



Brasinfra

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DOS SINDICATOS E
ASSOCIAÇÕES DE CLASSE
DE INFRAESTRUTURA

PL 6814/2017

DOCUMENTO DE POSIÇÃO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
PAUTA PRIORITÁRIA	6
1. TRATAMENTO DIFERENCIADO DE OBRAS E SERVIÇOS DE GRANDE PORTE.....	6
2. APRIMORAMENTO DOS PROCEDIMENTOS AUXILIARES À LICITAÇÃO 6	
2.1. PRÉ-QUALIFICAÇÃO PERMANENTE.....	6
2.2. REGISTRO CADASTRAL	7
2.3. CATÁLOGO ELETRÔNICO DE PADRONIZAÇÃO.....	8
2.4. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS	9
3. ORÇAMENTAÇÃO	10
3.1. ORÇAMENTAÇÃO DE OBRAS	10
3.2. DESCONTO LINEAR.....	12
3.3. ORÇAMENTO SIGILOSO.....	12
4. REQUISITOS DE HABILITAÇÃO	13
4.1. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DE LICITANTES	13
4.2. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE LICITANTES	14
4.3. CONSÓRCIOS.....	15
5. VALORIZAÇÃO DA TÉCNICA COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO	17
5.1. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO	17
5.2. SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS	17
6. APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS E LANCES E APLICAÇÃO DO PREGÃO	19
6.1. APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS E LANCES	19
6.2. APLICAÇÃO DO PREGÃO	20
6.3. INTERVALO MÍNIMO ENTRE LANCES.....	22
7. REGIMES DE CONTRATAÇÃO	23
7.1. PROJETO BÁSICO	23
7.2. ALOCAÇÃO DE RISCOS.....	24
7.3. CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA	27
7.4. EMPREITADAS POR PREÇO UNITÁRIO E PREÇO GLOBAL	28
8. ENTRAVES À EXECUÇÃO CONTRATUAL	29
8.1. LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	29
8.2. DESAPROPRIAÇÕES.....	31
9. GARANTIA DA VIABILIDADE CONTRATUAL	33
9.1. DETALHAMENTO DOS REAJUSTES NO CONTRATO	33
9.2. PROCESSAMENTO DAS MEDIÇÕES PARA PAGAMENTO	34
9.3. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	35
10. GARANTIAS	36
10.1. GARANTIA DE PROPOSTA.....	36
10.2. SEGURO GARANTIA DE <i>PERFORMANCE</i>	37
11. TIPIFICAÇÃO DA OMISSÃO GRAVE DE INFORMAÇÃO	40

PAUTA COMPLEMENTAR	42
12. DEFINIÇÕES.....	42
12.1. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA	42
13. FISCALIZAÇÃO E SUPENSÃO POR ÓRGÃO DE CONTROLE	43
14. SOLUÇÃO DE CONFLITOS (ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO).....	44
15. EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTAS	45
16. PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES	47
17. EXIGÊNCIAS PARA CUMPRIMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS .	48
18. PRERROGATIVAS ABUSIVAS DA ADMINISTRAÇÃO	49
19. DURAÇÃO DOS CONTRATOS DE GERENCIAMENTO	50
20. CERTIFICAÇÃO POR ENTIDADE ACREDITADA.....	51

INTRODUÇÃO

A Associação Brasileira de Sindicatos e Associações de Classe de Infraestrutura (BRASINFRA) tem entre seus objetivos colaborar com o Estado no estudo e solução dos problemas que se relacionam ao ambiente de negócios das empresas do setor e ao desenvolvimento da infraestrutura nacional.

A superação da crise que fragiliza o País e compromete o bem-estar das pessoas passa pela identificação e solução dos principais gargalos que afetam a atividade econômica. O desenvolvimento nacional e a performance sustentável das empresas dependem da realização de reformas, condição necessária para aumentar o nível e qualidade dos investimentos.

Os investimentos em infraestrutura na última década foram baixos, comparados com as referências históricas do País e com os investimentos realizados por outros países com necessidades semelhantes.

É certo que o baixo volume de investimentos possui correlação com a escassez de recursos do Estado. Entretanto, a baixa capacidade de planejamento e a ineficiência das leis que regulam as licitações e contratos administrativos comprometem contratações e a execução de empreendimentos, conseqüentemente o nível e a qualidade dos investimentos.

No contexto de realização de reformas, visando a publicizar a sua posição sobre matéria de relevante interesse do setor e a qualificar a sua interlocução com os agentes governamentais, a BRASINFRA constituiu Grupo de Trabalho destinado a formular um Documento de Posição que contém subsídios técnicos sobre a reforma e consolidação da legislação sobre licitações e contratos, objeto do Projeto de Lei nº 6.814/2017 (Projeto de Lei do Senado nº 559/2013), atualmente sob exame da Câmara dos Deputados.

A temática é foco de análises específicas das diferentes entidades da indústria da construção pesada e de serviços de engenharia. Não obstante, resultam do interesse de associação a cooperação e a defesa de interesses comuns.

É sabido que a discussão sobre a reforma da legislação sobre licitações e contratos não é recente e consta das agendas dos Poderes Executivo e Legislativo.

No âmbito do Congresso Nacional, tramitam centenas de proposições legislativas que dispõem sobre modificações pontuais das Leis nº 8.666/93, nº 10.520/02 e nº 12.462/11. A intensa discussão e a aprovação do PLS nº 559/2013 pelo Senado Federal, em 2016, indica o interesse de revisão da legislação vigente.

Observa-se também a clara a preponderância do Poder Executivo na formulação das leis que balizam as contratações públicas, sobretudo se considerada a implementação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), promovida basicamente por meio de Medidas Provisórias e atos infralegais. Essa realidade acaba por reduzir o diálogo com os setores da sociedade. Daí decorre a importância da discussão do PL nº 6814/2017.

É imprescindível que a atuação por intermédio da Associação tenha base sólida, fator essencial para qualificar a entidade a participar das discussões e que aumentará sua capacidade de influência.

Considerando as experiências das diferentes entidades integrantes da BRASINFRA, o presente Documento de Posição propõe soluções para os grandes problemas enfrentados pela Administração Pública e pelos particulares, a partir da identificação das disposições do Projeto de Lei que representam avanços em relação às normas vigentes e de seus aspectos que exigem aprimoramentos.

Em prol da correta e eficiente regulamentação da contratação de obras e serviços de engenharia pelo Poder Público, os principais temas que devem ser enfrentados pela BRASINFRA no debate sobre o Projeto de Lei estão relacionados aos poderes e prerrogativas da Administração, que atrapalham e tornam a execução desnecessariamente onerosa; à falta de clareza e exigências insuficientes nos critérios de seleção; às providências iniciais, muitas vezes alheias à ingerência das partes, que comprometem o contrato desde o seu início e arriscam a conclusão das obras; e à falta de consensualidade na gestão do contrato.

Assim, constam do Documento de Posição, a título de exemplo, propostas sobre o processamento de medições e pagamentos; o regramento relativo a obtenção de licenças ambientais; a qualificação técnica e econômico-financeira de empresas licitantes; e abrangência da aplicação do pregão.

Observa-se que em função de ainda não haver consenso entre os membros da BRASINFRA, o presente documento não trata de aspectos relacionados com o nível de detalhamento do projeto (anteprojeto, básico ou executivo) a ser utilizado na Contratação Integrada e nas demais contratações.

PAUTA PRIORITÁRIA

1. TRATAMENTO DIFERENCIADO DE OBRAS E SERVIÇOS DE GRANDE PORTE

COMENTÁRIOS:

Consta no PL 6814/17, art. 5º, XX, a definição de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, quais sejam: aqueles cujo valor estimado seja superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

O valor que define obra de grande vulto deve representar a realidade das obras de construção pesada. Parece-nos que 100 milhões de reais, como está proposto no PL 6814, não reflete tal realidade.

Considerando as diferenças regionais existentes em todos os estados da federação e o porte de contratações comumente efetuadas, propõe-se que a definição seja modificada, para que contratações de grande vulto sejam aquelas de valor superior a R\$ 300 milhões de reais.

Destaca-se que a importância dessa definição está no fato de que ela orienta outros dispositivos. Por tratar-se de regra que define e delimita vários eventos previstos em contratação de grandes obras, o valor de referência há que ser elevado.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se:

*XX: Obras, serviços e fornecimento de grande vulto: aqueles cujo valor estimado seja superior a **R\$ 300.000,00 (trezentos milhões de reais)**.*

2. APRIMORAMENTO DOS PROCEDIMENTOS AUXILIARES À LICITAÇÃO

2.1. PRÉ-QUALIFICAÇÃO PERMANENTE

COMENTÁRIOS:

Sabe-se que a pré-qualificação é um procedimento eficaz para conciliar dois dos principais objetivos da licitação: celeridade e proteção à administração. Em princípio, tais objetivos são antagônicos e inconciliáveis, já que o maior rigor na análise das condições de capacitação dos licitantes irá sempre obstar a célere conclusão do certame.

Bem por isso, ao segregar em dois momentos o procedimento de contratação, a pré-qualificação possibilita que a Administração analise com o rigor necessário as condições de habilitação em período anterior àquele no qual se dará a disputa de preço. Pré-qualificados os licitantes, a Administração, quando lançar o edital de licitação, terá a obrigação apenas de verificar os preços ofertados, sem

comprometimento da celeridade e sem contaminação mútua entre essas duas partes essenciais do procedimento de contratação.

Não por acaso, o instrumento da pré-qualificação é padrão nas licitações capitaneadas por entidades internacionais, especialmente nos casos em que o objeto licitado exige maior rigor na aferição da capacidade dos licitantes.

Nesse sentido, é recomendável que o PL 6814/17 seja mais assertivo ao incorporar a pré-qualificação, ao menos para torná-la obrigatória nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimento de grande vulto (definidos no texto do Projeto). Ao fazê-lo, estará permitindo à Administração um ganho considerável de tempo na condução de processos licitatórios para a contratação de objetos relevantes (dado o seu alto valor) ao interesse público.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se:

*XLIII – pré-qualificação – procedimento seletivo prévio à licitação, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto, **convocado por meio de edital, a ser obrigatoriamente adotado nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimento de grande vulto.***

2.2. REGISTRO CADASTRAL

COMENTÁRIOS:

O Registro Cadastral traz maior segurança aos contratantes, que podem a qualquer momento verificar a veracidade dos documentos apresentados pelas empresas, sem impactar nos prazos dos certames licitatórios.

Trata de uma importante ferramenta para o administrador dimensionar suas exigências para atendimento ao planejamento de licitações a serem realizadas, além de agilizar a análise de propostas de habilitação, com conseqüente redução do prazo para conclusão dos processos licitatórios.

