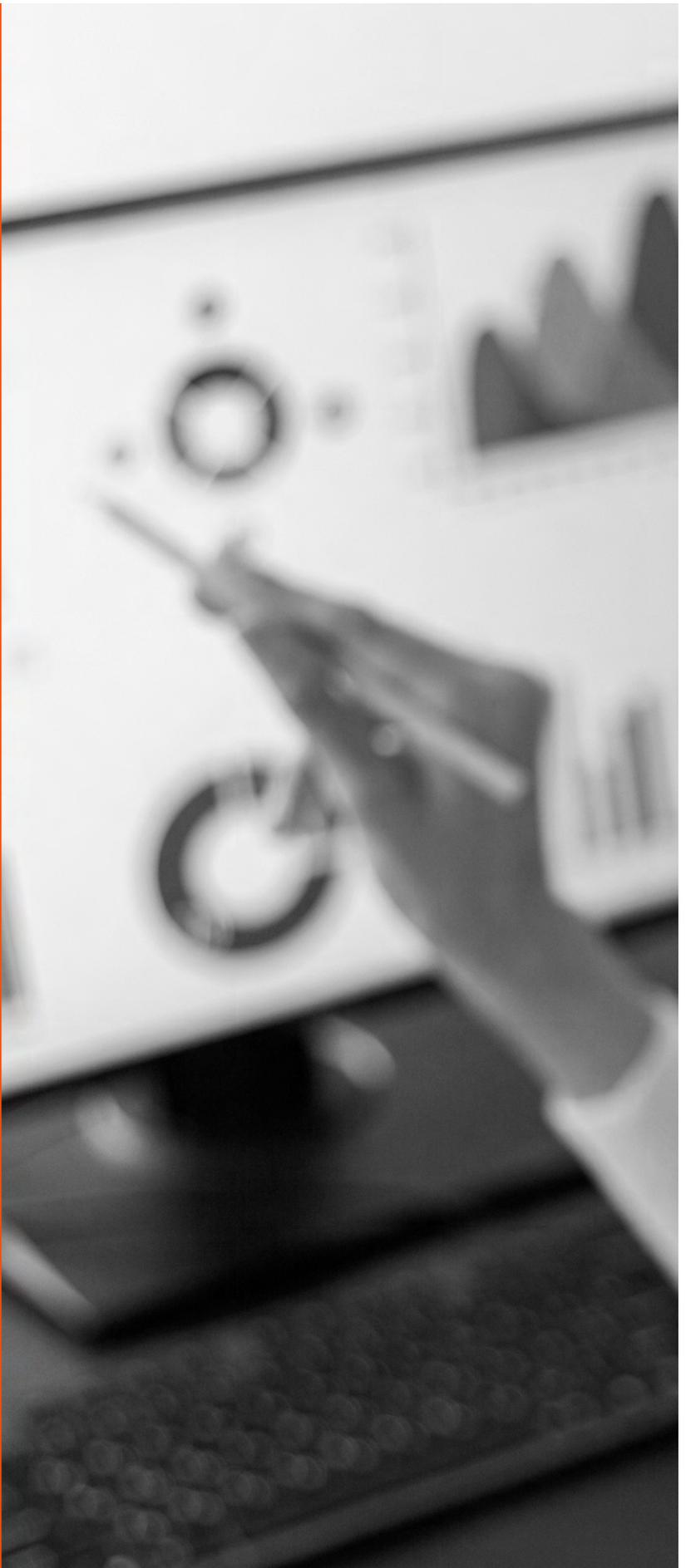
Outro problema também enfrentado na qualidade dos projetos de engenharia está na restrição realizada pela Administração Pública sobre o projeto de engenharia para adequá-lo à disponibilidade orçamentária. No âmbito dessas contratações, não é incomum que a Administração Pública limite a contratação dos projetos de engenharia aos valores que se encontram disponíveis no orçamento público. Na prática, a medida acaba por pressionar e prejudicar a qualidade do projeto de engenharia para que “caiba” no orçamento previsto.

<sup>23</sup> Conforme art. 124, § 1º, da Lei nº 14.133/21: “Art. 124. [...] § 1º Se forem decorrentes de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia ensejarão apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração”.

<sup>24</sup> Art. 140, § 5º, da Lei nº 14.133/21: “Art. 140. O objeto do contrato será recebido: [...] § 5º Em se tratando de projeto de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o projetista ou o consultor da responsabilidade objetiva por todos os danos causados por falha de projeto”.

<sup>25</sup> No âmbito da Lei nº 8.666/93, há alusão apenas à responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato (art. 73, § 2º).







## **2. Diagnóstico do andamento de obras públicas no Brasil**

## 2. Diagnóstico do andamento de obras públicas no Brasil

Em seus estudos, o TCU tem apontado o “*abandono das obras pelas empresas contratadas*” como uma das principais causas para a paralisação de obras públicas no Brasil<sup>26</sup>. Em que pese a importante iniciativa do TCU, a metodologia adotada merece ser vista com cuidado, especialmente na atribuição de culpa ao contratado pela inexecução contratual. A verdade é que, na maior parte dos casos, não se trata de um abandono proposital e imotivado das obras. Como será abordado neste item, a estrutura institucional de contratações favorece a apresentação de propostas subdimensionadas, com baixa sustentabilidade econômico-financeira, pelos agentes privados.

Figuram entre as causas desse cenário: (2.1) a percepção do menor preço como preço mais baixo possível, caso em que a importante ideia de “menor preço” é desvirtuada por uma lógica irrefletida de redução de preços, dada (2.1.1) a compreensão ainda restrita da noção de “vantajosidade” pelos gestores públicos; (2.1.2) os efeitos negativos do modelo aberto de disputas para a contratação de serviços de engenharia e obras; e (2.1.3) a ausência de critérios de aferição da exequibilidade das propostas. Como se verá, tais causas concorrem para a inexecução dos contratos no setor, devendo ser matéria de encaminhamentos conjuntos, pelos particulares e pelo poder público, para superação do retratado cenário de paralisação.

### 2.1. Crítica à modelagem das licitações focada no menor preço

No regime de licitações consolidado pelas Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02, o menor preço certamente figurava como o critério mais disseminado para a escolha de propostas pela Administração Pública. De fato, a predominância da percepção desse critério – do menor preço, como o preço mais baixo possível – nas contratações públicas brasileiras fica evidente quando se identifica que a grande maioria das licitações do país tem sido processada na modalidade de pregão<sup>27</sup> – hipótese em que não é admitido outro paradigma de julgamento a não ser o do menor preço da proposta, sob o modo aberto de disputa entre licitantes.

Como se verá no item 2.1.2, esse ponto afeta especialmente a exequibilidade das propostas ofertadas. Comumente, o modelo aberto de disputas não prestigia a apresentação de propostas realistas mais baixas, mas de propostas subdimensionadas pela conhecida prática de “mergulho de preços”. No intuito de se sagrar vencedor em um procedimento aberto de escolha por menor preço, como ocorre com o pregão, o licitante acaba por reduzir, “a olho” e em “lógica de jogo”, os custos das propostas – sem atentar, muitas vezes, para a sua (in)sustentabilidade econômico-financeira. Assim, embora o “menor preço” seja um critério de julgamento legítimo, a sua utilização indevida, combinada com a aplicação do modelo de disputa aberta, pode gerar incentivos perversos.

<sup>26</sup> A esse respeito, o mais recente diagnóstico: TCU, Acórdão nº 2.555/2022, Plenário, Min. Rel. Vital do Rêgo, julgado em 23 de novembro de 2022.

<sup>27</sup> A esse respeito, dados disponíveis em: <<http://painelcompras.economia.gov.br/processos-compra>>. Acesso em: 27 de setembro de 2023.

Ademais, em razão das consequências de eventual penalização pela caracterização de irregularidades, por serem os preços contratados supostamente superiores aos de mercado, os gestores públicos são incentivados a escolher modelos licitatórios que, embora menos propensos ao incremento da qualidade das compras públicas, apresentavam menos riscos (como o pregão). No cenário anterior à Lei nº 14.133/21, dificilmente os gestores públicos se mostravam receptivos a arcar com os ônus de se demonstrar que, apesar de exibir o preço mais baixo, determinada proposta seria menos vantajosa para a Administração Pública – por, por exemplo, não demonstrar indícios de sustentabilidade econômica e de exequibilidade.

Nos contratos de duração e de execução diferida, tais como obras, serviços contínuos e compra e venda de equipamentos sob encomenda, talvez um dos principais problemas enfrentados pela Administração Pública seja o chamado ‘mergulho’. Ou seja: o licitante propõe um preço consideravelmente baixo, para ganhar a licitação, e durante a execução do contrato percebe que não pode honrar o preço ofertado<sup>28</sup>.

Nas contratações de obras e serviços de engenharia, o uso histórico da modalidade de disputa do pregão – também por seu estímulo colateral à persecução irrefletida do preço mais baixo – tem gerado repercussões negativas. A propósito, vale lembrar que o regime submetido à Lei nº 8.666/93 e à Lei nº 10.520/02 induzia que, na contratação de serviços comuns de engenharia, inexistisse obrigatoriedade de que fossem apresentadas planilhas de custos e formação de preços. Em tais casos, tampouco existiam regras objetivas para comprovação da capacidade técnica e operacional das empresas licitantes<sup>29</sup>. Esse cenário, com baixo grau de transparência, acarretava impactos negativos para a gestão contratual – a falta de subsídios disponíveis para a comparabilidade das propostas acarretava graves prejuízos à compreensão da equação econômico-financeira dos contratos.

A propósito, conforme abordado no item 2.1.2 do presente estudo, a cultura de contratações por preços baixos tem tido reflexos nos campos da exequibilidade das propostas e do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A título exemplificativo, originalmente, com o objetivo de mitigar os efeitos de propostas muito baixas, a Lei nº 8.666/93 previra que, na contratação de obras e serviços de engenharia por menor preço, a proposta cujo preço fosse inferior a 70% (setenta por cento) do menor entre a “média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração” ou o “valor orçado pela administração” deveria ser desclassificada sumariamente<sup>30</sup>. Porém, como se verá adiante, a diretiva foi bastante mitigada pelos órgãos de controle – como o TCU, que entende se tratar de uma presunção meramente relativa. Como consequência, as incertezas que rondavam esse critério acabaram favorecendo a prática de “*mergulho de preços*”, com a disseminação de propostas subdimensionadas.

<sup>28</sup>AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários. 3ªed. rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 158.

<sup>29</sup> Conforme LIMA, Jonas. A Lei 14.133/2021 e o pregão para serviços comuns de engenharia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-21/licitacoes-contratos-lei-141332021-pregao-servicos-comuns-engenharia>>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

<sup>30</sup>Conforme art. 48, § 1º, da Lei nº 8.666/93: “§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou b) valor orçado pela administração”.

## 2.1.1. O problema do modo aberto no processamento de licitações de obras de engenharia e o risco da precarização das propostas

Tema que tem sido matéria de grandes discussões por parte dos estudiosos que se debruçam sobre o problema da paralisia de obras públicas, o modelo de disputa das licitações no setor tem impactos diretos no preço e na exequibilidade dos projetos. O modo aberto de disputas, como largamente utilizado no pregão, fomenta uma lógica de “mergulho” de preços, com a escolha de propostas inexequíveis. Tanto o uso indiscriminado do pregão quanto a primazia do modo aberto de disputas repousam sobre percepção equivocada do que seria o “*juízo objetivo*” e a “*transparência*” nas licitações.

No modo aberto de disputas, os licitantes fazem lances públicos e sucessivos com prorrogações, até que se encontre o menor preço para o escopo licitado. Na prática, as sessões se transformam em um verdadeiro “*jogo*”, em que, “*a olho*”, os licitantes oferecem preços, muitas vezes, economicamente insustentáveis. É comum que a pessoa que participa do pregão em nome da empresa não seja a que elaborou o orçamento, havendo uma verdadeira dissociação entre agressividade competitiva e condições de exequibilidade real das propostas. Esse não é um problema apenas desta ou daquela empresa considerada individualmente, deste ou daquele processo licitatório, mas, uma tendência estrutural das licitações públicas no país, motivada por arranjos institucionais e jurídicos pouco favoráveis à sua superação.

A dificuldade tem início com a definição do que seriam os serviços ora “*especializados*” ora “*comuns*” de engenharia. Ao definir, porém, um serviço de engenharia como “*serviço comum*”, a consequência é a sua imediata remissão ao pregão, com todos os problemas ligados a esse modelo de disputas. Os critérios aqui não são claros, a ponto de o TCU ter recentemente afirmado que a contratação de projetos, serviços com alta carga de especialização e de intelectualização, equivaleria à contratação de um serviço comum – logo, sujeita à licitação por pregão<sup>31</sup>. Vale lembrar que a Súmula nº 257/2010 do TCU autorizou a aplicação do pregão aos serviços comuns de engenharia<sup>32</sup>.

Os serviços especializados, por sua vez, autorizam<sup>33</sup> o uso de modelos diversos de contratação, que podem se valer, por exemplo, do modo fechado de disputas. Como se tem visto, o modelo fechado de disputas é mais favorável a contratações de grande vulto, tendo em vista que evitam os efeitos negativos de disputas agressivas entre licitantes. Mesmo assim, sem critérios mais objetivos previstos na legislação, a tendência é a de que os gestores, com receio de punições por órgãos de controle, encaminhem tais contratações para o modelo de disputa aberta.



<sup>31</sup>TCU, Acórdão nº 713/2019, Plenário, Min. Rel. Bruno Dantas, julgado em 27 de março de 2019.

<sup>32</sup>TCU, Súmula nº 257/2010: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.

<sup>33</sup>A contratação de “obras” não pode ser feita por pregão, conforme: TCU, Acórdão nº 980/2018, Plenário, Min. Rel. Marcos Bemquerer.

## 2.1.2. (In)existência de critérios de aferição da exequibilidade da proposta

De um modo geral, o regime da Lei nº 8.666/93 não estabeleceu critérios específicos sobre a aferição da exequibilidade das propostas. Segundo o art. 48, inciso II, desse diploma legal<sup>34</sup>, seriam desclassificadas as propostas com valor global acima do limite previsto no ato convocatório da licitação ou com preços manifestamente inexequíveis – quais sejam, os que não possam ter a sua viabilidade comprovada por meio de documentação que retrate que os custos dos insumos são coerentes com a lógica de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato. Como se vê, tal redação deixava grande margem de discricionariedade aos gestores, comportando uma grande dose de subjetivismo em sua apreciação.

Cumpra lembrar, não obstante, que o art. 48, § 1º, da Lei nº 8.666/93<sup>35</sup> previu que, na contratação de obras e serviços de engenharia por menor preço, a proposta cujo preço fosse inferior a 70% (setenta por cento) do menor do que a “*média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração*” ou que o “*valor orçado pela administração*” deveria ser desclassificada sumariamente. Porém, essa disposição foi relativizada pelos órgãos de controle. Destaca-se, neste sentido, a Súmula nº 262/2010, do TCU, segundo a qual o critério previsto em tal dispositivo legal não seria absoluto, devendo ser dada à licitante oportunidade de demonstrar a exequibilidade da proposta<sup>36</sup>.

