

**Objeto:** Análise jurídica e propostas ao texto do PL 6.814/2017

## SUMÁRIO

Definição de obras e serviços comuns de engenharia/obras e serviços especiais de engenharia e do sistema de registro de preços (art. 5º.)

Participação em regime de consórcio (art. 13)

Cronologia do procedimento e ambiente de disputa (art. 15)

Orçamento sigiloso (art. 21)

Licenciamento ambiental (art. 22)

Modalidade de pregão e suas aplicações (art. 28)

Licitação para elaboração de projetos (art. 33)

Preferência pelos regimes de empreitada por preço global e empreitada por preço unitário (art. 40)

Imposição obrigatória dos sistemas referenciais de preço SINAPI e SICRO (art. 4)

Exigência de projeto executivo para o desencadeamento da licitação para obras e serviços de engenharia (art. 40)

Contratação integrada – restrição a hipóteses excepcionais e exigência de precedência de projeto básico (art. 40)

Prazos de publicidade e de elaboração de propostas (art. 48)

Disciplina da fase de lances (não exclui licitações de obras e serviços de engenharia) (art. 49)

Garantia de proposta (art. 51)

Inexequibilidade de propostas e garantia adicional (art. 52)

Habilitação técnica (art. 59)

Registro de preços para obras e serviços de engenharia (art. 76)

Reajustamento e encargos moratórios (art. 86)

Garantias contratuais (art.89)

Processamento das medições e direito do contratado (art. 93)

Provisionamento de valores para acautelar responsabilização trabalhista (art. 98)

Equilíbrio econômico-financeiro e intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras (art. 102)

Direito do contratado à suspensão da execução ante o atraso na remuneração (art. 103)

Ordem cronológica de pagamentos (art. 107)

**Tema:** definição de obras e serviços comuns de engenharia/obras e serviços especiais de engenharia e do sistema de registro de preços

**Art. 5º.**

**Texto do PL:**

Art. 5º.

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 especiais de engenharia – aqueles que, por sua alta complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso anterior, segundo justificativa prévia do contratante;

(...)

XLIII – sistema de registro de preços – conjunto de procedimentos para realização, mediante certame na modalidade de pregão, do registro formal de preços relativos à prestação de serviços, obras comuns, aquisição e locação de bens para contratações futuras.

(...)

XXVIII – contratação integrada – regime de contratação no qual o contratado fica responsável pela elaboração e o desenvolvimento do projeto completo de engenharia, além...(…).

**Comentários ao PL:** O PL pretende instituir, pela redação contida no inciso XVIII, definição de *obras e serviços comuns de engenharia*, com vistas principalmente a demarcar a aplicação da modalidade de pregão a objetos desta natureza. Contudo, nem a modalidade de pregão é adequada para o processamento de licitações para obras e serviços de engenharia (conforme abordado adiante), nem essa dicotomia *obras e serviços comuns de engenharia* x *obras e serviços especiais de engenharia* mostra-se autêntica ou pertinente. Trata-se de definição problemática que, pela sua artificialidade, concorre para gerar muitas dificuldades de interpretação. Noções assim contribuem para instalar dificuldades interpretativas que podem se

revelar extremamente prejudiciais à eficiência dos processos licitatórios. Não raro surgirão disputas originadas da pluralidade de leituras que noções imprecisas como essas podem suscitar. Essa insegurança jurídica gerada a partir da inconsistência dessas noções acabará contribuindo para a elevação dos custos de transação, com sérios prejuízos à eficiência e à economicidade da contratação administrativa.

Além disso, há proposta para instituir-se no inc. XLIII definição de sistema de registro de preços, onde se restringe a respectiva contratação à modalidade de pregão. Ocorre que o sistema de registro de preços é perfeitamente aplicável a obras e serviços de engenharia, cuja licitação é incompatível com o processamento sob a modalidade de pregão, pelas razões explicitadas adiante.

Também, na proposta para a definição contida do inc. XXVIII, há definição de regime de contratação integrada, pressupondo-se a disponibilização apenas de anteprojeto de engenharia, o que pode provocar um déficit de objetividade à avaliação de propostas comerciais, com prejuízos à licitação, conforme adiante explicado.

**Proposta da CBIC:** Suprimir do texto do PL as definições contidas nas propostas de norma para os incisos XVIII, XIX do art. 5º e alterar a redação do inc. XLIII, nos seguintes termos:

*Art. 5º.*

*XLIII – sistema de registro de preços – conjunto de procedimentos para realização, mediante licitação, do registro formal de preços relativos à prestação de serviços, obras simples e sem complexidade, aquisição e locação de bens para contratações futuras*

*XXVIII – contratação integrada – regime de contratação no qual o contratado fica responsável pela elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, além...(...).*

**Tema:** Participação em regime de consórcio.

**Art. 13.**

**Texto do PL:**

Art. 13. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoas jurídicas poderão participar em consórcio da licitação, com observância das seguintes normas:

(...).

III – admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de habilitação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação;

(...)

§ 1º O edital pode estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até trinta por cento na habilitação econômico-financeira exigidos para licitante individual.

§ 2º A exigência prevista no parágrafo anterior não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas, assim definidas em lei.

(...)

§ 5º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo ao número de empresas consorciadas.

**Comentários ao PL:** O PL pretende instituir o direito de os interessados participarem em regime de consórcio, salvo vedação justificada. Além disso, entre outras propostas, pretende instituir a possibilidade de limitar-se o número de consorciados, ante justificativa aprovada pela autoridade competente. A proposta é adequada por contribuir para a ampliação da competitividade.

Há, no entanto, dois pontos que merecem adequação. O primeiro é atinente à admissão ao somatório de atestados para o

efeito da participação de empresas em regime de consórcio. É necessário explicitar-se que o número de atestados admissíveis estará limitado ao número de consorciados. A limitação é conveniente para não se gerar disciplina incongruente com a limitação proposta para a participação individual. O segundo relaciona-se à inaplicabilidade aos consórcios formados por micro e pequenas empresas do acréscimo de habilitação econômico-financeira previsto no § 1º. Não há justificativa para essa distinção.

### **Proposta da CBIC:**

Supressão do § 2º do art. 13.

(...)