Nossas proposições visam aprofundar a normatização do Registro Cadastral, assegurando prazos para recebimento de documentos das empresas interessadas, assim como sua participação nos certames licitatórios.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 78. Para os fins desta Lei, os órgãos e as entidades da Administração Pública que realizem licitações manterão, em cooperação federativa, registros cadastrais, para efeito de habilitação e atesto de cumprimento de obrigações, na forma que dispuser regulamento.

...

§ 2º É facultado às unidades administrativas criar cadastros centralizados ou utilizarem registros cadastrais de outros órgãos ou entidades de nível federativo igual ou superior, assegurada nesta hipótese o requerimento de inscrição no cadastro perante o órgão ou entidade licitante.

§ 3º A Administração Pública Federal realizará, preferencialmente, licitação restrita a fornecedores cadastrados, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento e a ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento.

§ 4º Na hipótese a que se refere o § 3º, será admitido fornecedor que *requeira* seu cadastro até o **décimo quinto dia anterior a data para apresentação de propostas prevista no edital.**

§ 5º Os registros cadastrais a que se referem o caput deverão ser implementados no prazo de até 2 (dois) anos.

Art. 79. Ao requerer inscrição no cadastro, ou atualização desse, a qualquer tempo, o interessado fornecerá os elementos necessários à satisfação das exigências de habilitação previstas nesta Lei.

...

§ 6º A postulação de cadastramento feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até a decisão sobre a emissão do certificado, devendo esta decisão preceder a abertura das propostas.

2.3. CATÁLOGO ELETRÔNICO DE PADRONIZAÇÃO

COMENTÁRIO:

O PL cria o Catálogo Eletrônico de Padronização para compras serviços e obras, permitindo sua utilização para licitações.

Para elaboração de um projeto de obra, necessita-se de estudos geotécnicos e geológicos que são únicos e referentes ao exato sitio de implantação de um objeto. A logística local impacta sobremaneira os custos administrativos. Um país de dimensões continentais como o Brasil possui custos adicionais de mão de obra distintos para cada localização. Não se encontra os mesmos materiais em todo território.

São tantas variáveis que os sistemas de custos mantidos pela União, o SICRO e SINAPI, apresentam seus custos por Estado da Federação, além de utilizá-los como referência, cientes de que as logísticas locais e especificidade das obras, impedem sua orçamentação de forma generalizada.

Portanto, não se pode pensar uma obra como um produto acabado similar e de valor permanente. Obras possuem características únicas.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 5. ...

XLIX – catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços: sistema informatizado, de gerenciamento centralizado e com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública e que estarão disponíveis para licitação;

...

Art. 17. *Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:*

...

II – criar catálogo eletrônico de padronização de compras e serviços;

2.4. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

COMENTÁRIOS:

O PL pretende instituir o “Sistema de Registro de Preços” para contratação de obras e serviços de engenharia.

Este sistema já se mostrou bastante eficaz para o fornecimento de bens à Administração Pública, garantindo a possibilidade de compras parceladas, no momento oportuno e necessário, ou até mesmo, deixar de efetuar as aquisições, sem, contudo, dar causa a prejuízos aos fornecedores registrados. O Sistema de Registro de Preços também permite propostas de quantidades inferiores às máximas previstas, a entrega de produtos em locais diferentes e alteração dos preços registrados, dentre outros.

Porém, tais definições não se aplicam a contratação de obras e serviços de engenharia. Isto certamente contribuiria para instalar dificuldades interpretativas que podem se revelar extremamente maléficas para a eficiência dos processos licitatórios.

O PL traz, no Art. 76, a condição para contratação de obras pelo Sistema de Registro de Preços: existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional e a necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

A execução de obras e serviços de engenharia exige criterioso estudo quanto a logística local, que impactam de sobremaneira no custo do empreendimento. Não só os custos administrativos e de mobilização e canteiro são específicos, como os custos de mão de obra, seus adicionais e dos materiais empregados. Prova disto é que os sistemas de custos mantidos pela União, e citados neste próprio PL, quais sejam o SICRO e SINAPI, apresentam seus custos por Estado da

Federação, além de utilizá-los como referência, cientes de que as logísticas locais e especificidade das obras, impedem sua orçamentação de forma generalizada.

Por mais que se pretenda repetir um projeto em locais distintos, a sua construção sempre terá alterações executivas, seja pelo local de seu assentamento e os solos existentes; pela disponibilidade de materiais, mão de obra e equipamentos; pelo custo de logística e transporte, por exemplo, o que certamente impacta sobremaneira o real custo de uma obra ou serviço de engenharia.

Quanto à necessidade permanente ou frequente de obras ou serviços a ser contratado, isto se aplicaria aos órgãos que mais contratam e dispõe de recursos para tal.

As obras e serviços de engenharia exigem para sua precificação estudos detalhados e específicos, obtidos através da aplicação dos ensinamentos da Engenharia de Custos. Portanto, a aplicação do Sistema de Registro de Preços para obras e serviços de engenharia acabaria por acarretar a elevação dos riscos e custos de transação na licitação, com sérios prejuízos à eficiência e à economicidade da contratação administrativa. E se levar a cabo esta indesejável situação aos maiores contratantes, o prejuízo à Administração seria irreparável.

Portanto, propõe-se a supressão do Art. 76.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 73. O edital para licitação por registro de preços, comum ou permanente, observará as regras gerais de licitação e deverá dispor sobre:

...

§ 3º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, e observará as seguintes condições:

...

~~Art. 76. A Administração poderá contratar a execução de serviços comuns pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos.~~

3. ORÇAMENTAÇÃO

3.1. ORÇAMENTAÇÃO DE OBRAS

COMENTÁRIOS:

A licitação e a contratação de obras e serviços de engenharia, a depender do regime de contratação adotado e em função de suas especificidades e características técnicas, podem ser precedidas de um projeto básico ou executivo de forma a propiciar a elaboração do respectivo orçamento.

O próprio PL está alinhado com esse procedimento e determina, nos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 41, parâmetros para a elaboração dos orçamentos das obras e serviços de engenharia, reconhecendo suas especificidades.

É necessário, portanto, adequar a redação do artigo 20 aos conceitos e princípios de orçamentação das obras e serviços de engenharia presentes no PL.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 20. Salvo nas contratações para obras e serviços de engenharia, reguladas pelo art. 41, o valor estimado da contratação poderá ser calculado:

~~I – nas contratações para obras e serviços de engenharia, com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, mediante orçamento analítico ou metodologia expedita ou paramétrica, elaborado a partir de preços de sistemas referenciais de custos da Administração ou de tabela de referência formalmente aprovada por seus órgãos ou entidades, publicações técnicas especializadas, sistema específico setorial ou pesquisa de mercado, na forma de regulamento.~~

Parágrafo único: Nas contratações integradas:

I - o preço total poderá ser determinado através de orçamento sintético, apurado a partir de preços de mercado.

II - frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto poderão ser estimadas parametricamente ou por avaliações aproximadas;

III – na utilização de metodologias paramétricas ou avaliações estimadas, destinadas a determinação do valor total ou de frações do empreendimento, será escolhida, entre duas ou mais técnicas estimativas possíveis de preço-base, aquela que viabilize a maior precisão orçamentária.

~~IV – sempre que o anteprojeto assim o permitir, as estimativas de preço devem basear-se em orçamento sintético tão detalhado quanto possível, reservando-se as estimativas paramétricas e as avaliações aproximadas às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto e exigindo-se, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento dos licitantes ou contratados em seus demonstrativos de formação de preços;~~

~~V – na utilização de metodologias expedita ou paramétrica destinadas a avaliação do valor total ou de frações do empreendimento, será escolhida, entre duas ou mais técnicas estimativas possíveis de preço-base, aquela que viabilize a maior precisão orçamentária.;~~

~~exigindo-se, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento dos licitantes ou contratados em seus demonstrativos de formação de preços.~~

3.2. DESCONTO LINEAR

COMENTÁRIOS:

A redação do § 3º do art. 31 do PL 6814/17 apregoa a obrigação de o percentual de desconto, nas licitações de obras ou serviços de engenharia, incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado. Essa disposição ignora a realidade de que os licitantes, dada a sua experiência e relações estabelecidas com fornecedores e terceiros, naturalmente trabalham com percentuais de desconto específicos para determinados preços do orçamento estimado.

Daí porque, a previsão de incidência linear do percentual de desconto vai de encontro à lógica do mercado e, além disso, pode implicar contratação desnecessariamente mais onerosa para a Administração, diminuindo a flexibilidade dos licitantes na formulação das respectivas propostas, a partir dos descontos obtidos em cada item. É certo que a aplicação linear não logra equalizar descontos em preços específicos com valores “cheios” ou mais elevados em outros preços, pois é preciso considerar também o impacto de cada item no orçamento final da obra ou serviço de engenharia.

O desconto linear, ademais, é incompatível com os regimes de empreitada integral ou empreitada por preço global (também o é no regime da contratação integrada, mas este se submete obrigatoriamente ao julgamento pela combinação da técnica com o menor preço), em que o valor global será relevante. Nesses casos, a obrigação de ofertar um desconto linear, desconsiderando ganhos específicos em determinado itens de precificação, poderá diminuir o percentual de desconto ofertado pelos licitantes, em prejuízo da Administração.

Portanto, propõe-se a supressão do dispositivo.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 31. O julgamento por menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

~~§ 3º O percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório. (Suprima-se)~~

3.3. ORÇAMENTO SIGILOSO

COMENTÁRIOS:

O orçamento sigiloso não é adequado nas licitações de serviços e obras de engenharia, pela multiplicidade dos elementos formadores do preço e pela imponderabilidade da aferição de custos de parcelas de determinadas obras; o que inclusive já foi ressaltado pelo Tribunal de Contas da União quando da

análise da questão à luz de previsão similar constante da Lei nº. 12.462/2011, que versa sobre o RDC (Acórdão nº. 3.011/2012, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU 8.nov.2012).

Vale ressaltar que a regra prevista no art. 6º, §3º da Lei nº. 12.462/2011 é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade que tramita no Supremo Tribunal Federal (ADI nº. 4.645).

Portanto, é conveniente ressaltar esta inaplicabilidade.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 21. Havendo motivos relevantes devidamente justificados, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, hipótese em que:

...

§ 2º Nas obras e serviços de engenharia, o orçamento será sempre público.

4. REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

4.1. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DE LICITANTES

COMENTÁRIOS:

A justa pretensão em ampliar o universo de competidores, reassentando as exigências tradicionais de habilitação da legislação vigente, não é, em si, uma ideia equivocada. A competição é, efetivamente, um elemento essencial da licitação.