Vê-se, assim, que a orientação do TCU trouxe mais complexidade ao tema da exequibilidade das propostas. A grande dose de subjetivismo conduz, não raras vezes, a Administração Pública à confusão entre “*menor preço*” e “*preço mais baixo possível*”. Isso porque os gestores públicos temem que a eles seja imputada eventual responsabilização por excluir do páreo propostas que importariam o menor desembolso de recursos públicos. A consequência desse cenário é o conhecido “*mergulho de preços*”, com a escolha de propostas economicamente insustentáveis, com o consequente atraso de execução do objeto, pedidos de aditivos por reequilíbrio econômico-financeiro pouco tempo após a licitação, paralisia na prestação dos serviços, abandono e mais custos – inclusive – com novas licitações.

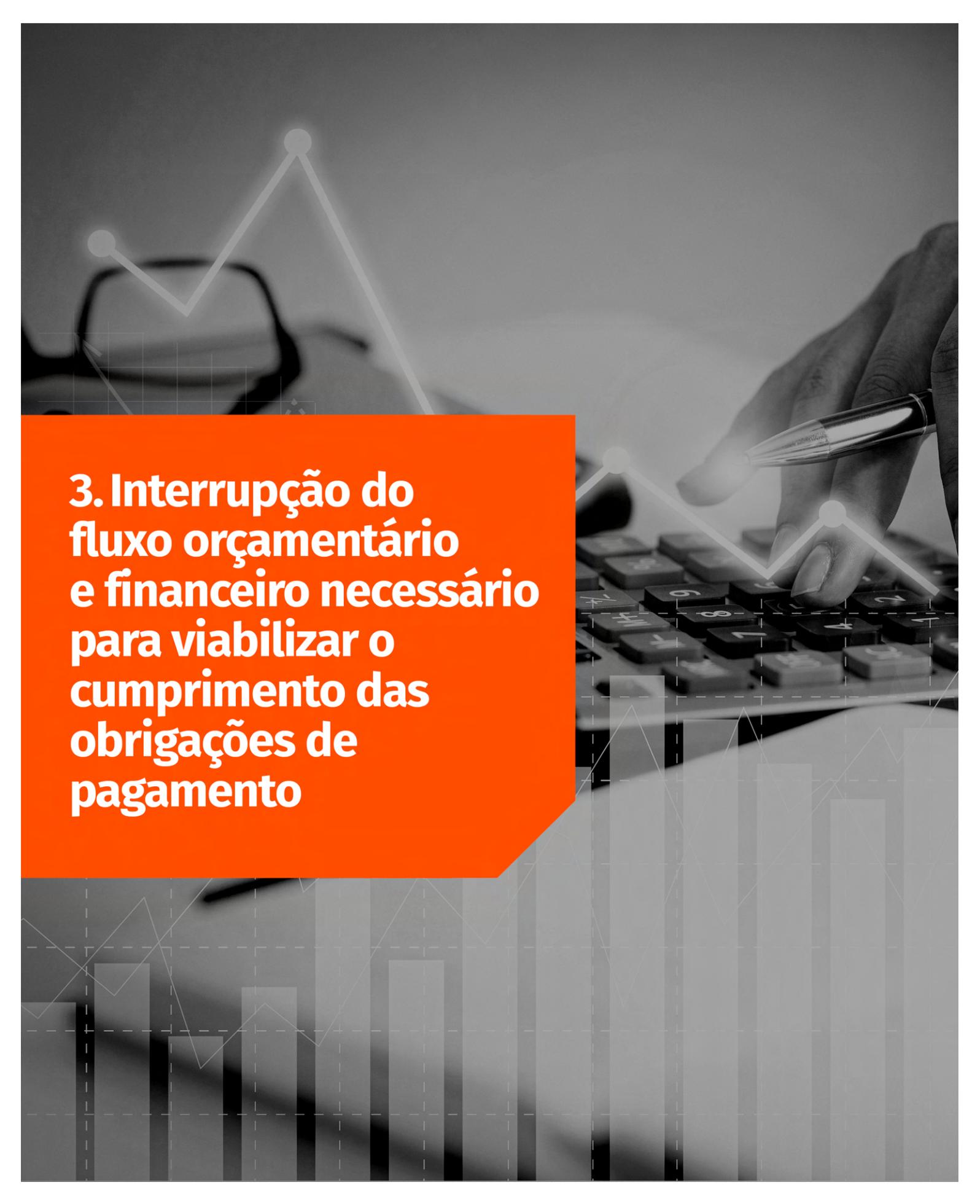
Como se terá ocasião de avançar adiante, a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21), embora tenha fixado, por exemplo, critério de exclusão sumária de propostas inexequíveis<sup>37</sup>, não estabeleceu metodologia objetiva de aferição da exequibilidade das propostas. Sendo assim, o risco é que o atual cenário de incertezas persista, com consequências para a paralisia de obras.

<sup>34</sup>Art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/93: “Art. 48. Serão desclassificadas: [...] II - propostas com *valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação*”.

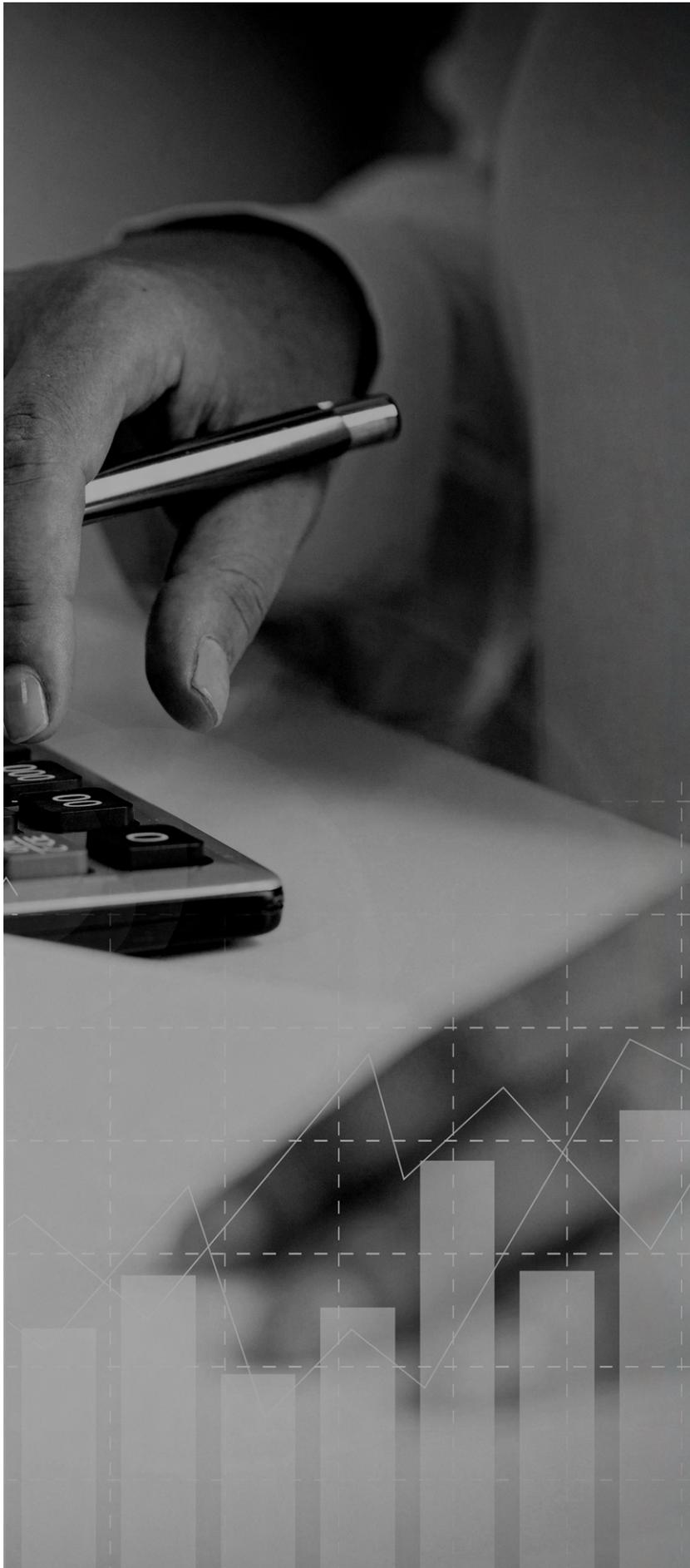
<sup>35</sup>Art. 48, § 1º, da Lei nº 8.666/93: “Art. 48. [...] § 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: a) *média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou b) valor orçado pela administração*”.

<sup>36</sup>TCU, Súmula nº 262/2010: “O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta”.

<sup>37</sup>Art. 59, § 4º, da Lei nº 14.133/21: “§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração”.



**3. Interrupção do  
fluxo orçamentário  
e financeiro necessário  
para viabilizar o  
cumprimento das  
obrigações de  
pagamento**



### 3. Interrupção do fluxo orçamentário e financeiro necessário para viabilizar o cumprimento das obrigações de pagamento

Um dos fatores determinantes na paralisação de obras públicas reside sobre um desafio crônico das contratações públicas brasileiras: as possíveis intercorrências no fluxo financeiro e orçamentário dos pagamentos a serem realizados para os contratados pelos serviços prestados. Essas intercorrências acabam por implicar o inadimplemento das obrigações pela Administração Pública contratante, uma das principais causas para a suspensão da execução da obra pelo particular contratado.

#### 3.1. Diagnóstico sobre as causas subjacentes à interrupção do fluxo orçamentário e financeiro

Os primeiros levantamentos do Tribunal de Contas da União sobre o diagnóstico de obras inacabadas realizadas já demonstravam que as intercorrências com o fluxo orçamentário e financeiro dos pagamentos consistiam em um dos principais entraves à execução de obras públicas no Brasil. Em 2007, por meio do Acórdão nº 1.188, as unidades técnicas e o Plenário do TCU destacaram que, na amostra analisada, os problemas financeiros e orçamentários eram a principal razão de as obras estarem inconclusas – fato reconhecido pelos próprios gestores públicos abordados no levantamento<sup>38</sup>.

As causas para essas superveniências decorrem da própria fragilidade do sistema de alocação de recursos públicos e de execução financeira das obras. Os problemas são identificados desde o processo de elaboração do orçamento pelo Poder Legislativo – que, por vezes, pode enfrentar problemas no descasamento entre a demanda dos órgãos interessados e a disponibilidade de recursos orçamentários para satisfação dessas demandas – até a própria execução desse orçamento ao longo do contrato de obra pública. Nesse sentido, é bastante usual que empreendimentos sejam iniciados sem uma avaliação precisa acerca da existência e da suficiência das dotações orçamentárias para a execução do projeto. Quando iniciadas, também é comum que o cronograma físico-financeiro da contratação não seja observado, sem o recebimento de valores mínimos necessários ao pagamento da contratada e à continuidade das obras – o que é motivado pela destinação dos recursos que deveriam estar afetados ao custeio do serviço para outras finalidades ou por eventuais contingenciamentos.

<sup>38</sup>Conforme trecho registrado no relatório do Acórdão nº 1.188/2007 do Plenário: “Ainda na fase de planejamento deste trabalho, durante as visitas aos Ministérios e entidades, todos associaram a ocorrência de obras inacabadas à grande quantidade de demandas existentes para a escassa quantidade de recursos disponíveis. Os próprios executores das despesas sabem que a maioria das obras é paralisada e interrompida porque não chega recurso suficiente para que ela comece e acabe no tempo certo. Não é nenhuma surpresa concluir que a principal razão das obras da amostra analisada neste trabalho estarem inconclusas seja decorrente de problemas orçamentários e financeiros”.

Parcela significativa desses problemas se deve à inexistência de um regramento específico na legislação sobre como se deve processar o orçamento da contratação e torná-lo vinculante para a Administração Pública. Embora, sob a égide da Lei nº 8.666/93, alguns dispositivos destacassem a necessidade de indicação dos recursos orçamentários necessários ao pagamento das obrigações contratuais, não havia uma garantia do fluxo desses recursos ao longo da execução contratual. Assim, ainda que a fonte orçamentária tenha sido indicada, não haveria qualquer mecanismo assecuratório da sua existência ou da sua vinculação ao pagamento das contratadas<sup>39</sup>.

Nesse contexto, as próprias contratadas acabam arcando com parcela significativa dos prejuízos decorrentes da inexistência de um fluxo financeiro e orçamentário adequadamente instituído pela Administração contratante. Sem uma composição segura de recursos orçamentários para a execução dos serviços, as etapas das obras podem ser autorizadas pela Administração Pública sem que haja uma verba especificamente vinculada para o seu cumprimento – na prática, as contratadas são compelidas a realizar as atividades independentemente da existência de recursos para a sua remuneração. À luz da Lei nº 8.666/93, a empresa apenas ficaria autorizada a suspender a execução das obrigações após 90 (noventa) dias de atrasos nos pagamentos devidos pela administração (art. 78, XV)<sup>40</sup>.

A resolução da adversidade enfrentada passa, necessariamente, pela garantia de um fluxo orçamentário e financeiro contínuo, que atribua segurança jurídica aos contratados acerca dos valores devidos a título de contraprestação pelos serviços prestados.

### 3.2. (In)capacidade financeira de entes subnacionais na execução de obras com suporte do Governo Federal

Em paralelo ao desafio de se conferir um fluxo financeiro e orçamentário adequado para as contratações públicas, há, também, o problema relativo à incapacidade financeira de Estados e Municípios arcarem com suas contrapartidas na execução de obras que contam com suporte do Governo Federal.

No âmbito das relações entre os entes federativos, é usual que a União realize transferências de recursos públicos a entes subnacionais, mediante convênios ou contratos de repasse – atualmente regidos pelo Decreto nº 11.531/23 –, para a execução de projetos que sejam de interesse recíproco dos interessados, em regime de mútua colaboração. Em compensação ao suporte fornecido pela União, são previstas contrapartidas que devem ser assumidas por Estados e Municípios, para que as obras sejam devidamente regularizadas.

<sup>39</sup>FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. Obras públicas inacabadas e seguro-garantia: qual a sua importância e o que esperar da nova Lei de Licitações. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 87-127, out./dez. 2020.

<sup>40</sup>Art. 78, inciso XV, da Lei nº 8.666/93: “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

Ocorre que uma das principais causas de paralisações em obras parcial ou integralmente financiadas com recursos públicos federais consiste na falha dos tomadores de recursos – Estados ou Municípios – em cumprir com as contrapartidas previstas nos convênios e nos contratos de repasse. No Acórdão nº 1.079/2019, o Plenário do TCU identificou uma omissão reiterada dos tomadores em contribuírem com as parcelas de colaboração financeira previstas para o projeto, ocasionada, especialmente, por deficiências no planejamento dos interessados. De acordo com o levantamento realizado pelo TCU, as falhas envolvem seleção precária dos empreendimentos que contarão com o suporte financeiro da União, com números que não espelham os valores necessários para a execução do objeto, bem como grande lacuna de tempo entre a assinatura do instrumento e o início de execução da obra.

Outro problema está na paralisação forçada de obras públicas financiadas com recursos federais pelos gestores públicos locais. Em pesquisa realizada pela CBIC em 2019 sobre o tema, identificou-se uma recorrente situação: notando que, em momento próximo ao término da obra, seriam pressionados a arcar com novas despesas para a entrada do empreendimento em operação – como, por exemplo, a contratação de equipamentos, mobiliário e pessoal –, os gestores públicos locais determinavam a suspensão do seu andamento. Assim, obras imprescindíveis como unidades básicas de saúde, hospitais e escolas eram paralisadas pela inexistência de recursos específicos para tornar o projeto operacional.