*§ 5º. Para a demonstração da qualificação técnico-operacional pelo consórcio licitante, e para efeito do somatório de atestados previsto no inciso III do caput, o número máximo de atestados estará limitado ao número de consorciados, observando-se a limitação contida no §5º. do art. 59<sup>1</sup>.*

**Tema:** Cronologia do procedimento e ambiente de disputa

**Art. 15.**

**Texto do PL:**

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

I – preparatória;

II – publicação do edital de licitação;

---

<sup>1</sup> Art. 59. § 5º. Será admitida a apresentação de até um atestado para a demonstração de experiência em cada parcela de maior relevância técnica e de valor significativo fixada no instrumento convocatório (conforme proposta da CBIC).

III – apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV – julgamento;

V – habilitação;

VI – recursal; e

VII – homologação.

§ 1º A fase de que trata o inciso V do *caput* poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as referidas nos incisos III e IV do *caput*, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

§ 2º As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial nas hipóteses de:

I – comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração; e

II – contratações que demandem a verificação de conformidade do objeto a ser contratado;

III – contratações realizadas por municípios que detenham até 10.000 (dez mil) eleitores, conforme registros da Justiça Eleitoral na última eleição realizada antes da contratação.

(...)

**Comentários ao PL:** O PL instala a preferencia pela precedência do julgamento de propostas em relação à habilitação, permitindo-se também o modo aberto de disputa (fase de lances). Além disso, pretende instituir a preferencia pelo meio eletrônico para o processamento das licitações.

Relativamente às licitações para obras e serviços de engenharia, deve-se ter preferência pela precedência da habilitação em relação ao julgamento de propostas, com vistas a evitar o risco de que o conhecimento do preço proposto influencie o julgamento da habilitação. Trata-se de um efeito natural derivado do conhecimento prévio dos preços ofertados e que deve ser evitado

com vistas a preservar a imparcialidade no julgamento das exigências de habilitação.

Da mesma forma, licitações desta natureza devem preferencialmente ser processadas na forma presencial, dadas as complexidades inerentes ao processo de orçamentação.

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 15.*

*§ 5º. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a fase referida no inciso V precederá a realização da fase referida no inciso III, sendo vedada a apresentação de lances.*

*§ 6º. As licitações de obras e serviços de engenharia serão processadas preferencialmente no modo presencial.*

**Tema:** Orçamento sigiloso

**Art. 21.**

**Texto do PL:**

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

I – o sigilo não prevalece para os órgãos de controle interno e externo;

II – o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas;

Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o *caput* constará necessariamente do edital da licitação.

**Comentários ao PL:** O texto do art. 21 prevê a possibilidade de manter-se o orçamento público em sigilo durante o processo da licitação. A manutenção do orçamento afigura-se bastante problemática para as licitações que tenham por objeto a contratação de obras e serviços de engenharia. Isso se deve à ausência de controle prévio dos interessados em relação aos preços que informaram o orçamento público. A subtração desse controle pode gerar ineficiências diversas na tramitação da licitação. Em primeiro lugar, porque não permite aos interessados conhecer o preço máximo (que pode ser instituído em muitos casos) que a Administração está disposta a pagar, não permitindo que ofertantes possam decidir conscientemente sobre participar ou não de uma licitação. O conhecimento prévio desse limite de preço evitaria custos associados à participação desses (des)interessados na licitação. Em segundo lugar, porque a possibilidade de controle prévio do orçamento pelos interessados concorre para melhorar o grau de fidelidade dos preços cotados à realidade de mercado, reduzindo o risco de licitações desertas por defeitos no orçamento público.

**Proposta da CBIC:**

*Art. 21. (...)*

*Parágrafo único. Nas hipóteses de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, ou nas hipóteses de licitação para obras e serviços de engenharia, a informação de que trata o caput constará necessariamente do edital da licitação.*

**Tema:** Licenciamento ambiental

**Art. 22.**

**Texto do PL:**

Art. 22. O edital deve conter o objeto da licitação e as regras

relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e penalidades da licitação, à fiscalização e gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

(...)

§3º O edital poderá prever para o contratante a obrigação de realizar o licenciamento ambiental.

**Comentários ao PL:** A disciplina vigente sobre licitações - assim como o texto do PL - não condiciona explicitamente o desencadeamento do processo de licitação e nem mesmo a formalização do contato administrativo ou a emissão da ordem de serviço à expedição dos licenciamentos ambientais atinentes. Sem essa definição, tais licenciamentos são em muitos casos deixados para momento subsequente, durante a execução da contratação, gerando-se o risco de comprometimento da própria exequibilidade do empreendimento.

Com vistas a evitar situações dessa ordem, é adequado condicionar a publicação do edital do certame à obtenção da *licença ambiental prévia*, assim como a emissão da ordem de serviço à obtenção da *licença ambiental de instalação*.

A exigência de obtenção da licença prévia como pressuposto para a publicação do edital da licitação assegura aos interessados em participar do certame a viabilidade ambiental do empreendimento, localização e concepção aprovadas pelo órgão ambiental competente, permitindo, ainda, que o edital estabeleça as medidas mitigadoras e compensatórias dos impactos negativos do projeto, o que influencia diretamente a composição dos custos e matriz de riscos. Da mesma forma, condicionar a formalização da ordem de serviço à precedência da licença de instalação pode significar uma solução eficaz para minimizar o risco de contratos precocemente abortados pela impossibilidade de obtenção do referido licenciamento. Com isso, evita-se a realização de investimentos e assunção de compromissos sem a adequada e necessária segurança jurídica e contratual.

## Proposta da CBIC:

Art. 22.

§ 3º. *A obtenção da licença ambiental prévia constitui requisito para a publicação do edital do certame e a obtenção da licença ambiental de instalação constitui requisito para a emissão da ordem de serviço.*

## Tema: Modalidade de pregão e suas aplicações

Art. 28.

### Texto do PL:

Art. 28. O pregão e a concorrência seguem rito comum, adotando-se o primeiro sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

§ 2º. No caso de obras e serviços comuns de engenharia, o pregão somente poderá ser utilizado quando a contratação envolver valores inferiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

**Comentários ao PL:** Embora restrinja o seu cabimento a contratações cujo valor estimado seja inferior a R\$ R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), o texto do PL possibilita a aplicação da modalidade de pregão para processar as licitações para obras e serviços de engenharia, acolhendo a problemática diferenciação entre (i) *obras e serviços comuns de engenharia* e (ii) *obras e serviços especiais de engenharia*. Tais noções incorrem numa artificialidade teórica incapaz de explicar as complexidades práticas de obras e serviços de engenharia. Isto é: não há, na realidade prática, serviços e obras de engenharia “usuais” ou consideradas comuns. A execução de toda a obra e todo o serviço de engenharia depende da precedência de projeto básico (e executivo) devidamente customizado para cada caso. Sem negar-se a existência de projetos, em certa medida, padronizados, é inequívoco que a obra ou o

serviço de engenharia é produzido de modo específico e genuíno para cada caso. Já por isso, é errado aludir a obras ou serviços *comuns* ou que obedeçam a *padrões usuais de mercado*. A própria dificuldade intrínseca e inerente à construção de orçamento customizado para cada projeto de serviço ou obra a ser executado é emblemática da impossibilidade de sua equiparação a um bem ou serviço comum. Tanto assim que obras e serviços de engenharia costumam merecer prazos mais extensos para elaboração de propostas do que se passa com objetos de outra natureza.