Contudo, também o é a cautela que deve haver em relação à escolha do particular a ser contratado. Não por outra razão, é o próprio texto constitucional (art. 37, XXI) que estabelece a possibilidade de se demandar exigências de qualificação técnica e econômica dos licitantes.

Nesse contexto se insere a apresentação de atestados de capacidade técnica, que demonstrem com segurança a aptidão do licitante por já ter ele executado objeto semelhante ao licitado. A confiabilidade desta demonstração reside no atestado de capacidade técnica devidamente registrado no Conselho Profissional competente¹, único instrumento indene e objetivo, que certifica a habilitação do licitante à execução do objeto do contrato.

Especificamente com relação a obras e serviços de engenharia, é temerária a previsão do § 3º do art. 6º do PL 6814/17, ao possibilitar que a apresentação do atestado de capacidade técnica seja substituída por outra documentação. Pior

¹ Em se tratando de serviços de engenharia, a questão se encontra amplamente regulamentada pela Resolução nº. 1.025/2009 do CONFEA – Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

ainda é deixar a definição dos documentos substitutivos para regulamentação posterior.

Na atual redação, o dispositivo põe em risco as contratações do Poder Público, pois aumenta a possibilidade de contratação de empresas inexperientes e sem capacidade operacional.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 60. A documentação relativa à qualificação técnica será restrita a:

*I – **indicação de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica, devidamente registrado no conselho profissional competente, pela** execução de obra, serviço ou fornecimento de características semelhantes e **complexidade tecnológica equivalente ou superior ao licitado, mediante prova de seu vínculo com a licitante;***

*II – **apresentação de atestado devidamente registrado no conselho profissional competente, que comprove a execução, pela licitante, de obra, serviço ou fornecimento de características semelhantes e complexidade tecnológica ou operacional equivalente ou superior, independentemente da vinculação atual com o profissional detentor desse acervo;***

*§2º **São vedadas as exigências de comprovação de experiência anterior com limitações de tempo e de locais específicos.***

*§ 3º **Será admitida a exigência de quantidades mínimas, limitadas a 50% (cinquenta por cento) das parcelas de maior relevância e valor significativo, exclusivamente para o fim a que se refere o inciso II.***

*§ 4º **A critério da administração pública, as exigências a que se referem os incisos I e II poderão ser substituídas, salvo nas hipóteses de experiência na execução de obras e serviços de engenharia, por outra prova de que o profissional ou a empresa possui experiência prática e conhecimento técnico na execução de fornecimento ou serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.***

*§ 4º **Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras, registrado em entidade profissional competente, quando acompanhados de tradução juramentada para o português.***

4.2. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DE LICITANTES

COMENTÁRIOS:

Propõe-se a supressão do art. 61, § 6º, que possibilita a dispensa dos requisitos para a habilitação econômico-financeira mediante a apresentação de seguro-garantia, desde que previsto no edital.

Além de não ficar claro que espécie de seguro é essa, já que a apólice do *performance bond* não é apresentada na licitação, mas apenas na assinatura do contrato, há o risco de se enfraquecer a análise da saúde financeira dos licitantes.

Tal dispositivo pode, ainda, frustrar a competição (devido ao custo e critérios para obtenção da garantia no mercado) aumentando também o risco de a Administração contratar empresa incapaz de implantar ou operar adequadamente o serviço, não obstante a apresentação do seguro-garantia.

Por outro lado, propõe-se alteração da redação do art. 62, §3º do Projeto, para incluir em sua parte final previsão de regulamentação da questão ali tratada: a exigência da relação dos compromissos assumidos pela licitante que possam importar em diminuição de sua capacidade econômico financeira.

A regulamentação é relevante para se uniformizar a exigência nas entidades dos diversos entes federativos, proporcionando previsibilidade e segurança no ambiente das licitações.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 62. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social;

...

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados, na forma de Decreto.

...

~~*§ 6º Os requisitos para a habilitação econômico-financeira poderão ser dispensados mediante apresentação de seguro-garantia, desde que previsto no edital.-(SUPRIMA-SE)*~~

4.3. CONSÓRCIOS

COMENTÁRIOS:

O PL 6814/17 traz duas inovações em relação à legislação atual, ao positivizar duas questões usuais na realidade da participação de consórcios: (i) permite expressamente que o edital limite o número de integrantes por consórcio, desde que haja justificativa técnica e (ii) permite a substituição de consorciado, desde que expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante.

A primeira inovação é bem-vinda e consagra o que já vem sendo adotado na prática. A utilização indiscriminada de consórcios com várias empresas, como única forma de viabilizar sua participação no certame, arriscaria as contratações realizadas pelo Poder Público, tendo em vista a precariedade de se aferir a real capacidade de execução dos objetos e, tanto pior, de tornar mais complexidade a tarefa de gestão dos contratos pela Administração, tendo em conta a multiplicidade de responsáveis pela execução, ainda que reunidos na figura do consórcio.

No segundo caso, trata-se também de um ponto que pode ser benéfico, especialmente em situações nas quais a permanência de um integrante seja inviável ou traduza prejuízos às demais (p.ex.: quando uma consorciada experiente comprometimentos financeiros).

Ainda assim, utilizada indiscriminadamente, essa última possibilidade poderá ser uma porta para o “aluguel” de atestados, formando-se um consórcio fictício apenas para que o real interessado na licitação possa se servir, para o cumprimento das exigências de habilitação, da experiência ou situação financeira de outra empresa, que poderá se retirar do contrato, vencida a licitação. Com isso, a Administração poderá restar desguarnecida, tendo em conta que as consorciadas remanescentes poderão não estar habilitadas ou não deter as condições econômico-financeiras necessárias à execução do contrato.

Portanto, o que se deve tentar conciliar é a permissão de substituição de consorciada (salutar, muitas vezes, à continuidade do contrato) com a manutenção das condições de habilitação, quando menos, para as parcelas ainda pendentes de execução contratual, no momento da substituição.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 13. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar em consórcio de licitação, com observância das seguintes normas:

I – Admissão da reunião da qualificação técnica, segundo as condições definidas no edital, e da qualificação econômico-financeira na proporção das respectivas participações das consorciadas;

...

§ 6º. A substituição de consorciada deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante, **condicionada à comprovação de que as consorciadas remanescentes preenchem as exigências de habilitação previstas na licitação que antecedeu ao contrato.**

5. VALORIZAÇÃO DA TÉCNICA COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO

5.1. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

COMENTÁRIOS:

Propõe-se o detalhamento do critério para avaliação das propostas técnicas, com o intuito de possibilitar a contratação da licitante melhor preparada para atender o escopo da licitação, e para fornecer parâmetros para acompanhamento e fiscalização do desenvolvimento dos trabalhos, a partir da conferência e aprovação dos produtos que serão entregues. Ademais, recomenda-se definição de critério específico para o julgamento por melhor conteúdo artístico.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

*Art. 34. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço **deverá ser realizado por:***

*I – apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados, **que comprovem a capacitação e experiência da proponente e de membros da equipe técnica; e***

*II – atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa, por banca designada para este fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, **e que considerem: a demonstração técnica do conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a organização e a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;***

*§2º **Poderá ser atribuída nota por desempenho do licitante em contratações com a Administração Pública, constante de cadastro unificado de contratados do ente federativo.***

Art. 34-A. O julgamento por melhor conteúdo artístico poderá ser realizado por atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca conforme definido no artigo anterior, e de acordo com orientações e limites definidos em edital.

5.2. SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

COMENTÁRIOS:

Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual não podem ser contratados com base em critérios com preponderância do preço,

ou simplesmente pelo menor preço. Produto singular, de concepção e produção futura, não pode ter seu conteúdo pré-determinado, mesmo estando sujeito a diretrizes, especificações ou recomendações contidas em normas técnicas ou regulamentações.

O art. 33, em seu § 1º, define as situações em que a licitação com critério de julgamento de técnica e preço poderá ser utilizada, portanto, também permite que não seja adotada. O texto original do inciso I estipula que o critério de julgamento de técnica e preço deve ser empregado preferencialmente, mas não obrigatoriamente.

O texto ora proposto elimina a possibilidade da contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual ser realizada por menor preço e prevê a possibilidade da contratação ser por melhor técnica.

O inciso VII, ora proposto, mantém a possibilidade da contratação de serviços de inovação tecnológica ou técnica ser preferencialmente por técnica e preço.

Ademais, propõe-se aprimoramento da metodologia para aferição da pontuação final, haja vista que a proporção prevista no texto original aumenta o risco de que a seleção ocorra por critério com predominância do preço.

A proposta de emenda ao art. 119 tem por objetivo permitir que um projeto seja livremente utilizado desde que tenha sido contratado para esta finalidade (projeto tipo padrão). Não é razoável contratar um projeto, utilizá-lo em inúmeros empreendimentos e fazer alterações, sem o conhecimento, a avaliação e a autorização do autor.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 33. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no instrumento convocatório, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput poderá ser utilizado nas licitações para contratação de:

*I – serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que esse critério de julgamento deve ser empregado **obrigatoriamente, sendo prevista como única exceção o critério de julgamento pela melhor técnica;***

...

VII – serviços de inovação tecnológica ou técnica, caso em que esse critério de julgamento deve ser empregado preferencialmente;

*§ 2º No julgamento por técnica e preço deverão ser avaliadas e **pontuadas** as propostas técnicas e, em seguida, aquelas de preço apresentadas pelos licitantes, e a **pontuação final será obtida pela***

média ponderada das notas das propostas técnica e de preço, sendo atribuível à proposta técnica o fator de ponderação mínimo de 70% (setenta por cento) do total.

...

§ 5º A etapa de qualificação de propostas técnicas precederá abertura das propostas de preço, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação técnica mínima definida no edital.

...

Art. 119. A administração Pública só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado se o autor ceder à Administração Pública todos os direitos patrimoniais a ele relativos, hipótese em que o projeto ou serviço técnico especializado poderá ser utilizado pela administração pública, de acordo com o previsto no contrato para sua elaboração.

6. APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS E LANCES E APLICAÇÃO DO PREGÃO

6.1. APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS E LANCES

COMENTÁRIOS:

O texto do artigo 50 admite possibilidade de processamento de licitações de obras e serviços de engenharia pelo modo aberto (fase de lances). Há, no entanto, forte incompatibilidade entre a dinâmica da fase de lances e as complexidades inerentes ao processo de orçamentação de obras e serviços de engenharia. Não seria excessivo dizer que a criação de estímulo artificial para a oferta de descontos sucessivos nas licitações para obras e serviços de engenharia, como efeito da sistemática da fase de lances, pode provocar cotações inexequíveis e desencontradas da realidade, forjadas num ambiente de forte pressão concorrencial. Isso conduzirá à ampliação do risco de inexecução contratual, de renegociações precoces e de jogos de planilha.