Ademais, também há problemas na execução do orçamento da contratação – em especial, no que se refere às emendas parlamentares. É usual que as emendas parlamentares responsáveis pela destinação de recursos à execução de obras em Estados e Municípios aloquem apenas parcela dos valores necessários, ensejando interrupções ao longo da execução das etapas do contrato.

Diante desse cenário, para se evitar que haja contratempos no cumprimento das obrigações pelos tomadores dos recursos, é fundamental a delimitação de mecanismos que permitam a aferição da sua capacidade financeira para tornar o empreendimento operacional. Atualmente, não há mecanismos de verificação suficientes que confirmem segurança quanto à alocação dos recursos públicos pelos Estados ou Municípios necessários à execução da obra contratada. Nesse sentido, o próprio Tribunal de Contas da União apresentou recomendações para que houvesse aperfeiçoamentos nos controles e nos mecanismos utilizados para aferição da capacidade dos entes subnacionais, evitando que paralisações decorram de um planejamento inadequado ou da seleção de projetos que não se mostrem sustentáveis até o término do cronograma físico-financeiro do contrato.

### 3.3. Mecanismos que garantam a reserva de liquidez para viabilizar as obrigações de pagamento

Diante das adversidades enfrentadas pela Administração Pública na instituição de um fluxo financeiro e orçamentário adequado – seja nas contratações por ela conduzidas, seja em contratações que contem com transferência de recursos entre entes de diferentes níveis federativos –, a resolução do problema perpassa pela constituição de mecanismos garantidores dos pagamentos públicos, com a criação de reservas de liquidez necessárias ao cumprimento das obrigações.

A instituição de reservas de liquidez consistiria em efetivar concretamente a vinculação necessária dos recursos do orçamento público à execução financeira do contrato. Por meio do referido mecanismo, os recursos estariam exclusivamente vinculados ao pagamento do contratado, impossibilitando que a administração aloque os recursos para outras finalidades. Com a reserva de liquidez, a probabilidade de inadimplemento público é significativamente reduzida – o que também reduz o risco de paralisação da obra por iniciativa do contratado prevista no art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, a medida tende a mitigar uma das principais origens do problema de paralisação de obras e, ainda, teria potencial de gerar drástica redução nos custos de transação em contratos de obra pública. Com a segurança de que os recursos públicos estarão integralmente afetados ao pagamento das obrigações contratuais, com mitigação do risco de inadimplemento público, as licitantes tendem a apresentar propostas mais vantajosas à Administração Pública.

Exemplo de mecanismo de instituição de reserva de liquidez constava do Projeto de Lei que deu origem à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21). Na redação original do art. 115, § 2º, aprovada pelo Congresso Nacional, o Projeto da Nova Lei estabelecia que, nas contratações de obras públicas, a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa seria obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada. O § 3º do mesmo artigo estipulava, ainda, uma segurança adicional: os valores depositados na conta vinculada seriam absolutamente impenhoráveis.

O principal objetivo da redação original do § 2º estava em mitigar o risco de paralisação das obras por descontinuidade do fluxo financeiro entre as etapas de cada contrato. Diferentemente da sistemática da Lei nº 8.666/93 – que era omissa sobre o tema –, o Projeto da Nova Lei exigia que o início de cada etapa fosse necessariamente precedido da disponibilização dos recursos necessários ao pagamento pela sua execução. Assim, outorgava-se segurança à contratada de que as atividades, caso executadas, seriam devidas e integralmente remuneradas, reduzindo a probabilidade de suspensão das atividades por inadimplemento das obrigações de pagamento durante a execução de determinada etapa da obra. Por sua vez, não estando os recursos devidamente depositados na conta vinculada, a ordem de serviço sequer seria expedida, evitando que a contratada fosse forçada a incorrer com custos desnecessários para a mobilização de pessoal e/ou de equipamentos.

No entanto, ao momento da sanção da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o dispositivo foi vetado por recomendação da Controladoria-Geral da União e dos Ministérios de Infraestrutura e da Economia, por inviabilizar “remanejamentos financeiros que possam se mostrar necessários ou mesmo para atender demandas urgentes e inesperadas”. Com o veto, restou apenas uma genérica menção, no art. 142 da Lei nº 14.133/21, à possibilidade de pagamento da contratada por meio de conta vinculada, sem qualquer detalhamento quanto à obrigatoriedade da sua constituição e à necessidade de depósito de recursos previamente ao início dos trabalhos<sup>41</sup>.

As razões que sustentaram o veto não procedem. A reserva de recursos, nos termos do dispositivo vetado, não seria apta para impedir o atendimento de demandas urgentes e inesperadas – a vinculação estaria associada apenas à execução da etapa da obra. A indisponibilidade, portanto, estaria limitada ao tempo da implementação de cada etapa da execução do contrato, impedindo a descontinuidade do fluxo financeiro entre uma e outra atividade a ser executada pela contratada<sup>42</sup>.

Foi perdida uma grande oportunidade para endereçar uma das principais causas de paralisação de obras. A medida teria o potencial de reduzir drasticamente as possíveis interrupções no fluxo financeiro e orçamentário, trazendo segurança à continuidade das obras e permitindo contratações mais vantajosas para a própria Administração Pública. Nesse sentido, é recomendável que sejam feitos aprimoramentos à Nova Lei para resgatar a sistemática que foi objeto de veto presidencial, conforme se sugere ao final do presente material.

<sup>41</sup>Art. 142 da Lei nº 14.133/21: “Art. 142. Disposição expressa no edital ou no contrato poderá prever pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador”.

<sup>42</sup>Conforme artigo “O que obras públicas paralisadas têm a ver com vetos à nova lei de licitações?”, elaborado por Fernando Vernalha Guimarães para a CBIC. Disponível em: <<https://cbic.org.br/artigo-o-que-obras-publicas-paralisadas-tem-a-ver-com-vetos-a-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.





**4. Outros problemas  
que contribuem para  
o risco de interrupção  
na execução de obras**

## 4. Outros problemas que contribuem para o risco de interrupção na execução de obras

Para além dos problemas referentes à reduzida qualidade dos projetos de engenharia, à inexecução por culpa do contratado ou por interrupções do fluxo financeiro e orçamentário da contratação, há outras causas que contribuem para o estado de paralisia de obras públicas vigente no país. O presente trabalho reúne 4 (quatro) dessas outras categorias de causas:

- a) Entraves em processos de desapropriação e de licenciamento ambiental;
- b) A existência de limites jurídicos rígidos para a alteração do objeto contratual;
- c) A incapacidade da Administração Pública em processar os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro adequadamente; e
- d) Interrupções determinadas pelos órgãos de controle.

### 4.1. Entraves em processos de desapropriação e de licenciamento ambiental

Sob a vigência da Lei nº 8.666/93, em regra, as contratações de obras públicas deveriam ser precedidas de uma série de diligências pela Administração Pública. Embora a disciplina legal fosse omissa a respeito do tema, as boas práticas exigiam que, previamente às contratações, a Administração Pública obtivesse as licenças ambientais necessárias à execução da obra e adotasse todas as providências cabíveis para que a área do empreendimento estivesse devidamente regularizada, com emissão e promoção dos atos expropriatórios.

No entanto, por não contar com um regramento legal ou regulamentar específico, não eram incomuns as contratações realizadas pela Administração Pública sem prévia obtenção do licenciamento ambiental ou sem a concretização dos atos necessários à desapropriação da área em que a obra seria executada. Nesses casos, os gestores públicos responsáveis pela contratação eram incentivados a adotar todas as providências cabíveis apenas após o processo licitatório e a assinatura do contrato, postergando o início da execução das obras ou suspendendo o seu andamento por não estarem preenchidos todas as formalidades exigidas para o processo. Esse cenário é agravado pela morosidade dos processos de desapropriação e de licenciamento ambiental, que prolongam a paralisação da obra e, como consequência, incrementam os custos para a sua futura retomada.

Embora em menor dimensão comparativamente a outras razões – devidamente abordadas no presente material –, o próprio Tribunal de Contas da União também reconheceu os problemas nos processos expropriatórios e de licenciamento ambiental como possíveis causas de paralisação de obras em seu Acórdão nº 1.079/2019. O cenário era facilitado diante da ausência de uma disciplina normativa que tratasse desses processos no âmbito das contratações públicas.

Nesse sentido, alguns avanços foram observados na disciplina conferida pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), que tentou retirar alguns dos entraves ao possibilitar a alocação de determinadas responsabilidades relativas à desapropriação ou ao licenciamento ambiental para o contratado. O tema é analisado na seção adiante do presente material.

## 4.2. Limites rígidos para a alteração do objeto do contrato

Dos componentes essenciais de um contrato, destaca-se o objeto, que deverá vir acompanhado dos seus correlatos elementos descritivos<sup>43</sup>. É a partir dele que devem ser fixadas as obrigações das partes contratantes – no caso dos contratos administrativos, poder público e particulares. Boa parte da definição do objeto ocorre na fase preparatória da licitação, isto é, de planejamento, com o seu espelhamento, a depender do caso, no termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo<sup>44</sup>.

Sob o regime da Lei nº 8.666/93 (art. 65, § 1º)<sup>45</sup>, os órgãos de controle – em especial, o TCU – fixaram o entendimento conservador de que eventuais aumentos e supressões deveriam ser regidos por interpretação restritiva da cláusula dos 25% (vinte e cinco por cento), segundo a qual o objeto de um contrato administrativo de obras e serviços de engenharia apenas poderia ser aditado dentro desse percentual.

Como consequência desse entendimento, os gestores públicos apresentam receio de realizarem alterações em desconformidade com a orientação dos órgãos de controle, sofrendo eventual responsabilização por planejamento inadequado da contratação. A título de exemplo do que se comenta, em um caso concreto, no Acórdão nº 749/2010 do Plenário do TCU<sup>46</sup>, as mudanças pretendidas pelo DNIT em projeto rodoviário foram consideradas incompatíveis com o regime da Lei nº 8.666/93 (art. 6º, inciso IX e art. 7º, inciso I)<sup>47</sup>. No caso, o TCU entendeu que as mudanças pretendidas causariam desvirtuamento do objeto. Além disso, o órgão reiterou a impossibilidade de serem compensadas “supressões” e “inclusões” contratuais – o que, na sua leitura, poderia permitir modificações no objeto do contrato.

<sup>43</sup>A Lei nº 14.133/21 reconheceu a importância da delimitação do objeto como cláusula essencial do contrato: “Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos”

<sup>44</sup>Art. 18 da Lei nº 14.133/21: “Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; § 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos”.

<sup>45</sup>Art. 76, § 1º, da Lei nº 8.666/93: “Art. 65 [...] § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.

<sup>46</sup>TCU, Acórdão nº 749/2010, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, julgado em 14 de abril de 2010.

Cumprir lembrar que o próprio TCU possui entendimento (Decisão nº 215/1999-TCU-Plenário)<sup>48</sup> que reconhece a possibilidade excepcional de alteração do objeto do contrato para além dos limites fixados em lei, na hipótese de, cumulativamente estarem preenchidos os seguintes requisitos:

- Não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
- Não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;
- Decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;
- Não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;
- Ser necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; e
- Demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

O permissivo apresentado pelo TCU, porém, é bastante impreciso e não traz segurança jurídica. Ao tratar do tema, a Lei nº 14.133/21 não trouxe avanços significativos neste aspecto, criando incentivos aos gestores públicos para uma interpretação restritiva da alterabilidade do objeto dos contratos. Ajustes de percurso, inclusive à vista do interesse público e de análises concretas das condições iniciais de contratação, encontram baixa aceitabilidade no atual cenário de contratações.

Vale acrescentar que, no caso da adoção dos regimes de contratação integrada (em que há a contratação da execução da obra e a elaboração dos projetos básico e executivo e demais serviços de montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias para a entrega final do objeto) ou semi-integrada (o poder público se responsabiliza pela elaboração do projeto básico, devendo o contratado desenvolver o projeto executivo e executar obras e serviços de engenharia e todo o remanescente que seja necessário para a conclusão do objeto), a Lei nº 14.133/21 veda expressamente a alteração dos valores contratuais.

<sup>47</sup>Art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93: “IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: [...]”; Art. 7º da Lei nº 8.666/93 “As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: I - projeto básico”.

<sup>48</sup>Apud TCU, Acórdão nº 749/2010, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, julgado em 14 de abril de 2010.

As exceções ficam por conta: (1) do reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em virtude de força maior ou de caso fortuito; (2) da necessidade de se alterar o projeto ou as especificações, a pedido da administração, para a devida adequação técnica aos objetivos da contratação, desde que não originária de erros ou omissões por parte do contratado, com obediência aos limites previstos no art. 125 da Lei<sup>49</sup>; e (3) da necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, em face de prévia autorização da Administração, demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação – caso em que o contratado assumirá a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico (art. 133 c/c art. 46, § 5)<sup>50</sup>.

Sendo assim, há o risco de que eventuais modificações nos projetos iniciais (o que impactaria na definição do objeto) sejam confundidas com “falhas de projeto”, caso que dará margem à penalização do responsável técnico pelas obras e serviços<sup>51</sup>. Além disso, os patamares previstos na Lei nº 14.133/21 continuam rígidos (reproduzindo, em boa medida, a velha sistemática da Lei nº 8.666/93): no caso das alterações unilaterais de obras, serviços e compras, os acréscimos e supressões podem ser de até 25% (vinte e cinco por cento), enquanto que, na reforma de edifício ou equipamento, o limite será de 50% (cinquenta por cento) (Art. 125)<sup>52</sup>.

Tendo em vista tal cenário, muitas vezes, proibida de fazer correções no objeto da contratação, independentemente da existência ou não de culpa dos gestores ou dos contratados, a Administração acaba sendo compelida a rescindir o contrato e a promover nova licitação. Consequência disso é a ampliação da paralisia dos projetos, acarretando custos diretos e indiretos para a administração e para a sociedade.

### 4.3. (In)capacidade da Administração Pública em processar pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos

O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos é garantia constitucional (art. 37, XXI, da Constituição)<sup>53</sup>, de modo que as condições da proposta deverão ser mantidas ao longo da contratação, sob risco de se onerar uma das partes em demasia. Eventos recentes, como a pandemia pela COVID-19<sup>54</sup>, recolocaram a importância de se estabelecer procedimentos objetivos e céleres para a recomposição da equação econômico-financeira dos contratos de obras e serviços de engenharia. Vale lembrar que insumos cruciais para o setor de construção – como PVC, aço e cimento – sofreram significativos aumentos nos períodos recentes.

<sup>49</sup>Art. 125 da Lei nº 14.133/21: “Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento)”.

<sup>50</sup>Art. 46, § 5º, da Lei nº 14.133/21: “Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: [...] § 5º Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico”.

<sup>51</sup>Art. 124, § 1º, da Lei 14.133/21: “§ 1º Se forem decorrentes de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia ensejarão apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração”.

<sup>52</sup>Art. 125 da Lei nº 14.133/21: “Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento)”.

Originalmente, o tema havia sido tratado pelo art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93<sup>55</sup>, assim como pelo art. 81, inciso VI, da Lei nº 13.303/16 para as contratações realizadas por empresas estatais<sup>56</sup>. A ideia consagrada por tais dispositivos é a de que os riscos devem ser alocados à responsabilidade da parte com mais condições para gerenciá-los. Por isso, usualmente, a Administração Pública acaba ficando responsável pelos eventos extraordinários que tenham o potencial de desequilibrar a equação do contrato. Em regra, a álea extraordinária ou de caso fortuito ou força maior deve ser alocada à responsabilidade da Administração. Embora tais normas sejam de suma relevância para a compreensão do tema, a legislação deixa de especificar, com mais detalhes, os requisitos e ritos que deverão ser cumpridos para atendimento das demandas de reequilíbrio apresentadas pelos contratados.