Ademais disso, há forte incompatibilidade entre a dinâmica da fase de lances (típica do pregão) 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.

#### **Proposta da CBIC:**

*Art. 28.*

*(...)*

*§ 2º. É vedada a utilização do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia.*

**Tema:** Licitação para elaboração de projetos

**Art. 33.**

**Texto do PL:**

Art. 33. O julgamento por critérios de técnica e técnica e preço poderá ser realizado por:

I – apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;

II – atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para este fim, seguindo orientações e limites definidos em edital; ou

(...)

**Comentários ao PL:** É notório que as deficiências de projeto relacionam-se também com o modelo de licitação que vem sendo utilizado para a contratação desse serviço especializado. Neste particular, um dos problemas que originam projetos mais ajustados à realidade é a falta de capacidade e comprometimento dos profissionais selecionados pelas Administrações para isso. A origem desta fragilidade pode estar no próprio modelo de licitação que atualmente é praticado para contratações desta natureza. É necessário incrementar as análises técnicas como fator de classificação de proposta e seleção de prestador, além de instituir uma sistemática de remuneração atrelada (também) à performance do projeto.

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 33.*

(...)

*§ 5º. A licitação para a execução de projetos de engenharia processada sob o critério de julgamento de melhor técnica ou de técnica e preço terá um peso mínimo de 70% para a nota técnica no cômputo da nota final.*

*§ 6º. Para a hipótese referida no parágrafo anterior, o julgamento das propostas técnicas se fundamentará também em critérios que considerem o melhor conhecimento acerca das características e soluções da obra ou o serviço de engenharia objeto do projeto específico a ser contratado.*

§ 7º. *Para a contratação de serviços técnicos de elaboração de projetos de engenharia, poderá ser instituída remuneração atrelada à performance da execução do projeto.*

**Tema:** Preferência pelos regimes de empreitada por preço global e empreitada por preço unitário

**Art. 40.**

**Texto do PL:**

Art. 40. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I – empreitada por preço unitário;

II – empreitada por preço global;

III – contratação por tarefa;

IV – empreitada integral;

V – contratação integrada;

VI – contratação semi-integrada, ou

VII – fornecimento e prestação de serviço associado.

§ 1º A adoção dos regimes discriminados nos incisos I, III, V, VI e VII deverá ser justificada nos autos do processo licitatório.

**Comentários ao PL:** A regra pretende instituir indiretamente a preferência pelos regimes de empreitada por preço global e empreitada integral, exigindo justificativa para a adoção dos demais regimes, inclusive empreitada por preço unitário. A proposta é adequada e concorre para melhorar as condições de execução e remuneração dos contratos de obras e serviços de engenharia. Mas é necessário suplementar a disciplina sobre esses regimes de execução. Tal como proposto, o texto do art. 40 não especifica a sistemática de medição e remuneração atinente aos regimes de execução de *empreitada por preço global e empreitada por*

*preço unitário. Uma vez que um dos traços fundamentais de distinção entre esses regimes é precisamente a sistemática de remuneração, tendo sido historicamente foco de inúmeras disputas entre Administração e contratado, afigura-se necessária a suplementação desta regra com vistas a estabelecer nitidamente a sistemática de medição e de remuneração atinente a cada qual.*

**Proposta da CBIC:**

*Art. 40.*

*(...)*

*§ 12º. Os regimes de execução referidos nos tens II, IV, V e VI do caput serão licitados por preço total e pressupõem a sistemática de medição e pagamento necessariamente associada ao cumprimento de etapas ou de parcelas de etapas da execução do cronograma físico-financeiro, sendo vedada a remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela execução de itens unitários.*

*§ 13º. O regime de execução previsto o item I do caput será licitado por preço unitário e pressupõe a sistemática de medição e pagamento necessariamente associada à execução de unidades previstas no edital de licitação e no contrato administrativo.*

**Tema:** Imposição obrigatória dos sistemas referenciais de preço SINAPI e SICRO

**Art. 40.**

**Texto do PL:**

*Art. 40.*

*(...)*

§ 2º A referência do custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtida a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 3º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 2º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 4º No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos do Orçamento da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o § 3º poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

**Comentários ao PL:** A regra pretende impor a mediana dos preços contidos nas tabelas SINAPI e SICRO como limite referencial obrigatório para orçamento público de obras e serviços de engenharia, admitindo apenas excepcionalmente fontes diversas. Tal como proposto, o texto do PL acaba por impor limite excessivamente rígido para o orçamento público, induzindo em muitos casos o orçamentista a evitar preços realistas, com todas as consequências indesejadas que disso decorrem.

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 40. (...)*

*§ 2º A referência do custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtida a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais aos seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de*

*construção civil em geral, ou ao Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.*

*§ 3º Alternativamente ao disposto no § anterior, a estimativa de custo global de obras e serviços de engenharia poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública, em publicações técnicas especializadas, ou em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.*

*§ 3º.A Na elaboração dos orçamentos de referência, os órgãos e entidades da administração pública poderão adotar especificidades locais ou de projeto na elaboração das respectivas composições de custo unitário, desde que demonstrada a pertinência dos ajustes para a obra ou serviço de engenharia a ser orçado em relatório técnico elaborado por profissional habilitado.*

*§ 3º.B Quanto utilizado o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, os custos unitários de referência da administração pública poderão, em condições especiais justificadas em relatório técnico elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, exceder os seus correspondentes contidos nos referidos sistema de referência, dispensada a compensação em qualquer outro serviço do orçamento de referência.*

*§ 3º.C Para fins do orçamento público, assim como para os fins da composição de preços apresentada pelos licitantes no âmbito do certame, as estimativas de preços globais ou unitários que ultrapassem os limites de preços estabelecidos nas tabelas oficiais de referência mencionadas nos §§ anteriores não presumem sobrepreço ou superfaturamento,*

*dependendo tais enquadramentos de análises concretas que demonstrem o dolo em praticar preços artificiais para a obtenção de vantagem ilícita.*

**Tema:** Exigência de projeto executivo para o desencadeamento da licitação para obras e serviços de engenharia

**Art. 40.**

**Comentários ao PL:** O texto do PL parece exigir, por meio da previsão do inc. II do artigo 16<sup>2</sup>, a disponibilização, no mínimo, de *projeto completo de engenharia* para o desencadeamento da licitação – embora não se tenha uma regra explícita neste sentido.