Ademais, a licitação de obras e serviços no modo aberto afigura-se nitidamente contraditória com a restrição da aplicação do pregão para obras e serviços com valor estimado de até R\$ 150 mil, conforme previsto pela regra do § 2º do art. 26. É necessário vedar a licitação sob o modo aberto para obras e serviços de engenharia, mantendo a coerência sistêmica do texto.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 50. Regulamento disporá sobre a apresentação de propostas e lances, que poderá ser, isolada ou conjuntamente:

I – aberta, hipótese em que os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado;

II – fechada, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação.

§ 1º Ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos II, III e V do caput do art. 41, nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das bonificações e despesas indiretas (BDI) e dos encargos sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor.

§ 2º Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 5% (cinco por cento), a Administração poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações.

§ 3º Consideram-se intermediários os lances:

I – iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o critério de julgamento de maior lance;

II – iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

§ 4º As licitações de obras ou serviços de engenharia serão processadas sempre e exclusivamente pelo modo fechado.

6.2. APLICAÇÃO DO PREGÃO

COMENTÁRIOS:

Propõe-se o aprimoramento do art. 26, que estabelece regras gerais quanto à adoção da modalidade de pregão, visando a evitar que essa modalidade seja utilizada em situações inadequadas.

Sabe-se que o pregão é modalidade licitatória que tem por condão conferir maior celeridade aos processos de contratação da Administração. Por meio de regras e procedimentos menos burocráticos, o pregão tem logrado tornar mais célere uma série de contratações públicas. Contudo, por essa sua característica principal, o pregão não pode ser adotado – a despeito dos efeitos benéficos que acarreta à celeridade do certame – para a contratação de obras e serviços de engenharia.

Os limites da utilização do pregão, impostos pelas características do objeto licitado são devidamente explicados pelo Exmo. Sr. Subprocurador Geral do Ministério Público Federal junto ao Tribunal de Contas:

“Evidente, portanto, que não se pode jamais utilizar pregão para contratar obras, por exemplo, posto não serem considerados bens ou serviços comuns e em razão de haver na Lei expressa vedação.

O entendimento do que sejam bens ou serviços comuns está relacionado àqueles bens ou serviços disponíveis no mercado. Àqueles que não requeiram grandes inovações ou adaptações para atender à necessidade da Administração Pública.

(...)Se, ao contrário, para atender à necessidade da Administração Pública houver necessidade de grande detalhamento das especificações do bem ou serviço e se para atender a essas especificações o fornecedor precisar elaborar ou produzir algo que não está disponível para pronta comercialização, não nos parece adequado considerar o objeto da contratação bem ou serviço comum.”²

E, em sua explanação, deixa claro quais efeitos adversos podem surgir com a adoção equivocada do pregão:

“Admitir que produtos os serviços cujo fornecimento, prestação ou fabricação requeiram adaptações ou atendimento de particularidades pouco usuais no mercado possam ser contratados por meio do pregão dá margem a fraudes e a conluíus. Em razão do pouco tempo entre a divulgação do pregão e a realização da sessão pública, os fornecedores, exceto aqueles que obtivessem informação privilegiada, poderiam não dispor sequer de prazo hábil para a elaboração das suas propostas. Ademais, se for possível aos fornecedores a elaboração das suas propostas, é possível que não disponham de tempo para fornecer o bem ou prestar o serviço que requeira especificações que não sejam usuais ou comuns no mercado.

No âmbito do TCU, a utilização do pregão para a contratação de bens ou de serviços que não considerados comuns certamente constitui o principal motivo de crítica, o que pode ser verificado no exame das decisões do Tribunal apresentadas ao final do capítulo.”³

De modo que, mesmo quando admitida na jurisprudência atual do Tribunal de Contas da União, a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia se limita àqueles objetos de natureza eminentemente comum, cuja metodologia de execução não se sujeite a distintas soluções, nem tampouco envolva qualquer grau de complexidade.

Bem por isso, o PL 6814/2017 veda a utilização do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia superior a R\$ 150.000,00, sinalizando que a

² **Curso de Licitações e Contratos Administrativos.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.364.

³ Op. cit. P., 365.

utilização indiscriminada da modalidade de pregão pode constituir abertura para desvios e licitações indevidamente conduzidas e decididas.

Propõe-se apenas ajuste de técnica legislativa do dispositivo pertinente.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

XL – pregão: modalidade de licitação para aquisição de bens, serviços e obras comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

Art. 25. São modalidades de licitação:

V – pregão;

Art. 26. A concorrência e o pregão seguem rito comum, vedada a aplicação do pregão às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, de bens e serviços especiais, de obras e serviços especiais de engenharia e de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, e, no caso de obras e serviços comuns de engenharia, quando a contratação envolver valores superiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

6.3. INTERVALO MÍNIMO ENTRE LANCES

COMENTÁRIOS:

Defendemos que seja obrigatório o intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances. Na redação atual do Substitutivo é uma faculdade do edital, de acordo com o art. 101, inciso III.

A obrigação sugerida reflete orientação constante da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, quando da análise sobre editais do Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

Entende o TCU que a falta de um intervalo mínimo entre lances pode contribuir para ofensa à economicidade e isonomia, pois licitantes mal-intencionados poderiam se valer da oferta de lances intermediários e, ao cabo da etapa de disputa, ofertar um desconto irrisório sobre a melhor proposta, desvirtuando o intuito da etapa de disputa aberta.

Abaixo precedentes do TCU sobre a matéria:

“9.2. recomendar à Infraero, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que, quando vier a estabelecer um intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, tal qual regrado pelo art. 17, § 1º, inciso I da Lei 12.462/2011, preveja mecanismos que coíbam a possibilidade de eventual licitante – que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias – de cobrir o menor preço por

desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;

9.3. recomendar ao Ministério do Planejamento e à Casa Civil, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que estudem a inclusão no regulamento do RDC, na hipótese prevista no art. 17, § 1º, inciso I, da Lei 12.462/2011 c/c art. 18, parágrafo único e art. 20 do Decreto 7581/2011, de mecanismos que coíbam a possibilidade de eventual licitante – que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias – de cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;”

“9.3. recomendar à Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno, que, quando vier a estabelecer um intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, tal qual regrado pelo art. 17, § 1º, inciso I da Lei nº 12.462/2011, preveja mecanismos que coíbam a possibilidade de eventual licitante - que venha sistematicamente ofertando propostas intermediárias - de cobrir o menor preço por desconto irrisório, como, por exemplo, obrigando a apresentação de lances com intervalo mínimo aplicado, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço;”

Em linha com a jurisprudência do TCU, propõe-se que os editais que adotem o modo de disputa aberto prevejam, obrigatoriamente, o intervalo mínimo entre os lances.

REDAÇÃO PROPOSTA:

*Art. 51. O edital de licitação **deverá** estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta.*

7. REGIMES DE CONTRATAÇÃO

7.1. PROJETO BÁSICO

COMENTÁRIO:

A definição do Projeto Completo adotada no PL 6814/17 é a mesma do Projeto Básico existente na Lei 8.666/93. No PL foi alterado o nome de Básico para Completo. Assim como na Lei 8.666/93, o PL estipula que as obras ou serviços sejam licitados apenas quando houver projeto “completo” ou “básico”.

Portanto, no que diz respeito ao projeto, verifica-se que o PL 6814/17 não apresenta nenhuma inovação que possa trazer maior segurança no processo de licitação e execução das obras e serviços de engenharia.

Vale ressaltar que nas normas e diretrizes técnicas existentes sobre o assunto o Projeto Básico é tratado com essa nomenclatura. É o caso da Resolução nº. 361/91 do CONFEA – Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia e da Orientação Técnica nº. 01/2006 do IBRAOP – Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas, esta acolhida tanto pela Decisão Normativa nº. 106/2015 do CONFEA quanto pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº. 632/2012 – Plenário⁴.

Assim, defendemos seja mantida a denominação Projeto Básico, já bastante difundida e utilizada, e propomos alguns ajustes e complementações na sua especificação, para que ele possibilite a perfeita definição da obra ou serviço.

REDAÇÃO PROPOSTA:

*XXIII – projeto **básico**: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para **a perfeita definição e dimensionamento da obra ou serviço, ou do complexo de obras ou de serviços, objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, nos levantamentos topográficos e cadastrais, nas sondagens e ensaios geotécnicos, nos ensaios e análises laboratoriais, nos estudos socioambientais e em todos os demais dados e levantamentos que assegurem a viabilidade e a solução técnica apropriada, 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:***

7.2. ALOCAÇÃO DE RISCOS

COMENTÁRIOS:

Em boa hora, o PL 6814/17 acolhe a alocação de riscos como um elemento para a multiplicidade dos contratos administrativos. Até então admitido em lei apenas nas concessões, nas parcerias público-privadas e nas contratações integradas previstas pela Lei nº. 12.462/2011 (RDC), o mecanismo da matriz de riscos traduz importante elemento de eficácia dos contratos administrativos, ao identificar e alocar de modo eficiente os riscos inerentes à execução dessas avenças.

Não por acaso, o próprio Tribunal de Contas da União, ao apreciar a aplicação do instituto da contratação integrada, vem recomendando à Administração a adoção de matriz de riscos no edital. Ao fazê-lo, reconhece também o TCU a relevância da alocação eficiente de riscos, que não podem ser resumir

⁴ “As orientações constantes da OT IBR 01/2006, que informam os elementos mínimos que devem conter os projetos básicos de obras públicas, editada pelo Instituto Brasileiro de Obras Públicas (Ibraop) , devem ser observadas pelos entes da Administração Pública.”

unicamente ao risco de projeto e à alocação integral para qualquer uma das partes contratantes.

A despeito do reconhecimento e incorporação da matriz de riscos ao longo de diversos pontos do PL 6814/17, resta uma disposição – oriunda da Lei do RDC – que pode comprometer, ou mesmo impedir por completo, a adoção da alocação eficaz de riscos na contratação integrada. Trata-se do § 9º do art. 101, que reproduz literalmente disposição da Lei do RDC, a limitar as hipóteses de alteração contratual na contratação integrada, sem considerar as hipóteses de materialização de risco previsto na respectiva matriz de riscos.

Portanto, é preciso tornar o dispositivo consentâneo com as demais disposições do PL 6814/17, corrigindo-se esse anacronismo.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

XXV – matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) em obrigações de resultado, estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto completo;

*c) Em obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto completo, **consideradas as características de cada contrato, especialmente nos casos de contratação integrada.***

Art. 19. O instrumento convocatório 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 os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.

§ 1º A matriz deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato, estabelecendo a responsabilidade que cabe a cada parte contratante e, também, mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e que mitiguem os efeitos deste, caso ocorra durante a execução contratual.