Em relação à metodologia para aferição dos desequilíbrios contratuais, uma série de incertezas rondavam, e ainda rondam, o tema – como aquela relacionada à contundência necessária ou à repercussão financeira dos aumentos na esfera dos particulares para ensejar o reequilíbrio do contrato. Embora os Tribunais de Contas venham acolhendo orientações que fortalecem a segurança jurídica dos particulares, tem sido necessário repisar, com alguma frequência, por exemplo, a desnecessidade de o aumento dos insumos causar “onerosidade excessiva” para o particular, bastando que fique claro que a variação no preço tenha sido capaz de exceder a recomposição inflacionária (expectativa inflacionária e os índices de recomposição inflacionária porventura previstos em contrato)<sup>57</sup>.

Tem contribuído para esse cenário de incertezas e de morosidade no processamento dos pleitos de reequilíbrio a falta de previsão regular de matriz de risco nos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia. A matriz de risco, se bem detalhada, clara e objetiva, tem o potencial de ser a projeção mais palpável do equilíbrio econômico-financeiro das contratações e gerar previsibilidade aos envolvidos. Repartições dos riscos com o referido feitiço trazem maior segurança jurídica às partes de um contrato, já que poderão, desde a proposta, indicar as esferas de gerenciamento a cargo de cada contratante. Além disso, se o gestor dispõe de matriz de risco que fundamenta a interpretação de pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, poderá

<sup>53</sup>Art. 37, inciso XXI, da Constituição: “[...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

<sup>54</sup>Advocacia Geral da União, Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU.

<sup>55</sup>Art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93: “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

<sup>56</sup>Art. 81, inciso VI, da Lei nº 8.666/93: “Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos: [...] VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

<sup>57</sup>Sempre oportuno lembrar que, com a finalidade de demonstrar a variação extraordinária, deve-se comprovar os referenciais de preços vigentes ao momento do adimplemento de cada parcela.

acatá-lo ou negá-lo com menos receio, uma vez que as previsões contratuais operam como referencial objetivo (verdadeiro “espelho de correção”) para suas decisões.

Para além das imprecisões na metodologia, a Lei nº 8.666/93 não estabelecia – e, como veremos adiante, ainda não estabelece com a Lei nº 14.133/21 – procedimentos objetivos para os particulares processarem seus pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro perante o poder público, deixando margem para regulamentações setoriais, contratuais e regionais esporádicas e potencialmente diversas. Não há, nesses diplomas legais, por exemplo, referência ao tempo que a Administração dispõe para decidir em cada caso concreto, o que pode provocar graves transtornos ao fluxo de caixa das contratadas. No mais, o temor de decidir de maneira descasada com as orientações dos órgãos de controle (como os Tribunais de Contas e o Ministério Público) tem dado margem ao fenômeno de “apagão das canetas” no âmbito dos pedidos de reequilíbrio – cenário em que a sua resolução é postergada, ao máximo, pelos gestores públicos, que temem sofrer algum tipo de penalidade por reconhecer os pleitos dos contratados.

## 4.4. Interrupções determinadas ou recomendadas pelos órgãos de controle

Também contribui para a paralisação de obras públicas o cenário multifacetado de controles exercidos por diferentes entidades, com competência legal para recomendar ou determinar a interrupção dessas obras.

Um dos principais órgãos de controle com competência para a fiscalização das contratações públicas são os Tribunais de Contas, incumbidos de fiscalizar a aplicação dos recursos públicos por parte das entidades governamentais e de realizar a análise da legalidade, economicidade, eficiência e eficácia dos gastos públicos.

No âmbito das contratações públicas, tem sido cada vez mais recorrente a tomada de decisões pelos Tribunais de Contas recomendando a paralisação de obras por irregularidades verificadas durante a execução contratual ou identificadas no próprio processo licitatório que precedeu a contratação – como eventual superfaturamento, por exemplo. Ainda que a extensão do poder para determinar a suspensão de obras públicas seja objeto de amplo debate, é notório que os gestores públicos responsáveis pela contratação tendem a acolher eventuais recomendações dos Tribunais de Contas por receio de uma responsabilização pessoal por eventuais danos ao erário. Nesse sentido, o administrador público opta por suspender o andamento dos contratos e/ou postergar o processo de tomada de decisão, em fenômeno usualmente denominado de “apagão das canetas”.

O Poder Judiciário, como a última instância de controle e resolução de conflitos, também consiste em autoridade com competência para determinar a interrupção ou suspensão de obras públicas por provocação de entidades legitimadas – como o Ministério Público – ou de terceiros, mediante instrumentos específicos – como o ajuizamento de ações populares para proteção do patrimônio público, por exemplo. Nesse sentido, a existência de uma legitimação ampla para propositura de medidas judiciais, conjugada a partir da utilização de fundamentos jurídicos dotados de generalidade e de abstração – como o princípio da eficiência ou o princípio da moralidade – podem conduzir a um cenário de grande intervenção do Poder Judiciário sobre as contratações, resultando em determinações que impõem a interrupção de obras públicas em andamento.

Face a esse cenário, embora a atuação de órgãos de controle na fiscalização de obras públicas seja imprescindível para assegurar a legalidade, a transparência e a eficiência das contratações, é necessário que as suas recomendações e/ou determinações sejam emanadas com racionalidade, compreendendo as circunstâncias técnicas enfrentadas na execução das obras públicas e com deferência à discricionariedade do gestor público. Nesse contexto, as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – que exigem a consideração das consequências práticas da decisão e os desafios enfrentados pelos agentes públicos<sup>58</sup> – podem ser interessantes parâmetros para encontrar o equilíbrio entre a necessidade de fiscalização das obras públicas e a necessidade de sua devida e tempestiva execução pela Administração Pública.

Paralelamente às disposições da LINDB, a Lei nº 14.133/21 também trouxe importantes parâmetros que devem ser observados pela Administração ou pelos órgãos de controle na decisão de suspensão ou de declaração de nulidade de um contrato, caso constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual. Dentre outros aspectos, o art. 147 impõe que sejam obrigatoriamente avaliados elementos como: (i) os impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; (ii) os riscos sociais, ambientais e a segurança da população local decorrentes desse atraso; (iii) despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; e (iv) custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas. A estipulação desses critérios que obrigam o órgão de controle a avaliar as circunstâncias em que a contratação está inserida tende a reduzir intervenções excessivas e manter o status de paralisação de obras públicas sob controle<sup>59</sup>.



<sup>58</sup>Conforme arts. 20 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [...] Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

<sup>59</sup>Em texto denominado “Consequencialismo para recursos públicos”, o presidente da Coinfra/CBIC Carlos Eduardo Lima Jorge destaca a importância do paradigma consequencialista assumido pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos em seu art. 147. Disponível em: <<https://cbic.org.br/artigo-consequencialismo-para-recursos-publicos>>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

# UMA ANÁLISE CRÍTICA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI Nº 14.133/21) E DAS SUAS CONTRIBUIÇÕES SOBRE A PARALISAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS

Com o objetivo de atualizar a legislação de contratações públicas, condensando as novidades que foram apresentadas após a edição da Lei nº 8.666/93 e trazendo outras inovações que não constavam da legislação anterior, foi editada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21). A referida Lei contempla um detalhamento ainda mais exaustivo do que a Lei nº 8.666/93, com inúmeros temas a serem regulamentados por decretos do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta desafios e oportunidades na temática da paralisação de obras públicas. Há uma série de mecanismos que foram instituídos ou aperfeiçoados em relação à legislação anterior com o objetivo de destravar obras públicas paralisadas, criando um fluxo contratual de obrigações mais eficiente e fluído. Por outro lado, a Nova Lei, visando atender outros objetivos igualmente legítimos, também estabelece mecanismos que podem criar desafios à execução contratual, exigindo aprimoramentos e adequações.

Por essa razão, a presente seção pretende tecer uma análise crítica sobre a Nova Lei de Licitações à luz da temática abordada no presente material, avaliando como as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21 criam soluções – ou novos desafios – à paralisação das obras públicas e os possíveis aprimoramentos que poderiam ser implementados. Ao final da seção, o presente material contempla propostas de atualização legislativa da Nova Lei para endereçamento dos principais temas.

## 1. A relativização da preponderância do aspecto técnico em detrimento do aspecto econômico: a contratação mais vantajosa e o ciclo de vida do objeto

Embora ainda contemple o menor preço como um dos possíveis critérios de julgamento<sup>60</sup>, a Lei nº 14.133/21 reforça a necessidade de as contratações se atentarem à qualidade do serviço ou do bem a ser adquirido pela Administração. Em suas diretrizes, a Nova Lei tenta romper com os incentivos à cultura do “menor preço” construída sob a Lei nº 8.666/93 – ainda que a legislação anterior não o estabelecesse como o único critério ou como critério preferencial em relação aos demais. Exemplo do que se comenta reside sobre o art. 11, inciso I, da Nova Lei, que registra que o objetivo do processo licitatório está em obter o resultado mais vantajoso para a Administração, “inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”.

<sup>60</sup>Conforme art. 33, inciso I, da Lei nº 14.133/21: “Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios: [...] I - menor preço”.

Assim, ainda que o preço seja um elemento importante, a Nova Lei tenta inaugurar um novo paradigma para as contratações públicas – não basta a aquisição de uma obra, de um bem ou de um serviço ao menor valor nominal. As soluções contratadas devem apresentar qualidade suficiente para a durabilidade do bem adquirido, prestigiando a sustentabilidade da contratação a médio e a longo prazo. A contratação mais vantajosa não traduz tão somente a análise do preço, mas também implica o exame sobre a qualidade do bem, a segurança na sua execução, o tempo necessário para a conclusão dos projetos, os custos de transação envolvidos, entre diversos outros fatores que deverão ser levados em consideração em cada caso.

O tema assume especial relevância na contratação de obras públicas. Não é incomum que obras sejam contratadas com preços de questionável exequibilidade, que acabam paralisadas pela perda das condições econômico-financeiras da contratada ou pelo atendimento insuficiente dos parâmetros técnicos exigidos pelo termo de referência.

Por essa razão, é imprescindível que a Administração também se utilize de outros parâmetros de contratação para a aquisição de obras ou serviços especiais de engenharia com elevada complexidade técnica, recorrendo, por exemplo, à utilização do critério “técnica e preço” para assegurar a qualidade do empreendimento que será executado – desde que os pressupostos à utilização do critério estejam devidamente materializados<sup>61</sup>.

## 2. A disciplina sobre os critérios de seleção e os modos de disputa voltados a regular licitações de obras e serviços de engenharia

Ao tratar dos modos de disputa nas licitações de obras e serviços de engenharia, a Lei nº 14.133/21 trouxe incertezas e desafios: por um lado, proibiu o uso do pregão para a contratação de obras e serviços especializados de engenharia (art. 29, parágrafo único)<sup>62</sup>; de outro, porém, vedou a utilização do modelo de disputas fechado se o critério de escolha da licitante for o menor preço ou maior desconto (art. 56, § 1º)<sup>63</sup>.

<sup>61</sup>Nos termos do art. 36, § 1º, inciso IV, da Lei nº 14.133/21, o critério “técnica e preço” pode ser utilizada quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação da qualidade técnica das propostas forem relevantes aos objetivos buscados pela Administração nas licitações para contratação de obras e serviços especiais de engenharia: “Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta. § 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de: [...] IV - obras e serviços especiais de engenharia”. Nos termos do art. 6º, inciso XXI, alíneas “a” e “b” da Lei nº 14.133/21, serviços especiais de engenharia são aqueles cuja complexidade não é objetivamente padronizável em termos de desempenho e qualidade.

<sup>62</sup>Art. 29 da Lei nº 14.133/21: “Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei”.

<sup>63</sup>Art. 56 da Lei nº 14.133/21: “Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente: I - aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes; II - fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação. § 1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto”.

Aqui, há uma verdadeira “antinomia” entre as premissas adotadas pela Nova Lei – ou seja, uma verdadeira contradição entre os espíritos que devem guiar a interpretação da Lei. Ora, se com a vedação ao uso do pregão nas contratações de obras e serviços de engenharia pretendia-se superar o modo aberto de disputas, altamente propenso ao “mergulho de preços”, a vedação ao uso do modo fechado de disputas, nos casos apresentadas pela Lei, parece ser claramente inapropriada<sup>64</sup>.

De fato, tendo em vista uma nova mentalidade para os critérios de seleção, a Nova Lei procurou estabelecer importantes orientações e alternativas para os gestores públicos.

Primeiramente, conforme visto no item anterior, segundo o art. 11, inciso I<sup>65</sup>, a licitação deverá assegurar a seleção da proposta capaz de gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública – à vista, inclusive, do ciclo de vida do objeto. Sendo assim, verifica-se que a vantajosidade não incorpora apenas a questão do menor dispêndio para a Administração, mas, pauta-se, entre outros aspectos, pela qualidade dos bens, pela segurança na execução dos objetos do contrato, pelo tempo indispensável para a conclusão e pelos custos de transação envolvidos.

Além disso, a Nova Lei previu importante sistemática para o tema da pré-qualificação – procedimento de seleção anterior à licitação, efetuado por meio de convocação via edital, com o objetivo de análise prévia dos requisitos de habilitação, no todo ou em parte, dos interessados no certame ou do objeto a ser contratado (art. 6º, inciso XLIV)<sup>66</sup>. Vê-se que este é instrumento importantíssimo no auxílio dos procedimentos de contratação (art. 78, inciso II)<sup>67</sup>, com a finalidade de incrementar o planejamento dos projetos públicos e possibilitar que a disputa de preços se dê entre competidores qualificados, dotados de know-how, experiência, e estrutura necessários à execução do objeto. Caso adotado o procedimento de pré-qualificação, a licitação que ocorrer na sequência poderá se circunscrever aos licitantes pré-qualificados, o que tende a garantir maior controle de qualidade na disputa por parte da Administração<sup>68</sup>.

Nessa linha, além da previsão de patamares de inexecutabilidade, a Nova Lei trouxe exigência de que o licitante vencedor cuja proposta seja inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este e a proposta (art. 59, §5º), preste garantia adicional. Exige-se, assim, que, na hipótese de ser realizada oferta mais ousada, a licitante subsidie o Estado com garantias adicionais, evitando a apresentação de propostas de baixa sustentabilidade econômico-financeira.

<sup>64</sup>Problema reconhecido por Angélica Petian em texto “O mito do menor preço e o recorrente problema das obras paralisadas”, elaborado para a CBIC. Disponível em: <<https://cbic.org.br/artigo-o-mito-do-menor-preco-e-o-recorrente-problema-das-obras-paralisadas/>>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

<sup>65</sup>Art. 11 da Lei nº 14.133/21: “Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”.

<sup>66</sup>Art. 6º, inciso XLIV, da Lei nº 14.133/21: “Art. 6º [...] XLIV - pré-qualificação: procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto”.

<sup>67</sup>Art. 78, inciso II, da Lei nº 14.133/21: “Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei: [...] II - pré-qualificação”.