De todo o modo, é desejável que as licitações para obras e serviços de engenharia sejam precedidas da disponibilização de projeto executivo, ressalvando-se excepcionalmente a viabilidade de disponibilização de projeto completo de engenharia.

A exigência de projeto executivo para o desencadeamento das licitações concorre para atenuar os problemas relacionados ao alto número de alterações contratuais derivadas de falhas de projeto. A falta de aderência dos projetos à realidade concreta deriva, em boa medida, da insuficiência das informações e detalhamentos inerentes, que em muitos casos são aprofundados apenas por ocasião da produção do projeto executivo.

No entanto, há situações em que a elaboração de um projeto executivo previamente à licitação é ineficiente ou mesmo não-factível pela ausência de informações e verificações que só poderão (por razões técnicas ou econômico-financeiras) ser supridas por ocasião da execução da obra ou do serviço de engenharia. É

---

<sup>2</sup> Art. 16. A fase preparatória é caracterizada pelo planejamento, devendo abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendendo: (...) II – a definição do objeto para atender à necessidade, por meio de projeto completo de engenharia, projeto executivo ou termo de referência; (...).

necessário, por isso, excepcionar esses casos, exigindo-se a devida justificação técnica.

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 40.*

*§ 12º Excetuada a hipótese prevista nos incisos V e VI do caput deste artigo, as licitações para obras e serviços de engenharia somente poderão ser deflagradas quando houver projeto executivo aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, bem como as licenças, inclusive o licenciamento prévio ambiental, desapropriações e demais autorizações necessárias à instalação do empreendimento.*

*§ 12º A. Quando houver necessidade de desapropriações a serem realizadas pela Administração para a implantação da obra ou do serviço de engenharia, essas deverão ser concluídas previamente ao início da licitação para a contratação da obra ou do serviço de engenharia.*

*§ 12º. B. Excepcionalmente, as licitações para obras e serviços de engenharia poderão ser desencadeadas apenas com projeto completo de engenharia aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, desde que a inconveniência ou impossibilidade técnicas da elaboração e disponibilização do projeto executivo sejam demonstradas e justificadas pela autoridade competente.*

**Tema:** Contratação integrada – restrição a hipóteses excepcionais e exigência de precedência de projeto básico

**Art. 40.**

**Texto do PL:**

Art. 40.

§ 6º A Administração pública fica dispensada da elaboração de projeto completo de engenharia nos casos de contratação integrada, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com a metodologia definida em ato do órgão competente, que conterà: (...)

§ 11. Os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente poderão ser aplicados nas licitações para contratação de obras, serviços e fornecimento naquelas cujos valores superem aqueles previstos para os contratos de que trata a Lei n. 11.079/2004, de 30 de dezembro de 2004.

**Comentários ao PL:** A proposta contida no § 6º do art. 40 merece ajustes no que se refere à identificação dos pressupostos para a utilização da contratação integrada e da contratação semi-integrada. Dada a excepcionalidade deste regime de execução afigura-se imprescindível que haja critérios e pressupostos técnicos para a sua utilização, como vem orientando, inclusive, as instâncias de controle, além de se restringir sua utilização a obras e serviços de grande vulto.

#### **Proposta da CBIC:**

*Art.40.*

*§ 6º. A Administração pública fica dispensada da elaboração de projeto executivo de engenharia nos casos de contratação integrada, hipótese em que a licitação deverá ser precedida da disponibilização de projeto completo de engenharia, nos termos definidos no inciso XXIII do art. 5º desta lei.*

*§ 11. Os regimes de contratação integrada e semi-integrada apenas poderão ser utilizados para obras e serviços de engenharia de grande vulto e quando a execução do objeto envolver, pelo menos, uma das seguintes condições:*

*I - inovação tecnológica ou técnica;*

*II - possibilidade de execução com diferentes metodologias.*

**Tema:** Prazos de publicidade e de elaboração de propostas

**Art. 48.**

**Texto do PL:**

Art. 48. Os prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do edital de licitação, serão os seguintes:

I – para aquisição de bens:

- a) 10 (dez) dias, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) 20 (vinte) dias, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II – para a contratação de serviços e obras:

- a) 30 (trinta) dias, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) 45 (trinta) dias, nas hipóteses não abrangidas pela alínea “a” deste inciso;

III – para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 15 (dias) dias; e

IV – para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 40 (quarenta) dias.

(...)

**Comentários ao PL:** O PL delimita o prazo mínimo de 45 dias para licitações sob o regime de contratação integrada. Esse prazo se afigura insuficiente para licitações desta natureza, ante as complexidades inerentes à elaboração de propostas desvinculadas de um pré-existente projeto básico.

**Proposta da CBIC:**

Art. 48.

II.

(...)

*c) 90 (noventa) dias, nas hipóteses em que o regime de execução seja o de contratação integrada;*

**Tema:** Disciplina da fase de lances (não exclui licitações de obras e serviços de engenharia)

**Art. 49.**

**Texto do PL:**

Art. 49. Regulamento disporá sobre a apresentação de propostas e lances, que poderá ser, isolada ou conjuntamente:

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

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

§ 1º Ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos II, IV e V do art. 40, nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à administração pública, 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.

(...)

**Comentários ao PL:** O texto do PL deixa clara 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.

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 49. (...)*

*§ 1º As licitações de obras ou serviços de engenharia serão processadas sempre e exclusivamente pelo modo fechado.*

**Tema:** Garantia de proposta

**Art. 51.**

**Texto do PL:**

Art. 51. 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 5% (cinco por cento) do valor estimado para a contratação.

§ 2º. A garantia de proposta será devolvida aos licitantes no prazo de quinze dias contado da assinatura do contrato ou da data em que 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;

§ 4º. A garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º. do art. 89.