§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I – à recomposição da equação econômico-financeira do contrato nas hipóteses em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pelas partes;

II – à possibilidade de rescisão amigável entre as partes, quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III – à contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado.

§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto, o instrumento convocatório obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

Art. 90. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Poderão ser preferencialmente transferidos ao contratado os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras no mercado.

§ 3º A distribuição dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º Sempre que forem atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, considera-se mantido equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pleitos de reequilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I – às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 101;

II – ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º Na alocação de que trata o caput, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, podendo os ministérios supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

Art. 101..

...

§ 9º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

...

III – na ocorrência de risco previsto na matriz de risco como fato superveniente ou de desequilíbrio da equação contratual.

IV – Na hipótese de fato superveniente que altere as condições originais da proposta.

7.3. CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA

COMENTÁRIO:

Na forma prevista pelo PL 6814, a denominada “contratação semi-integrada” repete a previsão constante na Lei 13.303/16 (Lei do Estatuto da Empresa Estatal). Em ambos os casos, o conceito legal predica algumas falhas, a começar pela absoluta inocuidade de sua existência, eis que, ao fim e ao cabo, consigna um regime muito próximo ao atual regime da empreitada integral. Afinal, nos dois casos, a licitação é feita com o projeto básico e o particular se incumbe do projeto executivo e da execução propriamente dita.

Não bastasse a desnecessidade de dois regimes semelhantes, o PL 6814 atribui à semi-integrada um arcabouço específico do regime da contratação integrada, inaugurado pela Lei do RDC. No entanto, esse regime determina uma divisão de riscos incompatível com a assunção apenas do projeto executivo pelo particular, que, de resto, manter-se-á responsável por falhas do projeto básico apresentado pela licitação, mesmo sem dele ter participado. Ou seja, cria-se um regime distorcido de risco, por meio do trespasse de um risco por quem não pode mais bem manejá-lo ou mitigar os seus efeitos, em sentido contrário à qualquer teoria de alocação do risco, que predica, justamente, o inverso, isto é, que o risco seja atribuído a quem puder geri-lo da melhor forma.

Portanto, seja por repetir um regime já existente, alterando-o justamente para desvirtuar a ideia de uma alocação de risco eficiente (encampada pelo PL 6814), não há sentido na manutenção do regime da contratação semi-integrada.

REDAÇÃO PROPOSTA:

~~XXXI — contratação semi-integrada: regime de contratação em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com remuneração mista, em função dos quantitativos apurados em medições das prestações executadas ou em função das etapas de avanço da execução, conforme o caso; (SUPRESSÃO)~~

7.4. EMPREITADAS POR PREÇO UNITÁRIO E PREÇO GLOBAL

COMENTÁRIOS

Não se nega a prevalência do bom planejamento das obras e serviços de engenharia, a culminar em bons projetos que acompanhem o edital de licitação. Contudo, é preciso ter em mente que a eficácia da contratação administrativa não pode ignorar a captura, pela Administração, da expertise do particular por ela contratado.

É dizer: por mais que a Administração se ocupe de licitar apenas com um projeto já bem desenvolvido, por si ou por terceiro, não se pode negar que há uma reserva tecnológica concentrada, muitas vezes, nas mãos dos agentes de mercado. É natural que seja assim. Afinal, a prática e a disponibilidade maior de recursos tende a dotar o particular que se dedique à consecução de obras de engenharia de um know-how bastante específico.

É desarrazoado abdicar desse conhecimento e experiência pregressa, voltados à proposição de soluções mais adequadas à execução do objeto contratado, por um apego injustificado à totalidade daquilo que prevê o projeto. Não se quer, aqui, advogar a tese de desconsideração dos parâmetros do projeto, que fique bem claro. Mas são inegáveis os benefícios apurados com a captura de alternativas à execução do objeto, propostas pelo particular contratado.

Com o objetivo de não prescindir desse benefício e, ao mesmo tempo, não tornar essa faculdade algo indevido, a proposta apresenta consigna o permissivo para que, nas obras por preço global, o particular contratado possa, em alguns dos pontos do projeto ou dos parâmetros de execução, propor determinadas alterações ou soluções alternativa, o que, longe de representar desvirtuamento do objeto licitação, constitui solução eficaz à boa execução contratual.

Para tanto, restringe-se a possibilidade de adoção dessas soluções às empreitadas por preço global, tendo em conta que, nesses casos, não há perdas nem o risco de custos a maior para a Administração, que, em qualquer caso, manter-se-á vinculada ao preço integral estipulado para a execução do contrato.

Da mesma forma, ocupa-se a previsão em apontar a necessidade de o edital consignar, previamente, as parcelas do projeto que poderão ser objeto de alterações propostas pelo particular. Com isso, resguarda-se o controle da Administração sobre um mínimo de parâmetros que entenda de observância obrigatória, em prol dos seus objetivos com a contratação.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXVI – empreitada por preço unitário: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

XXVII – empreitada por preço global: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total, em que será permitido ao contratado alterar as soluções de engenharia contempladas no projeto básico ou no projeto executivo apresentados pelo contratante, naquilo que for previamente admitido em edital e contrato.

Art. 41. ...

...

§ 9º No regime de contratação empreitada por preço global, o edital e o contrato deverão prever de forma clara e inequívoca:

a) os requisitos necessários à configuração do adimplemento integral da obra, as frações do objeto em que o contratado poderá alterar o projeto básico ou o projeto executivo elaborados pelo contratante;

b) as obrigações de meio cujo atendimento pelo contratado será obrigatório e as frações do objeto em que não será admitido que o contratado promova alterações no projeto básico ou executivo elaborado pelo contratante.

8. ENTRAVES À EXECUÇÃO CONTRATUAL

8.1. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

COMENTÁRIOS:

A obtenção das licenças ambientais, prévia e de instalação, é causa de atrasos cada vez mais comuns na execução de obras públicas. Esses atrasos frequentemente resultam em severos prejuízos à Administração (que não logra obter o objeto contratado) e ao contratado (que se vê vinculado a um contrato que não pode executar, deixando, por conseguinte, de obter as receitas esperadas).

Para mitigar esses efeitos adversos, há algumas medidas que poderiam ser consideradas pelo PL 6814/2017 que, entretanto, trata superficialmente do tema, prevendo mera possibilidade de alocação da responsabilidade ao particular.

Melhor seria vincular o lançamento da licitação à licença prévia e, em relação à licença de instalação, condicioná-la, não necessariamente ao momento prévio à licitação, mas, sim, como uma condição de eficácia resolutive do contrato,

mitigando a perpetuação e majoração dos efeitos adversos provocados por eventuais atrasos na obtenção dessa licença.

Portanto, seria razoável que o PL previsse meios de mitigar os atrasos na obtenção das licenças, seja por elidir responsabilidades da outra parte, seja para a revisão de parâmetros (custos, cronograma) impactados por esses atrasos. No limite, até mesmo a rescisão poderia ser vinculada ao atraso na obtenção da licença, com apuração de responsabilidades – se existentes – das partes. Com isso, haveria um estímulo às partes para a célere obtenção do licenciamento, assim como uma redução do impacto negativo da demora da obtenção das licenças ao contrato, o que, não por raro, pode ocorrer por culpa de terceiros, notadamente os órgãos de licenciamento ambiental.

Essas proposições visam, portanto, a mitigar os efeitos prejudiciais do atraso no licenciamento ambiental, evitando perdas adicionais para ambas as partes.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 22. O edital deve 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.

..

*§ 3º A Administração será a responsável pela obtenção do licenciamento ambiental prévio, **que é condição para a publicação do edital e pela obtenção da licença ambiental de instalação, como condição para a emissão da ordem de serviço para início da execução.***

.

...

...

Art. 101. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

§ 14. Caberá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos para a execução de obras e serviços de engenharia quando essa execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.

...

Art. 102. Constituem motivo para rescisão do contrato, a qual deve ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa:

...

VI – o atraso ou a impossibilidade de obtenção da licença de instalação ou alteração substancial do anteprojeto que venha a resultar dessas licenças, inda que obtidas no prazo previsto;

...

§ 2º O contratado terá direito à rescisão do contrato nas seguintes hipóteses:

...

V – não liberação nos prazos contratuais, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento e das fontes de materiais Naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações relacionadas a desapropriação, desocupação de áreas públicas ou licenciamento ambiental atribuídas pelo contrato à Administração.

8.2. DESAPROPRIAÇÕES

COMENTÁRIOS:

A desapropriação, instrumento amplamente utilizado para permitir a implementação de diversos projetos de infraestrutura, tem sofrido com a morosidade em seu procedimento, resultando no prolongamento da liberação das áreas necessárias à execução dos contratos.

Enquanto instrumento necessário à promoção do desenvolvimento dos projetos de infraestrutura, a desapropriação não pode figurar como um entrave no âmbito dos contratos administrativos. Pelo contrário, deve ser um processo que, respeitando as garantias constitucionais dos proprietários dos imóveis, garanta à Administração Pública a agilidade necessária diante da ampla demanda do Brasil por investimentos em projetos de infraestrutura, por exemplo.

É necessário aprimorar a legislação que baliza as ações de desapropriação, de modo a mitigar os riscos a ele inerentes, especialmente quanto ao desequilíbrio contratual e a definição de responsabilidades entre as partes.

O PL 6814/17 aperfeiçoa a legislação, esclarecendo os efeitos dos atrasos ou impedimentos decorrentes de atos de desapropriação, desocupação ou instituição e servidão administrativas, inclusive a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos.

Portanto, propõe-se a manutenção dos dispositivos.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 41. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

...

§ 8º No regime de contratação integrada o edital e o contrato deverá prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como – o responsável por cada fase do procedimento expropriatório;

II – a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco de eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;

III – em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados;

IV – a responsabilidade do poder público pelo pagamento de todas as indenizações pelos bens expropriados.

...

Art. 101. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

...

*§ 14. Caberá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos para a execução de obras e serviços de engenharia quando essa execução for obstada pelo atraso na conclusão de **procedimentos de desapropriação**, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.*

...

Art. 102. Constituem motivo para rescisão do contrato, a qual deve ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa:

...

VII – o atraso ou a impossibilidade de liberação das áreas sujeitas a desapropriação, desocupação ou servidão administrativa;

...

§ 2º O contratado terá direito à rescisão do contrato nas seguintes hipóteses:

...

V – não liberação nos prazos contratuais, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento e das fontes de materiais Naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações relacionadas a desapropriação, desocupação de áreas públicas ou licenciamento ambiental atribuídas pelo contrato à Administração.

9. GARANTIA DA VIABILIDADE CONTRATUAL

9.1. DETALHAMENTO DOS REAJUSTES NO CONTRATO

COMENTÁRIOS:

O art. 22, § 4º, do PL 6814/17 prevê, tal como estabelece a Lei 8.666/93, o reajustamento de preços nas obras e serviços de engenharia, sem detalhar a sua disciplina, o que também se verifica em relação aos encargos moratórios aplicáveis aos atrasos de pagamento ao contratado.