<sup>68</sup>Nesse sentido, destaca Angélica Petian em texto “O mito do menor preço e o recorrente problema das obras paralisadas”, elaborado para a CBIC. Disponível em: <<https://cbic.org.br/artigo-o-mito-do-menor-preco-e-o-recorrente-problema-das-obras-paralisadas/>>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

Apesar desses avanços, não há dúvidas de que, neste aspecto, haveria espaço para reforma na Lei, com vistas a proibir, peremptoriamente, o uso do modelo aberto de disputas nas contratações de obras e serviços especializados de engenharia. Sem mudanças na lógica do sistema de disputas, há risco de que os benefícios decorrentes das exigências previstas em lei sejam drasticamente reduzidos.

Com espírito similar ao exposto acima, destaca-se o Projeto de Lei nº 3.954/23, de autoria da Senadora Tereza Cristina, que visa alterar o art. 56 da Lei nº 14.133/21, de modo a tornar mais objetivo o conceito de “serviço especial de engenharia”, remetendo à definição da própria lei sobre a natureza de serviços técnicos especializados<sup>69</sup> (art. 6º, inciso XXI, “b”)<sup>70</sup>.

A proposta também procura vedar o uso do modelo aberto de disputas, mesmo pautados pelos critérios de julgamento pelo menor preço e maior desconto, para a contratação de serviços especializados de engenharia e obras que ultrapassem R\$ 1.500.000,00 (art. 56, §1º)<sup>71</sup>. Desse modo, objetiva-se evitar que projetos de grande vulto sejam licitados em modo aberto de disputa.

### 3. A qualidade e a responsabilidade pela elaboração dos projetos de engenharia na Nova Lei

A Nova Lei também apresenta novidades e desafios na temática sobre os projetos de engenharia – cuja baixa qualidade, como visto anteriormente, repercute como uma das principais causas de paralisação de obras públicas no Brasil.

A Lei nº 14.133/21 traz uma “novidade”<sup>72</sup> na forma de obtenção de estudos e projetos de engenharia pela Administração Pública. Para além da possibilidade de realização por seus próprios agentes ou da contratação de terceiros, a Nova Lei amplia o uso do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para recebimento de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras voltados à modelagem de contratações de obras públicas por qualquer ente da Administração Pública<sup>73</sup>

<sup>69</sup>Art. 6º, inciso XVIII, da Lei nº 14.133/21: Art. 6º: “XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a: a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias; d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso”.

<sup>70</sup>Projeto de Lei nº 3.954/23: “Art. 6º [...] XXI – [...] b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea “a” deste inciso, ou aquele que incluir trabalhos relativos a qualquer das disposições previstas no inciso XVIII do caput deste artigo”.

<sup>71</sup>Projeto de Lei nº 3.954/23: “Art. 56. [...] § 1o A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, exceto quando se tratar de licitações com valor estimado acima de R\$ 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil reais) para contratação de obras e serviços especiais de engenharia, que serão processadas sempre pelo modo de disputa fechado”.

<sup>72</sup>Anteriormente, o PMI estava limitado à modelagem de projetos de concessões e parcerias público-privadas (art. 21 da Lei nº 8.987/1995 c/c art. 31 da Lei nº 9.074/1995) e a contratações por empresas estatais (art. 31, § 4º, Lei nº 13.303/16).

<sup>73</sup>Art. 81 da Lei nº 14.133/21: “Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento”.

O Procedimento de Manifestação de Interesse consiste em um procedimento instaurado pela Administração Pública para obtenção de estudos de viabilidade, levantamento de dados e informações técnicas para a realização de determinado projeto. Por meio do PMI, as empresas interessadas são autorizadas a elaborar todos os documentos necessários à efetivação do projeto – estudos e minutas de edital, contrato e anexos – em prazo pré-determinado. Ao final do procedimento, a Administração deverá selecionar os estudos que comporão o processo licitatório, a partir dos critérios previamente estipulados em um edital de chamamento público.

O uso adequado do PMI pode incrementar a qualidade da modelagem das licitações e servir como importante ferramenta de auxílio aos entes administrativos, mitigando problemas relativos à qualidade dos projetos de engenharia que possam ocasionar a futura paralisação da obra.

Um ponto da Lei nº 14.133/21 que pode criar desafios na continuidade de obras públicas diz respeito à proibição do uso do modo de disputa fechado de forma isolada quando o critério consistir no menor preço ou maior desconto<sup>74</sup>. Nesse sentido, no caso de menor preço para a escolha de um projetista, ter-se-ia um estímulo a deságios agressivos que podem custar caro mais à frente, de modo que o uso do critério técnico se tornaria a única saída para evitar uma disputa aberta para esse tipo de objeto.

Por outro lado, no cenário de disputa de menor preço, um procedimento auxiliar que pode – e deve – ser explorado para a filtragem de licitantes capazes está no procedimento de pré-qualificação, abordado no subitem anterior, incrementando o planejamento dos projetos públicos e permitindo que a disputa de preços se dê entre competidores qualificados, com experiência, know-how e estrutura necessários à execução do objeto.

Por fim, conforme já abordado em passagens anteriores do presente material, a Lei nº 14.133/21 também avança no detalhamento da responsabilização do projetista por eventuais falhas constatadas nos projetos de engenharia, prevendo responsabilidade objetiva por eventuais danos (art. 140, § 5º)<sup>75</sup>.

<sup>74</sup>Conforme art. 56, § 1º, da Lei nº 14.133/21: “Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente: [...] §1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto”.

Art. 140, § 5º, da Lei nº 14.133/21: “Art. 140. O objeto do contrato será recebido: [...] § 5º Em se tratando de projeto de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o projetista ou o consultor da responsabilidade objetiva por todos os danos causados por falha de projeto”.



## 4. Garantias públicas e privadas de execução contratual

A Lei nº 14.133/21 trouxe importantes mudanças no que diz respeito às garantias de execução contratual a serem prestadas pelos privados. Em seu art. 96, § 1º, a Nova Lei preserva as três principais modalidades de garantias de execução contratual que já estavam previstas na Lei nº 8.666/93: (i) a caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; (ii) o seguro-garantia; e (iii) a fiança bancária. As inovações estão presentes em regras específicas sobre cada modalidade, e algumas delas podem causar importantes impactos no cenário de paralisação de obras públicas.

Uma das principais novidades da Lei nº 14.133/21 na temática das garantias de execução está na possibilidade de exigência de seguro-garantia com cláusula de retomada em contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto<sup>76</sup> Prevista nos arts. 99 e 102<sup>77</sup> a cláusula de retomada consiste em uma disposição que permite que a seguradora, na hipótese de inadimplemento pelo contratado, seja obrigada a assumir a execução e a conclusão do objeto contratual. Para tanto, a seguradora terá livre acesso às instalações em que for executado o contrato, com direito de acompanhamento da sua execução e de solicitação de esclarecimentos. Caso acionada, na hipótese em que a seguradora executar o contrato integralmente no lugar da empresa originalmente contratada, estará isenta de pagar a importância segurada; caso contrário, pagará a integralidade do valor.

A utilização do seguro-garantia com cláusula de retomada – modalidade também denominada de performance bond – pode ser um interessante mecanismo para evitar a paralisação de obras públicas. Havendo a perda, pela contratada, das condições de continuar executando o contrato, a seguradora assumiria a responsabilidade, evitando a descontinuidade das operações.

<sup>76</sup>Nos termos do art. 6º, inciso XXII, da Lei nº 14.133/21, obras de grande vulto são aquelas cujo valor supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais). O valor é atualizado por decretos regulamentadores.

<sup>77</sup>Arts. 99 e 102 da Lei nº 14.133/21: “Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato. [...] Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que: I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá: a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; b) acompanhar a execução do contrato principal; c) ter acesso a auditoria técnica e contábil; d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento; II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal; III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente. Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições: I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice; II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.”

Há, porém, alguns possíveis desafios que serão enfrentados na implementação dessa modalidade de garantia. Em primeiro lugar, ainda não está claro como ocorrerá o processo de acionamento da cláusula de retomada e de assunção das obrigações pela seguradora, considerando a novidade do mecanismo e a limitação de valor no percentual de até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato. Ademais, também é preciso que a Administração Pública faça uma avaliação crítica quanto à conveniência de se exigir o seguro-garantia na modalidade de performance bond à luz das circunstâncias do caso concreto – por se tratar de uma novidade, com grande atribuição de responsabilidades, a tendência inicial é a de um considerável encarecimento dos seguros-garantia, o que pode refletir em contratações mais onerosas à Administração Pública.

Outro aspecto que poderia ter sido aprimorado pela Lei nº 14.133/21 para melhorar o ambiente de execução de obras públicas está na constituição de garantias pela Administração em favor das suas contratadas, com vistas à mitigação do problema de inadimplemento público. No entanto, a Nova Lei não trouxe grandes inovações a respeito do tema – a principal novidade, consubstanciada na constituição de conta vinculada analisada em outras passagens do presente material, foi objeto de veto presidencial.

Por fim, também há iniciativas em trâmite que visam criar aprimoramentos no tema e ampliar o acesso dos contratados a condições mais vantajosas de garantias. Nesse sentido, por exemplo, o Projeto de Lei nº 3.954/23, de autoria da Senadora Tereza Cristina, propõe a inclusão de uma nova modalidade de garantia contratual: o “título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total”. Essa proposta abre caminho para uma maior diversificação das opções de garantias disponíveis para os contratados, o que pode contribuir para reduzir os custos e tornar a contratação mais vantajosa para a Administração Pública.

## 5. Os critérios de aferição da exequibilidade da proposta

Uma das finalidades do processo licitatório consiste em evitar que propostas com preços manifestamente inexequíveis sejam contratadas pela Administração Pública (Lei nº 14.133/21, Art. 11, inciso III)<sup>78</sup>.

Sob o regime da Lei nº 8.666/93, os critérios estabelecidos na legislação para definição do que seria uma proposta inexequível já não eram suficientes. A Lei nº 14.133/21, por sua vez, trouxe novos encaminhamentos para o tema, sem, no entanto, eliminar todas as incertezas jurídicas relacionadas à matéria. Com impactos diretos na execução dos contratos da Administração Pública, o tema poderia ter sido objeto de especificações mais minudentes por parte do legislador.

<sup>78</sup>Art. 11 da Lei nº 14.133/21: “Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: [...] III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos”.

De acordo com a Lei nº 14.133/21, as propostas que apresentarem preços inexequíveis devem ser desclassificadas sumariamente (Art. 59, inciso III)<sup>79</sup>. Para verificar a exequibilidade da proposta, a Administração poderá realizar diligências ou requisitar dos licitantes que a exequibilidade seja devidamente comprovada (Art. 59, § 2º)<sup>80</sup>.

Em relação à metodologia de comprovação, a Lei se limita a observar que, no caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, devem ser considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, em linha com as especificidades do mercado correspondente, respeitado o requisito de aceitabilidade de preços unitário e global a ser estabelecido no edital (Art. 59, § 3º)<sup>81</sup>.

A situação descrita acima atribui aos gestores públicos a avaliação técnica das propostas, sem, porém, determinar requisitos mínimos – e objetivos – que devem ser cumpridos, pela proponente, para aferição de sua exequibilidade por parte da Administração Pública. A Lei acaba por delegar a função à disciplina dos editais de licitação, que deverão prever sistemática de aferição desse requisito. A fim de diminuir a insegurança jurídica, a legislação poderia ter avançado, por exemplo, no sentido de prever um rol de documentos elementares para comprovação da exequibilidade da proposta.

Em contrapartida, a Lei criou sistemática objetiva apenas para as contratações de obras e serviços de engenharia pautadas pelo menor preço – as propostas inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do preço orçado pela administração deveriam ser eliminadas de plano (Art. 59, §4º)<sup>82</sup>. Mesmo nesse caso, porém, questionamentos podem surgir – um dos riscos mais prementes é o de que órgãos de controle continuem a considerar o aludido patamar como referência apenas relativa, comportando flexibilizações<sup>83</sup>.



<sup>79</sup> Art. 11 da Lei nº 14.133/21: “Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: [...] III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos”.

<sup>80</sup> Art. 59, inciso III, da Lei nº 14.133/21: “Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que: [...] III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação”.

<sup>81</sup> Art. 59, § 2º, da Lei nº 14.133/21: “[...] § 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do caput deste artigo”.

<sup>82</sup> Art. 59, § 3º, da Lei nº 14.133/21: “§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente”.

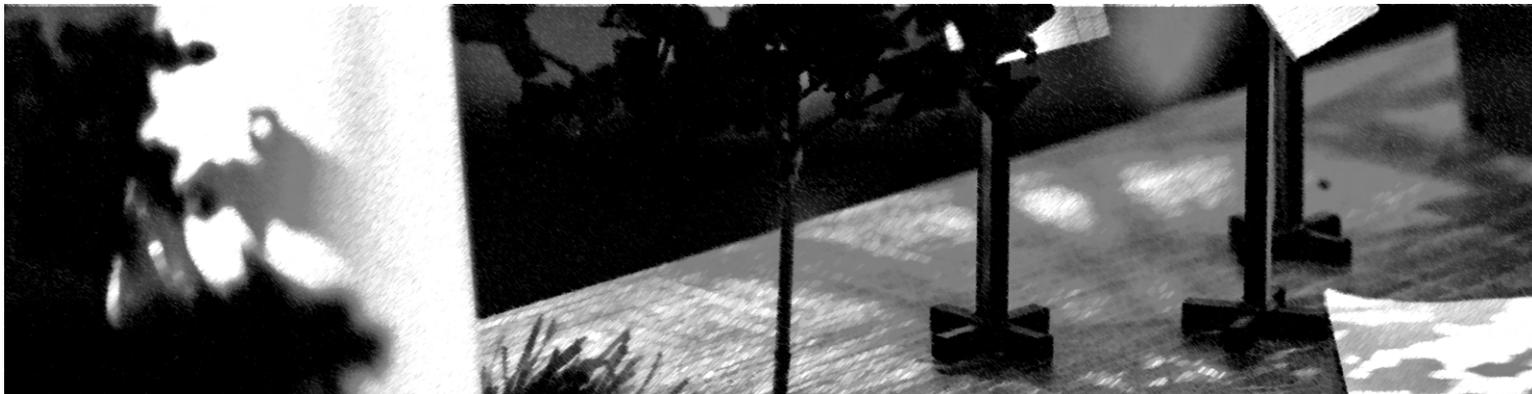
Além disso, estudos<sup>84</sup> sobre o assunto vêm indicando a existência de complexidades na sistemática da Nova Lei, especialmente em relação ao patamar de exequibilidade de 75% (setenta e cinco por cento): (1) parâmetro constante de verificação da inexequibilidade das propostas, com exclusividade do critério orçamentário da Administração para fixação da faixa de disputa das licitações – caso em que seria necessário haver, na lei, especificações mais detalhadas sobre metodologia de orçamentação e sobre a qualificação técnica do profissional encarregado do orçamento; (2) inexistência de parâmetro para a extensão da inexequibilidade, com definição do que seriam “preços relevantes” para a orçamentação – nesse caso, caberia saber, ainda, se os serviços relevantes teriam sua exequibilidade avaliada separada ou conjuntamente; e (3) inexistência de critérios objetivos universais para a orçamentação, com possível incompletude dos referenciais Sicro e Sinapi (Art. 23, § 2º, inciso I).

Sendo assim, importante etapa no aprimoramento da legislação atualmente em vigor consiste na fixação de critérios objetivos para a aferição da inexequibilidade das propostas. Embora haja espaço para que os gestores delimitem, por meio de sua discricionariedade técnica, os requisitos objetivos para verificação das condições de realização prática do orçamento em cada circunstância concreta, a Lei poderia ter diminuído a zona de incertezas relacionada à metodologia básica de aferição da exequibilidade. Desse modo, os gestores teriam instrumental mais robusto para excluir do páreo propostas subdimensionadas e com baixa sustentabilidade econômica.