**Comentários ao PL:** O texto do PL faculta a exigência de garantia proposta. Garantia dessa ordem tem por finalidade de afastar o risco de propostas destituídas de seriedade no âmbito da licitação. Além disso, cumpre um papel de aferição da saúde econômico-financeira do licitante. Em razão disso, seria desejável que ela fosse exigida em todos os casos, dispensada apenas excepcionalmente. Note-se ainda que o PLS definiu, para esse fim, um limite de 5% (cinco por cento) do valor estimado da contratação, que se afigura excessivo. Limite dessa ordem poderá impor um ônus excessivo à participação no certame, favorecendo a restrição indevida do universo de ofertantes, com prejuízos à competitividade da licitação.

#### **Proposta da CBIC:**

Art. 51. Sempre que possível, deverá 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.

#### **Tema: Inexequibilidade de propostas e garantia adicional**

#### **Art. 52.**

#### **Texto do PL:**

Art. 52 (...)

§ 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 o 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, ou

II – valor orçado pela Administração.

§ 5º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do menor dos valores a que se referem os incisos do § 4º, será exigida, 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 a 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 10 (dez) dias úteis do ato de classificação, sob pena de desclassificação de sua proposta.

**Comentários ao PL:** Os dispositivos do regime vigente que disciplinam o problema da inexequibilidade de propostas (Lei 8.666/93), a despeito de serem exatos em determinar a desclassificação de propostas que resultem numericamente inexequíveis por força da aplicação do critério aritmético, têm recebido historicamente interpretação flexível e relativizante. A inexequibilidade foi admitida apenas como uma presunção relativa, admitindo-se em todos os casos a *contraprova* pelo licitante interessado. Esse afrouxamento na interpretação daquelas normas conduziu à ampliação do risco de inexecução contratual e/ou de excesso de pedidos de recomposição de equação econômico-financeira. Há necessidade, por isso, de definir com maior clareza do que fez o legislador da Lei 8.666/93 – e do que proposto pelo PL – o caráter absoluto da presunção de inexequibilidade resultante da aplicação da fórmula aritmética concebida para esse fim. Além disso, é conveniente redimensionar os parâmetros para a quantificação da garantia adicional.

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 52. (...)*

*§ 5º Dos licitantes classificados cujas propostas estiverem abaixo de 90% (noventa por cento) do valor orçado, será exigida, 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 o valor orçado pela Administração, nas modalidades previstas no § 1º. do art. 89.*

(...)

*§ 7º. A inexecuibilidade resultante da aplicação dos critérios aritméticos prescritos no caput caracteriza uma presunção absoluta, sendo que as propostas assim consideradas deverão ser desclassificadas.*

**Tema:** Habilitação técnica

**Art. 59.**

**Texto do PL:**

Art. 59. A documentação relativa à qualificação técnica será restrita a:

I – apresentação de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II – certidões ou atestados de contratações similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior;

III – indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, e da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V - registro ou inscrição na entidade profissional competente; e

VI - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

§1º. A exigência de atestados restringir-se-á às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, que serão definidas no edital.

§2º. São vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos, salvo em casos de maior complexidade e risco para a Administração.

§3º. A critério da administração pública, as exigências a que se referem os incisos I e II poderão ser substituídas, em razão de pedido formulado pelo licitante, por outra prova de que o profissional ou a empresa possui experiência prática e conhecimento técnico na execução de obra 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, quando acompanhados de tradução para o português e desde que a administração pública não suscite questionamentos sobre a idoneidade da entidade emissora do atestado.

§ 5º. Em se tratando de serviços continuados ou obras de maior complexidade e risco, o instrumento convocatório poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

§ 6º. Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do caput deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

§ 7º. Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do caput por meio da apresentação, no momento da assinatura de contrato, da solicitação de registro junto à entidade profissional competente no Brasil.

§ 8º. Fica admitida a exigência da relação dos compromissos

assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos incisos I e III.

§ 9º. O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica poderá ser demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.

§ 10. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual ele tenha feito parte, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica, quando o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciada individualmente:

I - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio homogêneo de engenharia, todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas, na proporção quantitativa de sua participação no consórcio;

II - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciada de acordo com os respectivos campos de atuação de cada uma.

§ 11. Na hipótese do parágrafo anterior, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso o mesmo não conste expressamente do atestado ou certidão, deverá ser juntada à certidão/atestado cópia do instrumento de constituição do consórcio.

**Comentários ao PL:** A redação propõe disciplina específica sobre a habilitação técnica. No entanto, há questões omissas, como a tipologia da qualificação exigível (qualificação técnico-operacional/técnico-profissional – há apenas referências indiretas a esta distinção, dando origem a dúvidas quanto ao tratamento jurídico aplicável a cada qual) e o somatório de atestados - temas que, na prática das licitações, despertam controvérsia, dando origem a disputas. É conveniente, portanto, disciplinar essas questões pela via legislativa, evitando-se a pluralidade de

interpretações, gerando-se a atualização e o aperfeiçoamento do tratamento jurídico da habilitação técnica.

Além disso, algumas previsões (como a dos §§ 3º. e 4º.) acabam por gerar excessiva discricionariedade para o administrador na configuração de exigências de qualificação técnica e, por isso, devem ser suprimidas do texto do PL.

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 59. (...)*

*II – certidões ou atestados emitido em nome da licitante de contratações similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.*

*§2º. São vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos para a demonstração da qualificação técnico-profissional. Deverão ser admitidas exigências de quantidades mínimas para a demonstração da qualificação técnico-operacional, desde que limitadas até 50% (cinquenta por cento) da dimensão do objeto do contrato.*

*§ 3º. Em se tratando de serviços continuados ou obras de maior complexidade e risco, o instrumento convocatório poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.*

*§ 4º. Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do caput deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.*

*§ 5º. Será admitida a apresentação de até um atestado para a demonstração de experiência em cada parcela de maior relevância técnica e de valor significativo fixada no*

*instrumento convocatório;*

*§ 6º. É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.*

*§ 7º. As parcelas consideradas de maior relevância técnica e de valor significativo serão aquelas que equivalentes a no mínimo 4% (quatro por cento) do valor global estimado para a contratação.*

*§ 8º. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual ele tenha feito parte, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica, quando o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciada individualmente:*

*I - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio homogêneo de engenharia, todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas, na proporção quantitativa de sua participação no consórcio;*

*II - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciada de acordo com os respectivos campos de atuação de cada uma.*

*§ 9º. Na hipótese do parágrafo anterior, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso o mesmo não conste expressamente do atestado ou certidão, deverá ser juntada à certidão/atestado cópia do instrumento de constituição do consórcio.*

**Tema:** Registro de preços para obras e serviços de engenharia

**Art. 76.**

**Texto do PL:**

Art. 76. A administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:

I – existência de projetos padronizados, sem complexidade técnica e operacional;

II – necessidade permanente ou frequente das obras ou serviços a serem contratados.