No atual contexto das contratações públicas, a ausência de uma disciplina avançada sobre o reajustamento de preços tem conduzido a impasses diversos, com disputas originadas de visões diferentes sobre a extensão do dever de reajustamento que pesa sobre a Administração Pública.

É imperioso, portanto, que a legislação defina e delimite de modo exato a extensão do direito do contratado ao reajuste de preços.

Sob esse raciocínio, faz sentido que os custos de produção do contrato possam ser atualizados a partir de índices de reajuste bem específicos, definidos de modo especializado para refletir a inflação setorializada e atinente aos principais insumos do contrato. Daí ser pertinente e conveniente, em muitos casos, a adoção de uma pluralidade de índices, evitando-se a defasagem ou a desatualização do custo dos principais insumos do contrato.

No mesmo esteio, é recomendável que os editais já estabeleçam com segurança a data-base considerada para fins de reajustamento. Para tanto, o mais consentâneo com os objetivos do reajuste de valores contratuais é atrelar a data-base com a elaboração do orçamento estimado para a contratação, que conforma os elementos econômico-financeiros do contrato.

Por fim, é reconhecido que, diante da indefinição legal, a Administração tem adotado a interpretação equivocada do período do reajuste, de modo a postergar indevidamente a aplicação dos novos valores. Para evitar a perenidade dessa situação, é oportuna a previsão legal expressa quanto à obrigatoriedade de se observar o período estabelecido para cada reajuste.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 86. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem:

...

§ 6º Os editais e os contratos cujo objeto seja a execução de obras ou serviços de engenharia, indiferentemente do prazo de execução, deverão conter o índice de reajustamento a ser aplicado sobre os preços unitários ou o preço global.

I - Poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, considerados determinados itens do orçamento ou as especificidades do mercado;

II - Os preços da proposta serão atualizados com os mesmos índices na data de emissão da ordem de serviços e, a partir dela, o reajustamento será aplicado na periodicidade prevista no contrato ou na determinada por lei, independentemente de provocação do contratado ou autorização da Administração.

III – A data de elaboração do orçamento estimado para a contratação, elaborado pela Administração, será considerada como a data-base à aplicação dos reajustes previstos no edital e no contrato.

IV – O reajustamento deverá se efetivar nos marcos e períodos estabelecidos no contrato, cabendo à Administração apurar o índice aplicável e reajustar os valores previamente, de modo a não postergar a aplicação do reajustamento fora do respectivo marco ou período estabelecido contratualmente.

9.2. PROCESSAMENTO DAS MEDIÇÕES PARA PAGAMENTO

COMENTÁRIOS:

O PL 6814/2017 não traz regulação específica sobre o processamento das medições para pagamento do contratado.

Não raramente a sistemática de medição em contratos administrativos de obras e serviços de engenharia tem sido utilizada pela Administração como um instrumento para procrastinar pagamentos e gerenciar (inadequadamente) problemas orçamentários.

É necessário, portanto, enquadrar o sistema de medições, com vistas a evitar práticas abusivas, garantindo-se ao contratado que as medições devidamente notificadas em prazo certo sejam reputadas aceitas se não respondidas pela Administração.

O texto original do PL é ineficaz para minimizar o risco de que a sistemática das medições possa ser utilizada pela Administração como estratégia para

procrastinar pagamentos ao contratado. De nada adianta estabelecer prazo máximo para pagamento, a partir do adimplemento da obrigação, se a legislação não definir com exatidão e clareza o que se entende por “adimplemento da obrigação” ou não estabelecer prazos e procedimentos para que esse adimplemento seja reconhecido, processado e liquidado

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

*Art. 106. No dever de pagamento pela Administração será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, **devendo ser apurada a responsabilidade do agente público que deixe de observar essa ordem.***

§3º Nos contratos de obras e serviços de engenharia, independentemente do regime de execução, a medição deverá ser mensal e processada em tempo hábil para que o seu pagamento seja feito até o trigésimo dia do mês subsequente ao da execução dos serviços.

§4º Nos contratos de obras e serviços de engenharia, exceto naqueles celebrados sob os regimes previstos no art. 41, I, IV e VII, as medições não se darão pela aferição de quantitativos e preços unitários, e sim de acordo com as etapas ou parcelas de etapas executadas.

§ 5º. Os atrasos nos pagamentos devidos pela Administração darão ensejo à aplicação de multa moratória em favor do contratado no mesmo percentual estabelecido para o atraso deste em relação à execução do contrato, sem prejuízo da aplicação de juros moratórios no percentual de 1% ao mês e da incidência de atualização monetária devida, bem como da apuração de responsabilidade do agente público pela ocorrência do atraso, inclusive nas hipóteses em que o atraso tenha sido decorrência de descumprimento dos prazos e obrigações previstos no § 3º deste artigo.

§ 6º. Os pagamentos gerados sem a devida atualização, o reajustamento e os encargos moratórios incidentes não serão considerados quitados, inclusive para os fins de obediência à ordem cronológica de pagamentos e para os fins do direito de suspensão da execução do objeto pelo contratado, nos termos desta lei.

§ 7º. As atualizações, compensações e penalidades financeiras devidas ao contratado, cujo pagamento será feito junto com o principal, correrão à conta das mesmas dotações orçamentárias que atendem aos créditos do contrato.

9.3. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

COMENTÁRIOS:

Não há, no texto, dispositivo que estipule prazo para resposta da Administração aos pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Bem assim, inexistente disciplina para a tramitação de notificações e pedidos que relatem a necessidade de providências relevantes da Administração Pública, muitas vezes imprescindíveis para a execução do contrato.

Ausência de disciplina desta ordem tem gerado a ineficiência e ineficácia administrativa em relação aos pleitos, com efeitos negativos às contratações públicas.

É extremamente importante a imposição de prazos para que a Administração analise e responda pedidos de reequilíbrio contratual, evitando-se que esses encaminhamentos sejam gerenciados discricionariamente, de acordo com as preferências e preterições do administrador.

Da mesma forma, é fundamental que a Administração responda adequadamente e em prazo razoável as notificações e pedidos relacionados a fatos e eventos que interfiram na execução do contrato.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 101. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, assegurado o equilíbrio econômico-financeiro, nos seguintes casos:

...

§ 16º Os pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro devem ser respondidos em até 60 dias. A não observância deste prazo acarretará responsabilização administrativa do gestor público que estiver incumbido de sua elaboração.

10. GARANTIAS

10.1. GARANTIA DE PROPOSTA

COMENTÁRIOS:

O PL 6814/2017 mantém a possibilidade de execução da garantia de proposta nos casos de recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato e em aceitar ou retirar instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração. Reafirmou, com isso, a relevância e utilidade desse instrumento à segurança da Administração quanto aos licitantes que, porventura, não honrem o compromisso assumido com a apresentação de proposta, negando-se à assinatura do contrato. Este fato, por certo, representa severo prejuízo ao interesse público e à Administração, tendo em conta os atrasos e comprometimentos que acarreta ao certame, postergando indevidamente a últimação do processo de contratação.

O Projeto, todavia, não esclarece o parâmetro utilizado para majoração do percentual do Garantia de Proposta de 1 para 5% do valor estimado da contratação. O percentual de 5% é demasiadamente elevado e implicará o encarecimento das contratações públicas e poderá reduzir a concorrência.

A proposta aqui apresentada retoma, então, a regulamentação da garantia de proposta, de modo a limitar-lhe o valor (até 1% do valor estimado para a contratação) e expondo as modalidades de prestação, a partir da referência àquelas já previstas para a garantia de execução do contrato.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 52. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação.

§ 1º A garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação.

§ 2º A garantia de proposta será devolvida aos licitantes no prazo de 15 (quinze) dias contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação.

§ 3º Implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação.

10.2. SEGURO GARANTIA DE PERFORMANCE

COMENTÁRIOS:

Os prejuízos de uma obra inacabada não se resumem aos recursos nela já empregados. Interromper a execução do contrato resulta no risco de depreciação de estruturas já executadas, no aumento dos custos de finalização e, mais do que isso, na demora ou perda total dos benefícios que o objeto contratado traria à coletividade.

Não por acaso, elementos de cautela e proteção da execução são inerentes à contratação administrativa. É imprescindível adotar mecanismos que assegurem a execução, principalmente de projetos de grande vulto, seja com medidas preventivas, seja com instrumentos de reparação.

Um desses instrumentos é a garantia de execução contratual, prevista na legislação atual. Ao assegurar disponibilidade célere de recursos em caso de descumprimento, a garantia de execução permite que a Administração adote mecanismos de mitigação e reparação de danos e prejuízos pelo inadimplemento. E, dentre as alternativas para garantir a execução do contrato previstas em lei, a mais utilizada, em larga margem, é o seguro-garantia de execução (*performance bond*), tendo em conta sua eficácia.

Contudo, observa-se que a legislação vigente está ultrapassada no que tange aos baixos limites de garantias que fixa para as coberturas a serem prestadas na execução de obras e serviços de engenharia (5% do valor do contrato de construção, possibilitando a elevação para até 10% na hipótese de obras de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis). Esses limites não são adequados para garantir a execução de empreendimentos, principalmente os de grande vulto.

No sentido de aprimorar a utilização do *performance bond* em contratos públicos, a Medida Provisória 630/13 inovou ao dispor que, nas contratações de obras no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), as condições de prestação de garantias pelos particulares devem ser compatíveis com aquelas existentes no setor privado. A inovação consta da redação dada pela MPV ao artigo 4º, inciso IV, da Lei 12.462/11.

O PL 6814/2017 apresenta uma nítida tentativa de aprimorar a garantia de execução dos contratos. Nas obras, serviços e fornecimentos de valor inferior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) o percentual de seguro garantia a ser exigido não poderá exceder 20%. Diferentemente, para obras de grande vulto, o percentual será de até 30% do valor da contratação.

É fundamental, no entanto, estabelecer limite quantitativo à exigência de garantia, com vistas a evitar a oneração das ofertas e do contrato administrativo, nada obstante que a exigência seja amoldada à realidade específica de determinados contratos, cujo valor expressivo, demanda maior cautela por parte da Administração. Nesse sentido, valendo-se da correta distinção feita pelo PL 6814/17 aos contratos com objeto vultoso, é recomendável que, para essa espécie de avença, o limite de valor da garantia seja flexível e mais robusto, podendo a Administração estabelecer, mediante justificativa, valores entre 20% e 30% do valor estimado da contratação.