<sup>83</sup>Art. 59, § 4º, da Lei nº 14.133/21: “[...] § 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração”.

Conforme registra Angélica Petian em artigo escrito para a CBIC: “Esse é um ponto que merece atenção. A letra do § 4º do art. 59 da Lei 14.133/2021 prescreve que, no caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração. Trata-se de uma presunção absoluta de inexequibilidade que ampara o agente público a desclassificar a proposta e a deixar de perseguir o mito do menor preço. Aliás, o art. 11 da nova Lei coloca entre os objetivos do processo licitatório a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública (e não o de menor preço) e, ainda, evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis. Não obstante a clareza da prescrição legal, é provável que os órgãos de controle mantenham o entendimento quanto à relatividade da presunção, aniquilando o ganho da nova lei e perpetuando a busca pelo menor preço a qualquer custo. Consequência desse entendimento é a ineficácia da licitação e contratação por não se entregar o bem objeto do ajuste à população”. Artigo – Contribuições da nova Lei de Licitações para o enfrentamento da paralisação de obras. Disponível em: < <https://cbic.org.br/artigo-contribuicoes-da-nova-lei-de-licitacoes-para-o-enfrentamento-da-paralisacao-de-obras/>>. Acesso em 24 de setembro de 2023.

<sup>84</sup>Barbosa; e SARAIVA, Leonardo (coord.). Obras públicas e serviços de engenharia na Nova Lei de Licitações e Contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.



## 6. As novidades no processo expropriatório e de licenciamento ambiental

A Lei nº 14.133/21 trouxe importantes inovações que podem auxiliar no enfrentamento de entraves em processos de desapropriação e de licenciamento ambiental, mitigando a possibilidade de paralisação por obstáculos enfrentados nesses processos.

Com a Nova Lei, permitiu-se que a obtenção do licenciamento ambiental e a realização da desapropriação – autorizada pelo poder público – sejam alocadas à esfera da responsabilidade do contratado (Art. 25, § 5º, incisos I e II)<sup>85</sup>. Ao permitir a atribuição de tais responsabilidades aos privados, a iniciativa tende a facilitar o início de obras que constam do planejamento público, mas que não são efetivamente levadas a processo licitatório pela morosidade da Administração em obter as licenças ambientais ou providenciar os atos necessários à expropriação da área do empreendimento. No entanto, a alocação não isenta a Administração Pública de todas as responsabilidades – ainda, que, por exemplo, a promoção das desapropriações seja atribuída ao contratado, a Administração permanecerá com a responsabilidade de emitir as declarações de utilidade pública cabíveis, por se tratar de competência indelegável.

Outro importante aspecto trazido pela Nova Lei está na preferência outorgada pelo art. 25, § 6º, ao processamento das licenças ambientais relativas à execução de obras. Nos termos do dispositivo, os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos da Nova Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama). Embora pendente de regulamentação, a imposição pode contribuir na mitigação das postergações de obras públicas.

Ademais, especificamente para os casos em que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for atribuída à Administração Pública, o art. 115, § 4º, da Nova Lei exige que a licença ou a manifestação prévia seja obtida antes da divulgação do edital de licitação. O objetivo do dispositivo é evitar que a Administração adote uma conduta procrastinatória da diligência ambiental, de modo a ensejar a postergação do início da obra e/ou a sua paralisação por falta do licenciamento exigido para o empreendimento.

<sup>85</sup>Art. 25 da Lei nº 14.133/21: “Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. § 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela: I - obtenção do licenciamento ambiental; II - realização da desapropriação autorizada pelo poder público”.



Em todas as hipóteses, porém, a Administração deve ter cautela na modelagem do edital e do contrato na repartição das obrigações e dos riscos relativos ao processo de licenciamento ambiental ou de desapropriação da área em que o empreendimento será executado. Modelagens com repartições inadequadas podem, contrariamente ao propósito da sistemática trazida pela Nova Lei, agravar o estado de paralisia na execução de obras públicas, por uma delegação indevida ou impensada de responsabilidades ao contratado privado. Por essa razão, a Administração deve se atentar ao dever que decorre do princípio do planejamento – positivado no art. 3º da Lei nº 14.133/21 – e realizar uma distribuição racional dos ônus inerentes ao processo expropriatório e de licenciamento ambiental, levando em consideração as particularidades da obra a ser executada, as dificuldades que podem ser enfrentadas nesses processos e a capacidade das partes de gerenciá-las.

## 7. O processamento dos pedidos de recomposição do equilíbrio contratual

Com a promulgação da Nova Lei de Licitações e Contratos, o processamento de pleitos de reequilíbrio dos contratos encontra novas alternativas e desafios. O novo regime legal dá grande ênfase à importância de a Administração Pública impulsionar os processos de reequilíbrio econômico-financeiro. Pretende-se, desse modo, evitar a recorrente prática de “engavetamento” dos pedidos, que pode ser prejudicial aos particulares e à própria Administração.

Nos contratos administrativos, a Nova Lei passou a exigir que a Administração Pública fixe prazo para o processamento dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro (art. 92, inciso XI)<sup>86</sup>. A ideia é evitar, assim, a imposição de ônus injustificado ao fluxo de caixa da contratada. Em tal circunstância, a Administração poderá disciplinar, até por via regulamentar, com objetividade técnica, o tempo que seu corpo funcional dispõe para analisar os pleitos e apresentar respostas. A medida tem o potencial de incrementar a segurança jurídica na execução dos contratos.

O prazo a ser aplicado em tais circunstâncias deverá equalizar o tempo necessário para a análise das circunstâncias fáticas pela administração, com o devido exame técnico, e a expectativa legítima do particular em obter resposta

<sup>86</sup>Lei nº 14.133/21: “Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso”.

no mais breve lapso de tempo possível. Embora, na ausência de prazo regulamentar ou contratual específico, cumpra à Administração emitir decisão, de forma transparente, a propósito de todas as solicitações e reclamações que tangem a execução dos contratos a Administração Pública, em até 1 (um) mês, prorrogável justificadamente por igual período (art. 123, parágrafo único)<sup>87</sup> a Lei poderia ter determinado (1) prazo específico ou máximo para as devolutivas do poder público nas hipóteses de reequilíbrio, evitando os efeitos da “terceirização” da fixação desse prazo em esfera regulamentar ou contratual; e (2) consequências claras à omissão administrativa em período superior ao prazo previsto em lei para a execução do contrato, como a possibilidade de o particular suspender os serviços.

Paralelamente à estipulação de prazos máximos, a Nova Lei também poderia estabelecer medidas acautelatórias para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que de forma provisória. Exemplo do que se comenta pode ser identificado na Resolução SPI n.º 19/2023 do Estado de São Paulo, que prevê procedimentos específicos para avaliação e implementação de medidas mitigadoras de impactos causados por eventos de desequilíbrio dos contratos de parcerias no Estado de São Paulo. Dentre outras medidas, a normativa permite a adoção de medidas cautelares para reestabelecer o equilíbrio contratual, reduzindo os possíveis impactos que poderiam ser gerados por eventos de desequilíbrio<sup>88</sup>. Essa admissão de medidas cautelares poderia ter sido adotada pela Lei n.º 14.133/21 ou por sua regulamentação para preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de empreitada de forma mais efetiva e eficiente, amenizando o ônus sobre o fluxo de caixa da contratada e mitigando a probabilidade de paralisação de obras públicas.

Ademais, a Lei n.º 14.133/21 poderia ter aproveitado a oportunidade para prever os documentos mínimos que deverão ser encaminhados, pelos particulares, para exame das condições de reequilíbrio.

Lembre-se que é vedado à Administração Pública decidir exclusivamente com base em valores abstratos. A Administração deverá decidir com base em critérios partilhados, aplicados com igualdade, com demonstrada concretude, devendo atentar para os efeitos práticos de suas decisões – a exemplo do que exige o art. 20 da LINDB<sup>89</sup>. No âmbito dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia, segurança jurídica e agilidade no processamento dos pleitos podem evitar a paralisação de obras e serviços.

<sup>87</sup> Lei n.º 14.133/21: “Art. 123. A Administração terá o dever de explicitamente emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos regidos por esta Lei, ressalvados os requerimentos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para a boa execução do contrato. Parágrafo único. Salvo disposição legal ou cláusula contratual que estabeleça prazo específico, concluída a instrução do requerimento, a Administração terá o prazo de 1 (um) mês para decidir, admitida a prorrogação motivada por igual período”.

<sup>88</sup> Conforme destaca Rodrigo Pinto de Campos no texto “Resolução SPI n.º 19/23: modernização nos reequilíbrios das concessões de São Paulo” sobre o tema. Disponível em: < <https://vernalhapereira.com.br/resolucao-spi-n-o-19-23-modernizacao-nos-reequilibrios-das-concessoes-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 09 de outubro de 2023.

<sup>89</sup> Art. 20 da LINDB: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Soluções consensuais podem, em acréscimo, favorecer a formação de um verdadeiro horizonte de ganhos recíprocos, em que ganha o particular, que terá assegurada a sua justa contrapartida financeira, e ganha a Administração, que garante o cumprimento das finalidades almejadas pela contratação, com a execução da obra. Com esse espírito, em determinadas demandas de reequilíbrio, pode-se justificar, por exemplo, o imediato pagamento ao contratado das parcelas tidas como incontroversas. A Lei poderia ter avançado nesse sentido, prevendo que, no caso de valores reconhecidamente devidos pela Administração Pública, estes deveriam ser pagos, de imediato, ao particular.

No caso de não haver acordo entre as partes, estimula-se o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos: conciliação, mediação, dispute boards e arbitragem (art. 151)<sup>90</sup> – abordados no item subsequente desta seção – no processamento dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro.

## 8. A adoção de meios alternativos de resolução de controvérsias

No âmbito dos contratos de obra pública, é usual que os litígios relacionados à execução das atividades sejam levados à apreciação do Poder Judiciário – problemas relativos ao inadimplemento de obrigações, descumprimento de cronogramas, pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, dentre outros. Ocorre que, diante da situação sobrecarregada em que se encontra o Poder Judiciário, a via judicial se torna pouco atrativa para resolver as discussões complexas e técnicas atinentes aos contratos de obras, sobretudo, para os casos de contratos com obras paralisadas.

A título exemplificativo, segundo o Relatório Justiça em Números de 2023, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>91</sup>, o tempo médio entre a fase de conhecimento e execução na Justiça Estadual gira em torno de 5 anos e 5 meses, e na Justiça Federal, 7 anos e 9 meses. Em litígios envolvendo a Administração Pública, a situação pode ser ainda mais grave, considerando que as filas dos precatórios – requisições de pagamento expedidas pelo Poder Judiciário para cobrar de Municípios, Estados ou da União, assim como de autarquias, fundações e universidades, o pagamento de valores devidos após condenação judicial definitiva<sup>92</sup> – se estendem por anos.

<sup>90</sup>Art. 151 da Lei nº 14.133/21: “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.

<sup>91</sup>“Justiça em números 2023 – sumário executivo”. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/sumario-executivo-justica-em-numeros-200923.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2023.

<sup>92</sup> Conceito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Precatorios>. Acesso em: 01 de outubro de 2023.

Diante dos mais recentes números que acompanham a atividade do Poder Judiciário e que ensejam a lentidão de sua atuação, é possível concluir que a submissão dos conflitos que envolvem a Administração Pública, decorrentes de contratos de obras, ao crivo da jurisdição pode condenar o ritmo da execução da obra, contribuindo para a paralisação da execução contratual.

Em estudo sobre obras públicas paralisadas, realizado pelo CNJ em conjunto com o TCU e a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), demonstrou-se que, no ano de 2018, 48 (quarenta e oito) obras de infraestrutura pública se encontravam paralisadas devido a questões judiciais<sup>93</sup>.

Todos estes dados demonstram que a submissão à via judicial dos conflitos que surgem no âmbito da execução dos contratos administrativos pode ser um empecilho à evolução das obras públicas. Assim, para dirimir os conflitos de maneira eficiente no curso da execução contratual, a introdução de cláusulas que tratem de métodos alternativos de resolução de conflitos nos contratos públicos de obras pode ser um mecanismo interessante de reduzir o risco de paralisação de obras públicas.

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/21 avançou significativamente sobre o tema em comparação à Lei nº 8.666/93, criando capítulo específico sobre o tema. Conforme o caput do art. 151 da Nova Lei, todo e qualquer contrato administrativo poderá prever cláusulas voltadas a disciplinar os meios alternativos de prevenção e solução de controvérsias – mediação, conciliação, comitê de resolução de disputas e arbitragem –, configurando-se verdadeira mudança de paradigma contratual para a Administração Pública.

Em regra, os meios alternativos do processo de resolução de conflitos são marcados pela inclusão de terceiros, estranhos às partes, mas por elas nomeados, que tem a função de analisar e deliberar sobre o tema controverso do contrato. Tal deliberação pode ter caráter vinculante às partes ou se dar apenas no formato de recomendação – com exceção da arbitragem, que conta com decisão definitiva e vinculativa quanto à questão de mérito a qual foi submetida.

Ao disciplinar tais mecanismos, a Lei nº 14.133/21 reforça que a utilização de meios alternativos do processo de resolução de conflitos se limita a discussões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, prevendo, de forma exemplificativa, questões atinentes ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais e ao cálculo de indenizações. E, ainda, autoriza que contratos anteriores à Nova Lei possam ser aditados para incluir tais meios de solução alternativa no bojo de sua execução.

Assim, com o objetivo de reduzir o tempo de discussão de conflitos que tenham impacto na execução contratual redundando na paralisação das obras, a Nova Lei alarga o caminho para que a Administração Pública acolha essa ferramenta como praxe. Para tanto, é recomendado que a Administração inclua a disciplina de resolução alternativa de conflitos nas minutas de seus contratos acolhendo, ao menos, a figura do comitê de resolução de conflitos

<sup>93</sup> “Diagnóstico sobre Obras Paralisadas”, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-sobre-obras-paradas/>. Acesso em: 01 de outubro de 2023.

como primeira etapa de resolução de controvérsia – dado a seu caráter célere e custo relativamente baixo – conferindo efeito vinculante às suas deliberações. Ademais, é importante que o contrato preveja um regulamento mínimo com disciplina voltada a escolha dos membros pelas partes com imparcialidade e comprovado conhecimento técnico na matéria.

Como segunda medida, também é recomendável que a Administração Pública adote a arbitragem como mecanismo para resolução definitiva de conflitos em obras de grande complexidade ou vulto, para endereçamento de questões afetas a direitos patrimoniais disponíveis, mantendo-se o Judiciário apenas como frente voltada a temas indisponíveis. O juízo arbitral tende a adotar decisões mais céleres em comparação ao Poder Judiciário, mitigando a possibilidade de paralisação de obras públicas por eventual morosidade na resolução do litígio.

## 9. A necessidade de regulamentação da Lei por estados membros e municípios

No contexto da Lei nº 14.133/21, é notável a recorrência de termos como “regulamento”, “regulamentação”, “ato do Poder Executivo”, “ato normativo” e outros, presentes em um total de 53 (cinquenta e três) vezes. Essa frequência indica que, embora essas normas sejam vigentes e válidas, sua aplicação está condicionada ao detalhamento pela regulamentação a ser editada pelos chefes do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios. Em outras palavras, a plena eficácia dessas normas pressupõe a intervenção posterior de regulamentos ou atos normativos.