**Comentários ao PL:** Embora prevista, não há no PL detalhamento da disciplina proposta para o Sistema de Registro de Preços para a contratação de serviços de engenharia. Em vista das peculiaridades deste sistema no âmbito do segmento de serviços de engenharia, e a sua inaplicabilidade à execução de obras de engenharia, é necessária a previsão de disciplina mais adequada e detalhada.

**Proposta da CBIC:**

*Art. 76. A administração poderá contratar a execução de serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:*

*I – existência de projetos padronizados, sem complexidade técnica e operacional, dispensando-se o nível de exigência de projeto executivo;*

*II – necessidade permanente ou frequente dos serviços a serem contratados;*

*§ 1º. A contratação pelo sistema de registro de preços para serviços de engenharia obedecerá às seguintes regras:*

*I - o valor estimado do contrato não poderá ser superior a R\$ 2 milhões.*

*II – deverão ser atendidos todos os requisitos definidos nesta Lei para instauração de licitação de serviços de engenharia;*

*III – o contrato de registro de preços definirá os limites mínimo e máximo das quantidades de serviços a serem executados pela contratada;*

*IV – até o limite mínimo definido, a contratada não poderá ser preterida na execução dos serviços que façam parte de seu objeto;*

*V – atingido o limite mínimo, a Administração terá a faculdade de realizar licitação específica para contratação de serviços que façam parte do objeto do contrato de registro de preços;*

*VI – na hipótese do artigo anterior, a Administração poderá contratar a vencedora da nova licitação somente se os preços por ela ofertados forem inferiores aos pactuados no contrato de registro de preços;*

*VII – o prazo máximo de vigência do contrato de registro de preços será de 1 (um) ano;*

*VIII – decorrido o prazo de vigência ou atingido o limite máximo da quantidade de serviços, extinguir-se-á o contrato;*

*IX – decorrido o prazo de vigência sem que tenha havido execução da quantidade mínima de serviços, a Administração pagará à contratada o lucro que ela auferiria se tivesse executado a quantidade faltante para atingir aquele limite;*

*X – em nenhuma hipótese poderá ser prorrogado o prazo de vigência do contrato nem ampliado o limite máximo das quantidades de serviços nele definidos;*

*XI - o limite mínimo de quantidade de serviços poderá ser*

*reduzido apenas com a concordância da contratada;*

*XII – é vedada a adesão de outros órgãos ou pessoas ao contrato de registro de preços;*

*XIII – aplicam-se aos contratos de registro de preços todas as normas que disciplinam os contratos administrativos que não sejam incompatíveis com as disposições deste artigo.*

**Tema:** Reajustamento e encargos moratórios

**Art. 86 (e art. 22).**

**Texto do PL:**

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

(...)

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

(...)

VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e as bases de cálculo ou os valores das multas;

Vide § 4º do art. 22:

Art. 22.

§4º. Nas licitações de obras e serviços de engenharia é obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento com data base vinculada àquela da proposta, podendo ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

**Comentário ao PL:** O PL, no art. 22, exige a previsão de reajuste para obras e serviços de engenharia, mas não detalha a sua disciplina. Também não se verifica disciplina acerca dos 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 conveniente, portanto, que a legislação defina e delimite de modo objetivo e claro a extensão do direito do contratado ao reajuste de preços. E, nesse propósito, vale lembrar que a alocação do risco de inflação setorial à esfera da Administração promove a redução dos custos de transação, desonerando o custo de inflação das propostas manifestadas ao tempo da licitação. Isto é: por ser o risco de inflação difícil de ser bem gerenciado pelo contratado (pois ele não tem como se prevenir do risco de inflação), faz sentido (segundo a racionalidade econômica da alocação de riscos) que esse risco seja alocado à responsabilidade da Administração. Logo, é acertada a regra que pretenda assegurar o reajustamento dos preços contratados.

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.

Bem assim, é adequado que a data de referencia do reajustamento remonte à data do orçamento público.

Da mesma forma, a atualização dos preços na data da contratação é um expediente relevante para neutralizar os efeitos

inflacionários e atenuar os prejuízos derivados do retardamento no processamento da licitação.

Além disso, é bastante conveniente definir-se não apenas a obrigação de as Administrações preverem encargos moratórios para hipóteses de atraso nos pagamentos, bem como as condições para tanto. A omissão os editais e minutas de contrato acerca dos encargos e penalizações moratórias devidas em hipóteses de atraso na remuneração do contratado tem dado ensejo a disputas judiciais, gerando-se penalização financeira às Administrações. A ausência desta disciplina contribui sobremaneira, ademais, para o incremento dos custos transacionais.

### **Proposta da CBIC:**

Supressão do § 4º do art. 22.

*Art. 86. (...)*

*§ 4º. É obrigatória a previsão de índice de reajuste nos editais de licitação de obras e serviços de engenharia, qualquer que seja o prazo de execução delimitado pela minuta de contrato, assim como o é a sua incidência nos respectivos contratos administrativos, nos termos deste artigo, definindo-se a sua data base como a data do orçamento a que referir a licitação.*

*§ 5º. Na data de assinatura do contrato administrativo, os preços contidos nas propostas serão atualizados de acordo com o índice de reajuste definido em edital, a partir de quando passará o mesmo a incidir na menor periodicidade admitida em lei, tomando-se por data base a data de assinatura do contrato.*

*§ 6º. Para os casos de obras e serviços de engenharia, é possível estabelecer mais de um índice específico ou setorial para reajustamento dos preços, em conformidade com a realidade mercadológica dos insumos/itens do contrato.*

*§ 7º. O reajustamento de preços previstos neste artigo será automático e independente de provocação da parte ou autorização do Poder Público.*

*§ 8º. Os atrasos nos pagamentos devidos pela Administração nos contratos administrativos darão ensejo à aplicação de multa moratória em favor do contratado no mesmo percentual estabelecido para o atraso por parte do contratado 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.*

*§ 9º. 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.*

*§ 10º. As atualizações, compensações e penalizações financeiras devidas ao contratado, cujo pagamento será feito junto com o principal, correrá à conta das mesmas dotações orçamentárias que atenderam aos créditos do contrato.*

## **Tema: Garantias contratuais**

### **Art. 89.**

#### **Texto do PL:**

Art. 89. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, será exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

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

I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II – seguro-garantia;

III – fiança bancária emitida por banco instituição financeira devidamente autorizada a operar no país pelo Banco Central do Brasil.