No que tange às empresas que prestam serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual, observa-se que estas têm baixa capacidade de contratação de garantias, pois o seu maior patrimônio ou capital é de natureza intelectual, não se constituindo em garantia real para obtenção de seguros ou fianças. Isto justifica o estabelecimento de regra específica para garantir a contratação desses serviços.

De outra parte, visando à universalidade da licitação, afigura-se conveniente ampliar as modalidades de garantia. Neste particular, faz sentido que a Administração aceite como garantias boas e eficazes as suas próprias dívidas com terceiros.

Ademais, o projeto deve estabelecer cláusula de vigência específica (vacância de até 2 anos) para a regra sobre o seguro-garantia. Faz-se necessário, também, prever a redução gradual da garantia conforme a execução do objeto, na hipótese de empreendimentos com claros marcos de execução (art. 89).

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se:

LII – seguro-garantia: seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado;

...

*Art. 89. A critério da autoridade competente, em cada caso, **será exigida, simultaneamente à emissão da ordem de serviço**, mediante previsão no instrumento convocatório, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.*

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

...

II – seguro-garantia

...

IV – garantia fidejussória, sujeita à avaliação de suficiência pela Administração;

V – caução em precatório representativo de dívida do ente federativo responsável pela licitação mesmo quando for ela promovida por entidades da administração indireta.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimento, a garantia não poderá exceder a 20% (vinte por cento) do valor inicial do contrato, devendo o percentual ser justificado mediante análise de custo-benefício que considere os fatores presentes no contexto da contratação.

*§ 4º Nas obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, exigir-se-á seguro-garantia com cláusula de retomada **em percentual entre 20% (vinte por cento) e 30% (trinta por cento)** do valor inicial do contrato, hipótese em que o edital poderá prever a obrigação de apresentação de seguros adicionais.*

*§ 5º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após **a entrega do objeto contratado** e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente, **ressalvada a hipótese de liberação gradual, quando o contrato prever parcela de execução do objeto, conforme a efetiva execução de cada parcela e recebimento pela Administração.***

§ 6º. Na hipótese de necessidade de endosso ou renovação da garantia, pelo término da sua vigência, o valor da garantia deverá ser calculado a partir da aplicação dos percentuais previstos nos §§ 3º e 4º deste Artigo sobre o saldo remanescente do Contrato, verificado à época do endosso ou da renovação.

§ 7º. Se houver a suspensão do contrato, por ordem ou inadimplemento da Administração, o particular fica desobrigado de endossar ou renovar a garantia até a ordem de reinício da execução ou adimplemento da Administração, hipótese na qual a garantia será calculada na forma do § 6º deste Artigo.

§ 8º – nas contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

§ 9º Nos casos de contratos que impliquem entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

§ 10º Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá prever a obrigação da seguradora de, em caso de descumprimento do contrato pelo contratado, sub-rogar-se nos direitos e nas obrigações do contratado, hipótese em que:

I – o contratado não poderá optar pelas modalidades de garantia previstas nos incisos I e III do § 1º;

II – caso a seguradora não conclua o contrato, ser-lhe-á aplicada multa equivalente ao valor integral da garantia;

III – 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;

c) realizar auditoria técnica e contábil;

d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

IV – é autorizada a emissão do empenho em nome da seguradora, desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

V – a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

11. TIPIFICAÇÃO DA OMISSÃO GRAVE DE INFORMAÇÃO

COMENTÁRIOS:

O Projeto de Lei torna crime a omissão, modificação ou entrega à administração de levantamentos cadastrais e condições de contorno em “relevante dissonância com a realidade”.

Na grande maioria das contratações de estudos e projetos, os quantitativos de serviços de apoio técnico – sondagens, levantamentos, ensaios etc. – que possibilitam a definição das condições de contorno do sítio para a implantação de um empreendimento, são estipulados pelo próprio contratante, e, não raro, são insuficientes, mas raramente tem seus quantitativos aditados. Ressalta-se, também, que é muito frequente o contratante limitar ou vetar a utilização de equipamentos ou processos de cadastramento ou detecção mais precisos, por serem mais onerosos. Portanto, o simples fato do estudo ou projeto apresentar divergências na caracterização não significa que houve má fé ou incompetência, por parte do profissional responsável.

Na prática, o PL 6814/2017 torna crime o erro de projeto, mesmo que sem dolo do responsável pela sua elaboração, o que traduz um grave equívoco. A valer a atual redação, o projetista que inadvertidamente se equivocou na elaboração do projeto, ou, tanto pior, entender que uma dada informação não é relevante, mesmo que de boa-fé, poderá sofrer persecução penal.

No limite, é preciso considerar que há variáveis importantes na elaboração de um projeto e que parâmetros distintos podem ser utilizados, a partir de critérios individuais, para caracterizar todas as cautelas e procedimentos detalhados que devem ser adotados. Seguramente, o projetista tem o dever profissional de se pautar pelos parâmetros mínimos e regras e padrões pré-estabelecidos para a sua tarefa. Contudo, nada obsta que, em determinada situação, o intérprete entenda que um dado projeto se equivocou ou omitiu uma informação que, no seu pessoal entender, seria relevante.

É certo que a responsabilidade do projetista mal-intencionado deve ser prevista, coibindo-se a atuação deliberadamente equivocada ou incompleta, adotada apenas como forma de otimizar seus ganhos ou para o atendimento de interesses de terceiros. Mas não há como admitir a criminalização do erro de boa-fé, sem se exigir a comprovação de dolo como pressuposto da criminalidade.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Omissão grave de dado ou de informação por projetista

*Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração, **deliberadamente**, levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento do princípio fundamental da obtenção da melhor vantagem, seja em contrato para a elaboração de **projeto básico**, projeto executivo anteprojeto ou **termo de referência**, seja em procedimento de manifestação de interesse.*

...

~~§ 2º Em caso de comprovação de intenção deliberada de adulterar ou de omitir dado ou informação em benefício direto ou indireto de si ou de terceiro, a pena será dobrada. (SUPRIMA-SE)~~

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

PAUTA COMPLEMENTAR

12. DEFINIÇÕES

12.1. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

COMENTÁRIOS

Para além do devido aparte às obras, serviços e fornecimento de grande vulto, conceito reservado para escopo de monta mais expressiva, é premente aprimorar a redação da divisão conceitual entre as “obras e serviços comuns de engenharia” e das “obras e serviços especiais de engenharia”, previstas no artigo 5º do PL.

O correto tratamento de cada uma dessas espécies de escopos é imprescindível à boa aplicação de dispositivos previstos no PL e que merecem a aplicação arrazoada, a partir das especificidades e necessidades de cada um desses escopos.

Nessa tarefa, a proposição predica um discrimine técnico mais acentuado, de modo a deixar demarcado que há, sim, uma ordem de obras e serviços de engenharia que merece um tratamento mais apurado da Lei, a partir da complexidade envolta no seu planejamento (orçamentação, projeto, etc.), bem como na execução contratual per se.

Quer-se, assim, delegar as obras e serviços comuns de engenharia um regramento mais simplificado, adequado à baixa complexidade exigida por esses contratos e que, por si só, é bastante a justificar maior flexibilidade em alguns pontos da lei, em prol da celeridade necessária à contratação.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se:

...

XVIII – obras e serviços comuns de engenharia: construção, reforma, recuperação ou ampliação de bem imóvel cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais de mercado;

XIX – obras e serviços de engenharia: aqueles que, por sua alta complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XVIII, sobretudo, por sua execução depender de projetos de engenharia de maior sofisticação técnica ou da observância de normas e especificações técnicas especiais;

13. FISCALIZAÇÃO E SUSPENSÃO POR ÓRGÃO DE CONTROLE

COMENTÁRIOS

O PL 6814/17 dispõe sobre mecanismos de otimização da suspensão de licitações ou da execução contratual. A ideia é evitar abusos na interrupção dos certames e contratos, de modo desarrazoado e sem benefícios evidentes ao interesse público.

Entretanto, merece ser aprimorado no que tange à interrupção da execução dos contratos.

Propõe-se que a ordem de suspensão cautelar já determine os critérios e prazos para o pagamento de indenização e que também discipline temas relativos à manutenção do status quo, como forma de tanto possibilitar uma retomada mais célere e eficiente, em caso de reinício do certame ou da execução contratual, quanto a segurança de instalações e a continuidade da prestação dos serviços ou da execução do objeto, quando esse for considerado essencial.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 121. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

I – oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que se possa avaliar previamente a relação entre custo e benefício dessas proposições;

II – adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, evitando que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados;

III – definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades para as quais foi feita a contratação, devendo ainda ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

1º O Tribunal de contas competente somente poderá suspender cautelarmente processo licitatório uma vez e pelo prazo improrrogável de trinta dias, definindo objetivamente:

I – as causas da ordem de suspensão;

II – como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão do processo, em se tratando de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

...

§ 5º À suspensão da execução do contrato, determinada pelo Tribunal de Contas competente, aplicar-se-ão os requisitos do § 1º deste artigo, devendo a ordem de suspensão prever adicionalmente:

I - prazo improrrogável para pagamento da desmobilização, quando houver;

II - valor líquido devido pela desmobilização e, se for o caso também pela futura mobilização, ou indicação precisa da metodologia que deve ser utilizada para esse fim;

III – metodologia para o cálculo do valor líquido devido pelos custos de administração durante o período de suspensão;

IV - as condições de segurança a serem providenciadas pela autoridade para a manutenção das instalações, equipamentos e materiais;

§ 6º. Equipara-se à suspensão cautelar do contrato, para os fins e efeitos deste artigo, com os mesmos requisitos e consequências a ordem de suspensão do pagamento ou da execução.

§ 7º.É nula a ordem de suspensão da licitação ou do contrato que não preencher os requisitos definidos neste artigo.

§ 8º. Na hipótese de suspensão imotivada da licitação ou do contrato por agente público responsável pela gestão do procedimento ou do contrato, esse ficará sujeito à apuração de responsabilidade, na forma da Lei.

14. SOLUÇÃO DE CONFLITOS (ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO)

COMENTÁRIOS

Tendência na mais recente legislação sobre contratos (Lei nº 11.079/04), a possibilidade de solução alternativa de conflitos entre Administração e particular contratado tem se mostrado relevante avanço na gestão da execução desses contratos.

Ressalte-se que o mecanismo de mediação é distinto da arbitragem, pois que não vincula as partes. Pode ser, contudo, um importante instrumento para agilizar a solução de conflitos e facilitar a execução plena dos contratos administrativos, em especial em empreendimentos complexos.

Propõe-se, então, o aprimoramento do art. 86 do PL 6814/17, visando a tornar obrigatória a introdução de cláusula estabelecendo meios alternativos de solução de controvérsias em contratos de obras e fornecimentos de grande vulto.