Essa abertura para regulamentação por parte dos Estados e Municípios é um aspecto relevante da nova legislação. Ela permite que esses entes federativos adaptem as regras de licitação às suas necessidades, considerando as particularidades locais. No entanto, essa flexibilidade também implica desafios significativos, uma vez que a efetiva implementação da Nova Lei depende da rápida elaboração e adoção desses regulamentos por parte dos entes subnacionais.

Alguns exemplos de áreas que exigem regulamentação incluem o art. 23, § 2º, que se refere à apuração do valor estimado das contratações de obras e serviços de engenharia<sup>94</sup>. Outro exemplo é o art. 25, § 4º<sup>95</sup>, que trata da definição das medidas, comprovação e penalidades relacionadas à obrigação de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor em contratações de grande vulto.

Assim, a aplicação imediata da Nova Lei, além dos desafios relacionados à necessária adaptação da máquina administrativa, encontra barreiras significativas devido à exigência de regulamentação prévia de diversos dispositivos pelos Estados e Municípios. Alguns desses dispositivos possuem alta prioridade, uma vez que sua ausência de regulamentação pode inviabilizar a utilização da nova legislação.

<sup>94</sup> Art. 23, § 2º, da Lei nº 14.133/21: “Art. 23. [...] § 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem: [...]”.

<sup>95</sup> Art. 25, § 4º, da Lei nº 14.133/21: “Art. 25. [...] § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento”.

É essencial reconhecer que muitos entes da federação, especialmente os que enfrentam limitações de estrutura executiva e legislativa, enfrentam dificuldades significativas na elaboração desses regulamentos. Essas regulamentações são essenciais para a realização dos procedimentos de licitação, mas a falta de capacidade técnica e de recursos pode atrasar sua criação. Como consequência, a falta de regulamentação de temas relevantes pode implicar o atraso de contratações relevantes para os entes locais – a exemplo de serviços e obras de grande vulto.

Nesse contexto, para evitar que a pendência de regulamentação do tema se torne mais um gargalo apto a agravar o estado de paralisia das obras públicas, uma abordagem eficaz seria que a União assumisse um papel ativo na regulamentação, criando normas que incentivassem e inspirassem Estados e Municípios. Isso porque os entes subnacionais de menor porte, com capacidades técnicas e institucionais mais limitadas, poderiam observar as diretrizes estabelecidas pela União na edição de suas normas, adotando-as como orientação e as adaptando às suas particularidades.

Assim, essa cooperação entre os níveis de governo pode ser essencial para garantir uma transição adequada para o regime de contratação trazido pela Nova Lei, evitando atrasos prejudiciais devido à falta de regulamentação.

## 10. Proposta de atualização legislativa da Lei nº 14.133/21

Em análise às principais causas de paralisação de obras públicas compiladas no presente material, desde logo, é possível identificar aprimoramentos que podem ser realizados sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos para ampliar a busca por esse objetivo. Refletindo sobre os principais problemas enfrentados pela Administração Pública e pelas empresas contratadas na temática, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção entende recomendável a proposição de medidas para adequar a Lei nº 14.133/21, em torno de quatro eixos:

- a) Harmonização de regras voltadas a disciplinar as modalidades licitatórias e os modos de disputa relativamente a licitações de obras e serviços de engenharia;
- b) Restabelecer mecanismos de reserva de liquidez para viabilizar o cumprimento das obrigações de pagamento;
- c) Superar lacunas na disciplina das alterações contratuais, ampliando a alterabilidade do objeto do contrato;
- d) Superar lacunas na caracterização da inexequibilidade de propostas.

Os 4 (quatro) eixos são melhor detalhados a seguir.

### 10.1. A necessidade de harmonizar regras voltadas a disciplinar as modalidades licitatórias e os modos de disputa relativamente a licitações de obras e serviços de engenharia

Como destacado neste estudo, o uso de determinadas modalidades licitatórias – a exemplo do pregão – e de certos modos de disputa – como o modelo aberto – para a contratação de obras e serviços de engenharia – em sentido amplo – vem se mostrando incompatível com a resolução do tema da paralisia de obras públicas no país. O modo aberto de disputas está entre as principais causas do “mergulho” de preços nas licitações do setor. Além disso, o atual design institucional das modalidades licitatórias e dos modos de disputa não atende ao imperativo de customização da proposta necessário para fazer face às inúmeras complexidades envolvendo as contratações setoriais.

Repise-se que existe um conflito, uma verdadeira “antinomia”, entre a norma prevista no art. 29, parágrafo único, e a norma do art. 56, § 1º, da Lei nº 14.133/21. Isso porque, de um lado, a Nova Lei proibiu, no art. 29, parágrafo único, a utilização da modalidade de pregão – modo aberto de disputa por excelência – para processar licitações de obras e serviços especiais de engenharia. De outro, porém, no art. 56, §1º, a previsão é a de que “a utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto”. No caso, a norma não excetua – como deveria fazer – as licitações de obras e serviços especiais de engenharia, o que pode suscitar descompassos na interpretação dos dispositivos previstos em Lei.

Note-se, ademais, que o art. 29, parágrafo único, também merece reparo no que se refere à exceção à vedação do uso da modalidade de pregão no caso das contratações de obras e serviços “comuns” de engenharia – remissão à alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º da Lei. O uso da dicotomia “serviços comuns de engenharia” e “serviços especiais de engenharia” tem sido matéria de inúmeros debates, dando espaço à insegurança jurídica. Ao fim e ao cabo, contratações de obras e serviços de engenharia, independentemente de seu grau de especialização, sempre serão beneficiadas por licitações processadas sob o modo fechado, haja vista o procedimento para orçamentação das propostas, que deve ser customizado e dotado de complexidades não conciliáveis com a dinâmica do modo aberto de disputa.

No presente estudo, observou-se que, com a finalidade de corrigir parte dos problemas detectados acima, o Projeto de Lei nº 3.954/23, de autoria da Senadora Tereza Cristina, pretende alterar o art. 56, da Lei nº 14.133/21, trazendo maior precisão, de um lado, ao conceito de “serviço especial de engenharia”, por meio de remissão à definição da própria lei sobre a natureza de serviços técnicos especializados<sup>96</sup> (art. 6º, inciso XXI, “b”)<sup>97</sup>. De outro, a nova redação procura vedar o uso do modelo aberto de disputas, ainda que pautado pelos critérios de julgamento pelo menor preço e maior desconto, para a contratação de serviços especializados de engenharia e obras que ultrapassem R\$ 1.500.000,00 (art. 56, §1º)<sup>98</sup>. Pretende-se, desse modo, criar barreira quantitativa para a aplicação do modo aberto de disputa nas contratações setoriais.

<sup>96</sup>Art. 6º, XVIII, da Lei nº 14.133/21: “XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a: a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias; d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso”.

<sup>97</sup>Projeto de Lei nº 3.954/23: “Art. 6º [...] XXI – [...] b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea “a” deste inciso, ou aquele que incluir trabalhos relativos a qualquer das disposições previstas no inciso XVIII do caput deste artigo”.

<sup>98</sup>Projeto de Lei nº 3.954/23: “Art. 56. [...] § 1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, exceto quando se tratar de licitações com valor estimado acima de R\$ 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil reais) para contratação de obras e serviços especiais de engenharia, que serão processadas sempre pelo modo de disputa fechado”.

Todavia, em que pese a destacada relevância da iniciativa, cumpre notar que o Projeto de Lei nº 3.954/23 não endereça, na íntegra, o problema apresentado. A fim de diminuir as incertezas na aplicação da Nova Lei, volvendo sua redação à efetiva resolução do problema da paralisação de obras no país, devem ser realizados ajustes mais contundentes do que aqueles previstos no projeto quando o assunto é o teor dos arts. 29 e 56 da Lei nº 14.133/21. Para tanto, o dispositivo do parágrafo único, do art. 29, da Nova Lei, deve ser modificado, com supressão da parte final de sua redação. A exceção feita aos serviços “comuns” não encontra amparo na sistemática prevista na legislação, uma vez que o processamento de quaisquer contratações setoriais pela via do pregão apenas teria o condão de contribuir, ainda mais, para o atual cenário de paralisação de obras no país (art. 6º, inciso XXI, alínea “a”).

Além disso, com a finalidade de preservar a coerência sistêmica da Lei, a melhor opção seria introduzir um novo parágrafo ao art. 56, vedando-se, em definitivo, a utilização do modo aberto de disputa para licitações de obras e serviços de engenharia. Não obstante a importante iniciativa da Senadora para corrigir as distorções na interpretação da Lei, a previsão de patamar quantitativo como referencial para o uso dos modos de disputa não soluciona a questão, tendo em vista que, dessa forma, ainda remanesce a possibilidade de o modo aberto de disputa ser utilizado para contratações no setor. Independentemente do valor da contratação, a customização da proposta, de modo compatível com as complexidades verificáveis em cada caso concreto, mostra-se notadamente benéfica. Eventual critério quantitativo relacionado ao valor da contratação dificilmente será capaz de espelhar, por si só, o grau de detalhamento necessário das propostas para que se forme o melhor horizonte de escolha por parte da Administração Pública.

## 10.2. A necessidade de se restabelecer mecanismos de reserva de liquidez para viabilizar o cumprimento das obrigações de pagamento

Conforme visto anteriormente no presente estudo, ao momento da sanção da Lei nº 14.133/21, perdeu-se uma importante oportunidade para endereçar uma das principais causas de paralisação de obras públicas no Brasil – a descontinuidade do fluxo financeiro e orçamentário dos pagamentos a serem realizados para os contratados. Na oportunidade em que foi aprovada, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelecia, em seu art. 115, § 2º, que, nas contratações de obras públicas, a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa seria obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada.

O principal objetivo do dispositivo estava em atenuar o risco de paralisação das obras por descontinuidade dos pagamentos entre as etapas contratuais. Com isso, as contratadas teriam a segurança de que as atividades, caso executadas, seriam devida e integralmente remuneradas, reduzindo a probabilidade de suspensão da obra por inadimplemento da Administração.

Ocorre que o dispositivo foi vetado por supostamente inviabilizar “remanejamentos financeiros que possam se mostrar necessários ou mesmo para atender demandas urgentes e inesperadas”, gerando um suposto “empenhamento” de recursos. No entanto, tal como proposto, o mecanismo de reserva de recursos em conta vinculada não enseja o risco de “empenhamento” de recursos, dado que os recursos serão depositados para custear cada etapa da execução da obra e não a sua integralidade. Na verdade, os recursos serão reservados para o custeio de cada etapa,

e não o contrato em sua integralidade, mitigando o risco de “empocamento” de recursos<sup>99</sup>.

Por essa razão, sugere-se a reintrodução, na Lei, dos dispositivos vetados do art. 115, § 2º, e do art. 142, parágrafo único. Tais normas contemplavam a obrigatoriedade de, em contratações de obras, se proceder, previamente à expedição da ordem de serviço para a execução de cada etapa, o depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada. A instituição desse mecanismo proporcionará a reserva de liquidez necessária ao custeio das obrigações de pagamento devidas pela Administração, mitigando os riscos de indisponibilidade de recursos e de interrupção das obras em andamento.



### 10.3. A necessidade de se superar lacunas na disciplina das alterações contratuais, ampliando a alterabilidade do objeto do contrato

O objeto é um dos elementos centrais de um contrato (art. 92, inciso I)<sup>100</sup>. A partir dele, direitos e obrigações são atribuídos às partes contratantes (art. 18, inciso II)<sup>101</sup>. Até o presente momento, a legislação impõe dificuldades à alterabilidade do objeto dos contratos administrativos, inclusive em face de dificuldades concretas de gestão e da necessidade de serem empreendidas pequenas correções de projeto – o que é visto com ressalvas pelos órgãos de controle. Quando muito, alterações de boa-fé são submetidas aos limites quantitativos rígidos previstos em Lei. Sendo assim, muitas vezes, a única opção que resta à Administração Pública é a rescisão dos contratos, tendo que arcar com os custos – burocráticos, financeiros e sociais – de uma nova contratação.

<sup>99</sup>Conforme artigo “O que obras públicas paralisadas têm a ver com vetos à nova lei de licitações?”, elaborado por Fernando Vernalha Guimarães para a CBIC. Disponível em: <<https://cbic.org.br/artigo-o-que-obras-publicas-paralisadas-tem-a-ver-com-vetos-a-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

<sup>100</sup>Art. 92, inciso I, da Lei nº 14.133/21: “Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos”

<sup>101</sup>Art. 18 da Lei nº 14.133/21: “Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; § 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos”.

Neste estudo, foi visto que o TCU fixou o entendimento de que eventuais aumentos e supressões em contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 deveriam ser pautados por interpretação restritiva da cláusula dos 25% (vinte e por cinco por cento). Sob essa perspectiva, o objeto de um contrato de obra pública tão somente poderia ser aditado dentro desse percentual e com base em metodologia conservadora, que proíbe, por exemplo, compensações entre supressões e acréscimos (conforme art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93<sup>102</sup> e art. 125 da Lei nº 14.133/21<sup>103</sup>). Desde logo, cumpre notar que essa interpretação diminui drasticamente a possibilidade de serem empreendidas correções de curso em contratações de obras e serviços de engenharia, de modo a evitar a sua rescisão indesejada e precoce. A impossibilidade de se realizar compensações provoca engessamento imotivado nos contratos. A Lei poderia, neste aspecto, ter avançado, prevendo que, dentro dos limites previstos em Lei, “acrécimos e supressões podem ser compensados”.

Além disso, repise-se que, no Acórdão nº 749/2010<sup>104</sup>, o TCU entendeu que, no caso em tela, as mudanças pretendidas pelo DNIT em contrato administrativo causariam desvirtuamento do objeto. Essa conclusão decorre de visão bastante conservadora da Decisão nº 215/1999-TCU-Plenário<sup>105</sup>, em que o Tribunal de Contas da União reconheceu a possibilidade de ser empreendida alteração do objeto do contrato para além dos limites fixados em lei, apenas quando, cumulativamente, esta: (1) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; (2) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; (3) decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; (4) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; (5) ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; e (6) demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Não obstante, com a fixação do referido entendimento, as condicionantes apresentadas pelo TCU para alteração dos contratos em valor superior ao dos patamares quantitativos previstos em Lei (essencialmente, mais do que 25%) transformam-se em uma barreira quase impeditiva para a ação de gestores de boa-fé que queiram buscar alternativas à rescisão dos contratos e aos custos de novas contratações. Há critérios, como o de “não ocasionar a

<sup>102</sup>Art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93: “Art. 65 [...] § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.

<sup>103</sup>Art. 125 da Lei nº 14.133/21: “Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento)”.

<sup>104</sup>TCU, Acórdão nº 749/2010, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, julgado em 14 de abril de 2010.

<sup>105</sup>Apud TCU, Acórdão nº 749/2010, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, julgado em 14 de abril de 2010.

transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos”, que estão dotados de manifesta carga subjetiva, que não contribui para a garantia da segurança jurídica das contratações.