§ 2º. Nos contratos de pronta entrega poderá ser dispensada a prestação de garantia;

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

§ 4º. Nas obras e serviços de engenharia de grande vulto, exigirse-á seguro garantia com cláusula de retomada no percentual de 30% 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 fiel execução do contrato, ou no término da sua vigência, o que ocorrer primeiro e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§6º. Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

§ 7º. Em caso de 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 obrigações do contratado, hipótese em que:

I – o contratado não poderá optar pela modalidade de garantia prevista 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, sem prejuízo das demais sanções previstas em lei e no edital;

III – a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive aditivos, como interveniente anuente, e poderá:

- a) ter livre acesso às instalações em que executado o contrato principal;
- b) fiscalizar a execução do contrato principal e atestar a conformidade dos serviços e dos materiais empregados no cumprimento dos prazos pactuados;
- c) realizar auditoria técnica e contábil;
- d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou fornecimento.

IV – na hipótese de descumprimento do contrato pelo contratado e sub-rogação a que se refere este parágrafo:

- a) fica autorizada a emissão do empenho em nome da seguradora, desde que demonstrada a sua regularidade fiscal;
- b) a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente;

§ 8º. O edital poderá exigir seguro adicional abrangendo a cobertura pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, caso em que os trabalhadores serão beneficiários da apólice, devendo tal cobertura ser obrigatória nos casos em que a administração pública seja tomadora de serviço para a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem a área de competência do órgão ou entidade.

**Comentários ao PL:** O texto do PL apenas faculta aos contratos administrativos a exigência de garantia a ser prestada pelo contratado com vistas a acautelar a Administração em relação à inexecução contratual - à exceção da licitação para obras de grande vulto.

A experiência prática vem revelando um número expressivo de obras inacabadas que, em boa medida, decorrem da seleção de empresas sem lastro suficiente para fazer frente aos investimentos e contratos que assumem, com prejuízos diretos ao interesse administrativo. Daí que a garantia contratual, no que tange a obras

e serviços de engenharia, passa a ser imprescindível em todos os casos. Uma proposta para a minimização desses riscos estaria na institucionalização da hipótese de garantia contratual em todos os casos.

É fundamental, no entanto, estabelecer limite quantitativo à exigência de garantia, com vistas a evitar a oneração das ofertas e do contrato administrativo. Este limite percentual deve estar adequadamente referenciado pelo valor estimado da contratação, tal como se passa com o regime jurídico vigente. A experiência histórica permite concluir que o limite ordinário de 5% prescrito pela Lei 8.666/93 tem se revelado eficaz para acautelar o risco da Administração relativamente à execução de contratos quando a proposta se presume exequível e estiver alinhada até certa medida com os valores constantes do orçamento público. O limite de 20% estabelecido pelo PL afigura-se, por isso, nitidamente excessivo e pode autorizar a fixação de garantia excessivamente onerosa nos casos concretos, limitando desgraçadamente o mercado ofertante.

Seguindo-se a mesmo raciocínio, em homenagem à universalidade da licitação, afigura-se conveniente ampliar as modalidades de garantia. Neste particular, faz sentido que as Administrações aceitem como garantias boas e eficazes as suas próprias dívidas com terceiros.

Por fim, a exigência contida no § 8º deve ser suprimida, uma vez que exigência de seguro para a cobertura de débitos trabalhistas pode onerar sobremaneira a participação na licitação, impactando a competitividade e a universalidade da licitação.

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 89. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de serviços e compras.*

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

*I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;*

*II – seguro-garantia;*

*III – fiança bancária;*

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

*V – caução em precatório emitido pela Administração responsável pela contratação.*

*(...)*

§ 3º. *Para obras, serviços e fornecimento, a garantia não poderá exceder a 5% do valor inicial do contrato, devendo este percentual ser justificado mediante análise de custo-benefício que considerará os fatores presentes no contexto da contratação;*

*(...)*

§8. *Para obras e serviços de engenharia, será obrigatória a exigência de garantia contratual, nos termos e condições definidas neste artigo.*

**Tema:** Processamento das medições e direito do contratado

**Art. 94.**

**Texto do PL:** Não há texto de norma sobre o processamento das medições.

**Comentários ao PL:** O texto do PL 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 pelas Administrações como um instrumento para procrastinar pagamentos e gerenciar (inadequadamente) problemas orçamentários. Assim se passa inclusive pela ausência de uma disciplina específica em relação a isso – embora a interpretação da legislação vigente não autorize práticas dessa ordem.

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

A disciplina proposta pelo PL é ineficaz para minimizar o risco de que a sistemática das medições possa ser utilizada pelas Administrações como estratégia para procrastinar pagamentos ao contratado.

#### **Proposta da CBIC:**

*Art. 94.*

*§ 4º. Nos casos de obras e serviços de engenharia, a remuneração do contratado se realizará mensalmente, sendo que o contrato deverá prever sistemática detalhada de medição e pagamento, prevendo-se prazo mensal para o processamento das medições, formalização do relatório das medições e emissão da fatura e documentação de pagamento pelo contratado, assim como o prazo certo para o pagamento correspondente à medição realizada, que não poderá ser*

*superior a 30 (trinta) dias contados da data mensal prevista para a formalização do relatório de medição.*

*§ 5º. Nos casos de obras e serviços de engenharia sob regime de execução de empreitada por preço global, de empreitada integral ou de contratação integrada, os pagamentos sempre serão efetuados a partir da entrega mensal de parcelas da obra ou do serviço, conforme previsto no cronograma físico-financeiro e observado o disposto no § 4º, não se referenciando pela aferição de quantitativos de insumos ou pelos preços unitários constantes da composição de custos e de preços ou da planilha orçamentária.*

*§ 6º. Nos casos de obras e serviços de engenharia sob regime de execução de empreitada por preço global, de empreitada integral ou de contratação integrada, serão sempre do contratado os riscos atinentes às diferenças, para mais e para menos, entre quantitativos previstos nas planilhas orçamentárias e aqueles efetivamente executados, ressalvando-se hipóteses em que essa diferença deriva do advento de fato superveniente (ou de fato de conhecimento superveniente), imprevisível à época da formulação das propostas.*

*§ 7º. A ausência da formalização do relatório de medição pelo agente responsável, retratando-se sempre o quantitativo percentual das etapas executado até o momento da medição, acarretará a incidência de multa em favor do contratado no percentual de 10% (dez por cento) do valor da medição.*

*§ 8º. A medição deverá ser realizada e processada independentemente do percentual da etapa executado pelo contratado, independentemente do atraso na execução do contrato em relação ao cronograma físico-financeiro.*

**Tema:** Provisionamento de valores para acautelar responsabilização trabalhista

**Art. 98.**

**Texto do PL:**

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

§ 1º. A inadimplência do contratado, em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à administração pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§2º. Para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, a Administração poderá prever a aquisição de seguro garantia ou efetuar o depósito de valores em conta vinculada.