Ademais, considerando os direitos patrimoniais disponíveis, pretende-se esclarecer que as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ao cálculo de indenizações e ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes poderão ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 86. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem:

...

*§ 3º O instrumento de contrato poderá prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo permitidos, em especial, a arbitragem, a mediação, a conciliação e o comitê de resolução de disputas, **sendo essa previsão obrigatória para os contratos de obras serviços e fornecimentos de grande vulto.***

§ 4º. Os contratos que não tenham cláusula arbitral ou de meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no § 3º deste artigo.

§ 5º. São passíveis de utilização de meios alternativos de solução de controvérsias, além de outras previstas nesta Lei:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato e,

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

15. EXEQUIBILIDADE DE PROPOSTAS

COMENTÁRIOS:

O PL 6814/17 aprimora a regra da inexecuibilidade, desestimulando a participação de agentes incapazes de cumprir as obrigações contratadas no preço, no prazo e na qualidade pactuadas. Prevê, inclusive, aumento do valor das garantias de forma diretamente proporcional aos descontos ofertados pelos licitantes, em relação aos preços orçados pelo poder público, a partir de determinado parâmetro.

Não obstante tais avanços, faz-se necessária a manutenção de critérios estritamente objetivos para fins de desclassificação de propostas, de modo que propomos a exclusão da hipótese prevista no inciso IV, uma vez que a mesma confere excessiva subjetividade ao gestor, revelando-se causa de potencial insegurança e fértil do ponto de vista da geração de conflitos.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 53. Serão desclassificadas as propostas que:

I – Contiverem vícios insanáveis;

II – não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;

III – apresentarem preços manifestamente inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

~~*IV – não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;*~~ **(SUPRIMA-SE)**

V – apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

§ 1º A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

~~*§ 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.*~~ **(SUPRIMA-SE)**

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser regulamento.

§ 4º Consideram-se manifestamente inexequíveis as propostas cujos valores sejam inferiores a 80% (oitenta por cento) do menor dos seguintes valores:

I – média aritmética dos valores das propostas superiores a 80% (oitenta por cento) do valor orçado pela Administração;

II – valor orçado pela Administração.

§ 5º Dos licitantes classifica dos na forma do § 4º que houverem apresentado proposta com valor global inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do menor dos valores a que se referem os incisos do § 4º, será exigido, para assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, sem prejuízo das demais garantias exigíveis, de acordo com esta Lei, igual à diferença entre o valor da proposta e 85% (oitenta e cinco por cento) do menor dos valores a que se referem os incisos do § 4º.

§ 6º A garantia adicional referida no § 5º deverá ser apresentada pelo licitante no prazo de 15 (quinze) dias do ato de classificação, sob pena de desclassificação de sua proposta.

16. PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES

COMENTÁRIOS:

O Projeto de Lei, em seu art. 112, § 9º, prevê a obrigatoriedade de reparação integral do dano, seja qual for a hipótese de sanção.

O § 7º, por sua vez, estabelece o período de 3 anos para os efeitos da sanção de inidoneidade, mesmo que reparado integralmente o dano.

A reparação do dano choca-se com a permanência da inidoneidade. Não há porque manter a penalidade que impede o exercício da atividade empresarial, diante a reparação financeira, que, afinal, é a perda maior causada à Administração. Note-se que o texto prevê a reparação financeira integral, cabendo supor que a Administração terá recomposto todos os prejuízos.

Propõe-se, portanto, a supressão do prazo mínimo de vigência da declaração de inidoneidade, quando reparado integralmente o dano, eventualmente com algum tipo de ligação à reabilitação

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 112. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

...

§7º As sanções previstas nos incisos II e III do caput poderão ser extintas pela própria autoridade que aplicou a penalidade, desde que efetivada a obrigação de reparação integral do dano prevista no § 9º deste artigo, ou em decorrência do processo de reabilitação.

...

Art. 114. É admitida a reabilitação integral ou parcial do licitante ou contratado, em todas as penalidades aplicadas, sempre que o envolvido:

*§ 1º Em razão da gravidade dos fatos, a Administração poderá conceder a reabilitação parcial **em relação à declaração de inidoneidade**:*

I – reduzindo o prazo dos efeitos dessa sanção em até 2/3 (dois terços); ou

II – aplicar, de modo substitutivo, a suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração do ente responsável pela aplicação da sanção, pelo prazo originalmente previsto no ato sancionatório ou aquele acordado na reabilitação.

17. EXIGÊNCIAS PARA CUMPRIMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS

COMENTÁRIOS:

A exigência contida no art. 98, em seu § 2º, desconsidera que o seguro para a cobertura de débitos trabalhistas pode onerar sobremaneira a participação na licitação, impactando a competitividade e a universalidade da licitação.

O depósito de valores em conta vinculada para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, por sua vez, representa uma intervenção indevida da Administração Pública na gestão interna das contratadas. Uma medida como esta certamente trará grandes transtornos e dificuldades para o pagamento normal dos compromissos que ela pretende garantir.

A disposição não leva em conta a atuação simultânea de profissionais em mais de um contrato, nem tampouco a participação de determinados profissionais por apenas um período da contratação. Além disso, é ineficaz, pois as obrigações trabalhistas dos funcionários podem ter vencimento em data muito posterior ao encerramento do contrato.

É importante destacar que a questão relativa à responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas já foi objeto de severas discussões no âmbito da justiça comum e da justiça do trabalho. Recentemente o Supremo Tribunal Federal voltou ao assunto no julgamento do Recurso Extraordinário nº. RE 760931, decidindo com repercussão geral que: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

Por conseguinte, se a Administração Pública não é responsável solidária ou subsidiária pelos encargos trabalhistas devidos pelo contratado, são remotas as chances de que venha a ser efetivamente sujeitada ao cumprimento dessas obrigações.

Propõe-se, portanto, a supressão do § 2º do art. 98.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 98. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

~~§ 2º Para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração poderá prever a aquisição de seguro-garantia ou efetuar depósito de valores em conta vinculada. (SUPRIMA-SE)~~

18. PRERROGATIVAS ABUSIVAS DA ADMINISTRAÇÃO

COMENTÁRIOS:

Em um Estado Democrático de Direito é inadmissível atribuir a um ente da Administração o direito de se apropriar, mesmo que temporariamente, de bens móveis e imóveis de um ente privado, sem o devido processo jurídico que autorize tal intervenção ou confisco.

É Inimaginável também a possibilidade de ocupação do pessoal contratado, como se este fosse mais um bem da empresa, sem sequer menção à anuência de cada profissional.

Uma possível ocupação, conforme previsto neste artigo, deve ser legalmente embasada e previamente autorizada, além de estar sujeita a regras, objetivos, prazos e controles, claramente definidos, para evitar que se inviabilize, por decurso de prazo, em função da eventual morosidade de trâmites legais ou administrativos, a continuidade operacional da contratada ou até mesmo a expropriação indevida de bens privados.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 91. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

...

~~V ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, nas hipóteses de:~~

~~a) risco à prestação de serviços essenciais;~~

~~b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após rescisão do contrato.~~

Art. 104. A rescisão unilateral pela Administração acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

...

~~II – ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários a sua continuidade;~~

19. DURAÇÃO DOS CONTRATOS DE GERENCIAMENTO

COMENTÁRIOS:

A interrupção do contrato de gerenciamento, supervisão ou fiscalização, durante a continuidade das obras, pode trazer riscos e prejuízos para o contratante, decorrentes da falta do acompanhamento técnico e do controle dos serviços em execução.

A substituição da equipe técnica alocada nos serviços de gerenciamento, supervisão ou fiscalização de obras pode gerar perdas de informações e conhecimentos técnicos adquiridos ao longo do desenvolvimento dos trabalhos, bem como questionamentos sobre as responsabilidades atribuídas.

O inciso II possibilita a continuidade do contrato por um prazo superior ao inicialmente previsto e com a manutenção da qualidade e eficácia dos serviços originalmente contratados, ou seja, sem a limitação do escopo do serviço contratado, caso seja do interesse do contratante.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 92. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, devendo ser observada, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários.

§ 1º A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos, nas hipóteses de fornecimento continuado de bens ou serviços, observadas as seguintes diretrizes:

...

*III – a Administração terá a opção de rescindir o contrato, **mediante prévia indenização ao particular pelos custos já incorridos, decorrentes da desmobilização e lucros cessantes**, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.*

...

§ 7º No contrato que previr a conclusão de um escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato.

I – os contratos de serviços de gerenciamento, supervisão ou fiscalização de obras e programas terão seus prazos de execução obrigatoriamente vinculados aos das obras e programas a que se

referem, e deverão ser automaticamente prorrogados, conforme a necessidade, até a conclusão destes, assegurada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

II – O acréscimo de valor contratual decorrente da prorrogação prevista no inciso I do § 7º deste artigo não está sujeito à limitação imposta no § 1º do artigo 101 desta lei.

20. CERTIFICAÇÃO POR ENTIDADE ACREDITADA

COMENTÁRIOS:

O PL 6814/2017 possibilita que os seguintes pontos da licitação e contrato sejam certificados por entidade acreditada (i) estudos, anteprojetos, projetos completos e projetos executivos; (ii) conclusão das fases ou etapas de contratos; (iii) adequação do material e corpo técnico que seja apresentado em licitação, para fins de habilitação.

A depender da forma com a qual seja regulamentada, a disposição pode ser benéfica, se reduzir a discricionariedade do agente público responsável pela validação desses itens, especialmente os do contrato. A presença de um terceiro, em tese imparcial, responsável pela validação de projetos e etapas de execução, mitiga o exercício e as pressões do poder nas mãos do agente público.

Contudo, conforme for contratada a entidade acreditadora, o efeito poderá ser maléfico, tendo em vista que empresas sem a comprovada expertise ou mal-intencionadas poderão ser mais um empecilho à regular execução do contrato.

Considerando o caráter simplista da disposição acerca das premissas que orientarão a contratação de tais entidades e a divergência acerca da possibilidade de a elas se atribuir a habilitação de empresas, propõe-se a supressão do § 5º do art. 15.

Considerando o caráter simplista da disposição acerca das premissas que orientarão a contratação de tais entidades e divergência acerca da possibilidade de atribuição às entidades certificadoras a habilitação de empresas, propõe-se a supressão do § 5º do art. 15.

PROPOSTA DE REDAÇÃO:

Art. 15. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

...

~~*§ 5º Os entes da Administração Pública federal poderão exigir, na forma de regulamento, certificação por entidade acreditada como condição para aceitação de:*~~

~~I— estudos, anteprojetos, projetos completos e projetos executivos;~~

~~II— conclusão de fases ou etapas de contratos;~~

~~III— adequação do material e do corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação. (SUPRIMA-SE)~~