No caso das contratações de obras e serviço de engenharia, é hora de a Lei avançar, de modo a prever a possibilidade de alteração do objeto contratado, para além do patamar de 25%, (1) desde que decorra de fatos supervenientes que acarretem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial e (2) desde que os custos da rescisão contratual por interesse público e nova contratação para ajuste do objeto sejam incompatíveis com o interesse público. Vale prever, ainda, que, (3) no caso dos patamares superiores a 25% (vinte e cinco por cento), a administração deverá colher a anuência do particular contratado, que poderá avaliar se tem condições de suportar a alteração do contrato.

## 10.4. A necessidade de se superar lacuna na caracterização da inexequibilidade de propostas

A aplicação de parâmetros subjetivos para verificação da inexequibilidade das propostas é um dos principais problemas do atual modelo nacional de contratações de obras e serviços de engenharia. Mesmo o critério de 75% (setenta e cinco por cento), previsto no art. 59, § 4º, da Lei nº 14.133/21, em razão de sua interpretação sistemática com outros dispositivos da Lei – como o art. 59, § 2º – tem dado margem a debates. O risco é de que, em razão de divergências na compreensão de sua extensão, haja uma diminuição substancial da eficácia desse dispositivo.

Isso porque, como foi visto no presente estudo, há uma tradição nos Tribunais de Contas, consolidada sob o regime da Lei nº 8.666/93, no sentido de reconhecer que os antigos patamares de inexequibilidade importariam mera presunção relativa. Em razão disso, aos licitantes era dado justificar suas propostas, ainda que estas exibissem valor inferior aos patamares fixados pela Lei. Como resultado, esse cenário favorecia a contratação de propostas subdimensionadas, prática que se refletia em aditivos, rescisões contratuais e, até mesmo, na paralisação de diversos projetos.

Na verdade, a barreira dos 75% (setenta e cinco por cento) não deve comportar flexibilizações. Trata-se de um critério absoluto, com grande relevância prática, que visa a diminuir as chances de eventuais mergulhos de preços. Claramente, porém, de par com a cultura de interpretação do tema por parte dos controladores, outras normas do dispositivo poderiam estimular a relativização deste parâmetro, como o disposto no art. 59, § 2º, da Nova Lei.

De fato, a interpretação conjugada da norma do § 2º com a norma do § 4º do art. 59 leva à conclusão de que as diligências previstas seriam voltadas a aferir a inexequibilidade em preços unitários – o que não flexibiliza, em absoluto, o parâmetro para a verificação da inexequibilidade global. Ocorre, porém, que a ambiguidade decorrente destas disposições tem dado margem a interpretações divergentes, a ponto de, em sede regulamentar, o teor do § 4º do art. 59 ser interpretado como critério meramente relativo de análise da exequibilidade.

Para garantir a segurança jurídica na aplicação destas regras, de modo a preservar a coerência sistêmica da Lei, deve ser atualizada a redação do art. 59, § 4º, com o objetivo de esclarecer que o parâmetro de 75% (setenta e cinco por cento) do orçamento da administração é capaz de indicar a presunção absoluta de inexequibilidade das propostas. No caso, a desclassificação deverá ser sumária, não comportando a verificação da exequibilidade dos preços unitários que a compõem, tampouco a realização de diligências ou de quaisquer outros expedientes nesse sentido. A possibilidade de se provar a exequibilidade de orçamento objetivamente inexequível apenas importaria em indesejada flexibilização da salutar barreira estampada na Lei nº 14.133/21.

# PUBLICAÇÕES



# Publicações

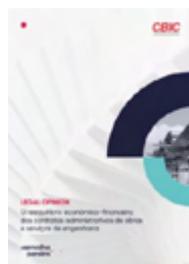
# CBIC

Acesse o site da CBIC ([www.cbic.org.br/publicacoes](http://www.cbic.org.br/publicacoes)) e baixe os livros gratuitamente.

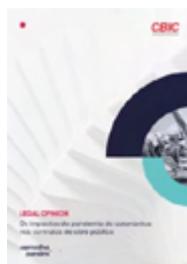
Disponíveis em português, inglês e espanhol

## INFRAESTRUTURA

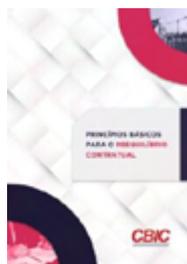
COINFRA  
COMISSÃO DE INFRAESTRUTURA



O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia (2022)



Os impactos da pandemia do coronavírus nos contratos de obra pública (2022)



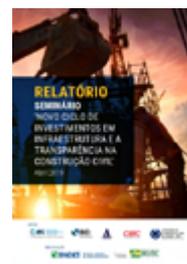
Princípios Básicos para o Reequilíbrio Contratual



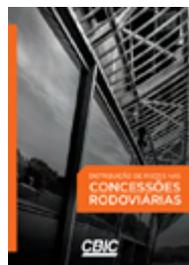
O labirinto das Obras Públicas – 2ª Edição (2022)



Relatorio de Produção de Índices de Preços



Seminário BNDES – Novo Ciclo de Investimentos em Infraestrutura e a Transparência na Construção Civil (2019)



Distribuição de Riscos na Concessões Rodoviárias (2018)



Impacto Econômico e Social da Paralisação das Obras Públicas (2018)



Excelência em Gestão na Construção (2017)



Concessões e Parcerias Público-Privado (2017)



Proposta para Ampliar a Aplicação em Estados e Municípios (2016)



Proposta para Ampliar a Aplicação em Estados e Municípios – English Version (2016)



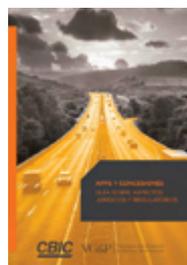
Proposta para Ampliar a Aplicação em Estados e Municípios – Versión en Español (2016)



Guia sobre Aspectos Jurídicos e Regulatórios (2016)



Guia sobre Aspectos Jurídicos e Regulatórios – English Version (2016)



Guia sobre Aspectos Jurídicos e Regulatórios – Versión en Español (2016)



Proposta para Ampliar a Participação de Empresas 2ª Edição (2016)



Guia para Organização das Empresas em Consórcios (2016)



Guia para Organização das Empresas em Consórcios – English Version (2016)



Guia para Organização das Empresas em Consórcios – Versión en Español (2016)



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs – Volume 2 (2016)



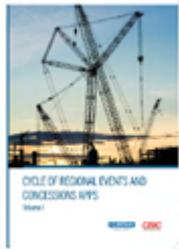
Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs – Volume 2 – English Version (2016)



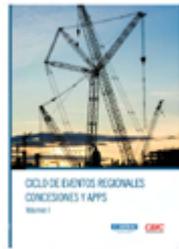
Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs – Volume 2 – Versión en Español (2016)



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs – Volume 1



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs – Volume 1 – English Version (2016)



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs – Volume 1 – Versión en Español (2016)



Um debate sobre Financiamento de Longo Prazo para Infraestrutura (2016)



PAC – Avaliação do Potencial de Impacto Económico (2016)



PAC – Radiografia dos Resultados 2007 a 2015 (2016)



Encontro Internacional de Infraestrutura e PPPs (2015)



Encontro Internacional de Infraestrutura e PPPs – English Version (2015)



Encontro Internacional de Infraestrutura e PPPs – Versión en Español (2015)



Investimento Em Infraestrutura e Recuperação da Economia (2015)



Investimento Em Infraestrutura e Recuperação da Economia – English Version (2015)



Investimento Em Infraestrutura e Recuperação da Economia – Versión en Español (2015)



Proposta para Ampliar a Participação de Empresas 1ª Edição (2015)



Proposta para Ampliar a Participação de Empresas 1ª Edição – English Version (2015)



Proposta para Ampliar a Participação de Empresas 1ª Edição – Versión en Español (2015)



Cartilha CBIC – TCU (2014)



Cidades resilientes e a urgência por projetos Net Zero Water



Construções Verdes: Os desafios e vantagens das construções sustentáveis



Guia Orientativo Normas de Conservação de Água (2019)



O Futuro da Minha Cidade – Manual 2ª Edição (2018)



Energia na Construção (2017)



Gestão de Recursos Hídricos na Indústria da Construção (2017)



Gestão de Recursos Hídricos na Indústria da Construção – English Version (2017)



Energias Renováveis (2016)



Energias Renováveis – Versión en Español (2016)



Recursos Hídricos (2016)



Recursos Hídricos – Versión en español (2016)



Recursos Hídricos – English Version (2016)



Mapeamento de Incentivos Econômicos Para a Construção Sustentável (2015)



Mapeamento de Incentivos Econômicos Para a Construção Sustentável– Versión en Español (2015)



Guia de Compra Responsável (2015)



Guia de Compra Responsável – Versión en español (2015)



O Futuro da Minha Cidade (2015)



Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental (2015)



Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental – Versión en español (2015)



Desenvolvimento Com Sustentabilidade (2014)



Desafio de Pensar o Futuro das Cidades (2014)



Guia Orientativo da Construção em Aço – App Store – (2019)



Guia Orientativo da Construção em Aço – Google Play – (2019)



Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat (2019)



Habitação 10 anos no Futuro – Relatório Final (2018)



Habitação 10 anos no Futuro – Sinais (2018)



RoadShow BIM (2018)



Guia Esquadrias para Edificações (2017)



COLETÂNEA – BIM



Cartilha do BIM (2016)



Norma de Desempenho: Panorama Atual e Desafios Futuros (2016)



Catálogo de Inovação na Construção Civil (2016)



Boas Práticas Para Entrega Do Empreendimento – Desde a Sua Concepção (2016)



Análise dos Critérios de Atendimento à Norma de Desempenho ABNT NBR 15.575 (2016)



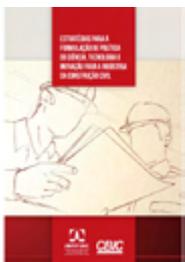
Guia de Elaboração de Manuais (2014)



Dúvidas Sobre a Norma de Desempenho – Especialistas Respondem (2014)



2º Caderno de Caso de Inovação na Construção Civil (2014)



Estratégias para a formulação de Política de Ciência, Tecnologia e Inovação para a indústria da Construção Civil (2013)



Guia da Norma de Desempenho (2013)



Tributação Industrialização e Inovação Tecnológica na Construção Civil (2013)



1º Caderno de Casos de Inovação na Construção Civil (2011)



Distratos na Incorporação Imobiliária (2019)



Desmistificando a Incorporação Imobiliária e o Patrimônio de Afetação (2019)



Jornada da Incorporação Imobiliária | Vendas Digitais



II Encontro Nacional sobre Licenciamentos na Construção (2019)



Letras Imobiliárias Garantidas e o Crédito Habitacional (2017)



Indicadores Mobiliários Nacionais (2017)



Cartilha – Por Uma Nova Cultura Urbana (2017)



Caderno – Por Uma Nova Cultura Urbana (2017)



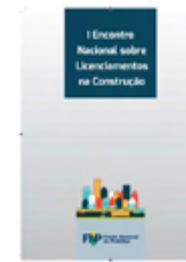
Perenidade dos Programas Habitacionais (2016)



Eficiência na Construção – Brasil mais Eficiente, País mais Justo (2014)



Custo da Burocracia no Imóvel (2015)



I Encontro Nacional sobre Licenciamento na Construção (2015)

RESPONSABILIDADE SOCIAL



Cartilha – Construindo juntos! Por um ambiente mais diverso e inclusivo na Indústria da Construção – 2023



Comunicação de Engajamento – Pacto Global (2019)



Boas Práticas na Construção x ODS (2019)



Ética e Compliance na Construção Civil – Fortalecimento do Controle Interno e Melhoria dos Marcos Regulatórios e Práticas – (2016)



Ética e Compliance na Construção Civil – Fortalecimento do Controle Interno e Melhoria dos Marcos Regulatórios e Práticas – English Version (2016)



Ética e Compliance na Construção Civil – Fortalecimento do Controle Interno e Melhoria dos Marcos Regulatórios e Práticas – Versión en Español (2016)



Ética e Compliance – Volume I (2016)



Ética e Compliance – Volume I – English Version (2016)



Ética e Compliance – Volume I – Versión en Español (2016)



Ética e Compliance – Volume II (2016)



Ética e Compliance – Volume II – English Version (2016)



Ética e Compliance – Volume II – Versión en Español (2016)



Sustentabilidade na Indústria da Construção (2016)



Ética & Compliance (2015)



Avaliação de Impactos do Dia Nacional da Construção Social (2015)



Trabalhadores Da Construção (2015)



Mulheres na Construção (2015)



Passo a Passo da Tecnologia Social do Dia Nacional da Construção Social (2014)



Guia CBIC de Boas Práticas em Sustentabilidade na Indústria da Construção (2014)



Flores do Canteiro (2014)

## POLÍTICAS TRABALHISTAS

CPRT  
COMISSÃO DE POLÍTICA DE RELAÇÕES TRABALHISTAS



AS NOVAS NRs E A INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO (2022)



Guia básico para implantação de segurança e saúde nos canteiros de obra (2022)



Guia do Sistema de Proteção Individual Contra Quedas (2022)



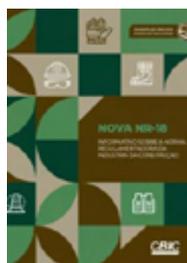
Áreas de Vivência (2022)



Livreto Nova NR-18 (2021)



Manual Orientativo de Segurança e Saúde no Trabalho (SST) para os Canteiros de obras de Edificações (2021)



Informativo sobre a Nova NR18 (2021)



Segurança Saúde do Trabalho na Indústria da Construção Civil (2019)



Manual de Segurança e Saúde no Trabalho para Escavação da Indústria da Construção (2019)



Segurança e Saúde na Indústria da Construção - Prevenção e Inovação (2019)



Guia Contrate Certo – 3ª Edição (2018)



Manual de Segurança e Saúde no Trabalho para Instalação Elétrica Temporárias na Indústria da Construção. (2018)



Encargos Previdenciários e Trabalhistas no Setor da Construção Civil (2018)



Cartilha Edificar o Trabalho (2017)



Guia Prático para Cálculo de Linha de Vida e Restrição para a Indústria da Construção (2017)



Manual Básico de Indicadores de Produtividade na Construção Civil – Relatório Completo (2017)



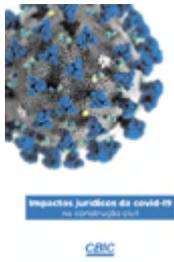
Manual Básico de Indicadores de Produtividade na Construção Civil (2017)



Guia Orientativo de Incentivo a Formalidade (2016)

## JURÍDICO

**CONJUR**  
CONSELHO JURÍDICO



Impactos jurídicos da Covid-19 na construção civil (2020)



Recuperação Judicial – Conceitos Básicos (2020)



Novos Marcos Regulatórios de Interface com a Construção Civil (2019)



Distritos na Incorporação Imobiliária (2019)



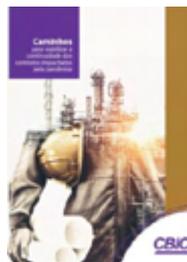
Desmistificando a Incorporação Imobiliária e o Patrimônio de Afetação (2019)

## OBRAS INDUSTRIAIS

**COIC**  
COMISSÃO DE OBRAS INDUSTRIAIS E CORPORATIVAS



Cartilha – ESG no Segmento de Obras Industriais e Corporativas



Caminhos para viabilizar a continuidade dos contratos impactados pela pandemia



Guia Prático de Gestão Compartilhada – 2020



Coronavírus COIC (2020)



Guia BDI (2019)



Guia Contratos de Empreitada na Construção (2019)



Correalização:

**SENAI**

Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial  
PELO FUTURO DO TRABALHO

Realização:

**CBIC**