**Comentários ao PL:** Afigura-se excessiva e onerosa o depósito de valores atinentes a obrigações trabalhistas em conta vinculada, assim como a exigência de seguro para garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas.

**Proposta da CBIC:** Supressão do § 2º. art. 98.

**Tema:** Equilíbrio econômico-financeiro e intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras – prazo para responder pedidos de reequilíbrio e proteção às cláusulas econômicas do contrato

**Art. 102.**

**Texto do PL:** Não há no PL proposta de regras específicas sobre esses temas.

**Comentários ao PL:** Não há na Lei de Licitações, nem no texto do PL, 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 pela 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. É fundamental haver um prazo máximo e objetivo para isso.

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

Novamente, é necessário advertir-se que a ausência de disciplina específica sobre temas desta natureza acaba por concorrer para a ampliação dos chamados custos transacionais à contratação administrativa. Afinal, a insegurança do particular em relação ao destino de suas possíveis reivindicações para a manutenção do equilíbrio contratual ou para providência de outra ordem, reflete-se em custos maiores para contratar com o Poder Público.

Além disso, o texto do PL não trata explicitamente da vedação à *retificação* do preço contratual (por vezes tentada sob alegação de defeitos na proposta ao tempo da licitação). Historicamente, tem-se visto uma interferência excessiva das Cortes de Contas no gerenciamento da composição de custos - inclusive do BDI - dos valores globais contratados. Em muitos casos, chegou-se a determinar a *retificação* do valor global

contratado com vistas a adaptá-lo à correção de custos unitários ou despesas indiretas inconsistentes ou mal calculadas ainda na fase de licitação. Um caso emblemático envolveu erros na indicação de alíquotas fiscais, cuja correção já na fase de execução do contrato importou na alteração do próprio valor global do contrato. A hipótese não deve ser admitida sob pena de flexibilizar os pressupostos da licitação. Essa transformação do preço já na fase de execução do contrato é perigosa ante a hipótese de subverter o próprio resultado da licitação. Logo, é necessário conceber uma disciplina que coíba a hipótese.

Por outro lado, e para evitar-se que eventual regra impondo a inalterabilidade do preço global para a correção de defeitos na composição de preços seja interpretada excessivamente, com vistas a obstar a atualização de preços para a recomposição da equação econômico-financeira, é necessário ressaltar-se o pleno cabimento da recomposição de preços em face do incremento extraordinário no preço de insumos que impactem os custos de produção do contrato (teoria da imprevisão).

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 102.*

*§ 16. Os preços efetivamente contratados não poderão ser revistos e modificados para o fim da correção de defeitos em sua composição de custos, despesas indiretas e margem de rentabilidade constantes da proposta comercial que os originaram.*

*§ 17. Fica assegurada a recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo para as hipóteses de elevação superveniente e imprevisível no preço de insumos impactantes nos custos de produção do contrato, e nas demais hipóteses admitidas nesta Lei.*

*§ 18. Os requerimentos de recomposição de equação econômico-financeira serão processados, analisados e*

*respondidos em até 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, justificadamente, uma única vez, sendo que a ausência de resposta administrativa no prazo referido importará sua aceitação tácita, nos termos propostos pelo requerimento.*

*§ 19. Os requerimentos e notificações formalizadas pelo contratado à Administração Pública, dando conta da existência de fatos que interfiram na execução do contrato, deverão ser respondidos no prazo máximo de 15 (quinze dias).*

*§ 20. Quando notificada nos termos do § anterior, a ausência da adoção de providências pela Administração, necessárias a assegurar a adequada execução do contrato, importará o direito do contratado à suspensão da sua execução.*

**Tema:** Direito do contratado à suspensão da execução ante o atraso na remuneração

**Art. 103.**

**Texto do PL:**

Art. 103.

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

(...)

IV – atraso superior a quarenta e cinco dias dos pagamentos devidos pela administração pública decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados;

(...)

§3º As hipóteses de rescisão a que se referem os incisos II a IV do §2º:

(...)

III – asseguram ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação.

**Comentários ao PL:** O texto do PL pretende instituir um prazo de 45 dias para a chamada *mora tolerada* (em substituição ao prazo de 90 dias atualmente vigente). Isso significará que, para além dos 30 dias já previstos como prazo máximo para pagamento, a Administração poderá atrasar o pagamento em mais 45 dias, impondo ao contratado, até o fim desse lapso, o ônus de ter de seguir executando sem a percepção de remuneração.

Este é um dos temas mais problemáticos do atual regime. A hipótese de o contratado ter de tolerar os atrasos ou suspensão de pagamentos por prazo longo, sem poder optar pela suspensão da execução do contrato, não se harmoniza com a *exceção do contrato não cumprido*, prevalente no direito privado. O regime da contratação administrativa, neste particular, consagrou um tratamento exorbitante daquele próprio do direito privado. Esse é um dos pontos que retratam de modo mais emblemático o desequilíbrio entre as partes numa contratação administrativa (e que bem exemplifica o elevado custo de transação nas contratações públicas).

O problema é que imposição dessa ordem, além de gerar o risco de condutas oportunistas pelo administrador (e favorecer, inclusive, o uso da *mora tolerada* como instrumento de pressão e coerção sobre o contratado), acaba por encarecer excessivamente a contratação administrativa. Afinal, é evidente que esse risco é incorporado e precificado nas propostas oferecidas à Administração. Trata-se de uma insegurança excessiva e que se traduz em custos na composição do preço ofertado à Administração, favorecendo a elevação dos custos de transação.

Logo, é necessário conceber um tratamento jurídico diverso do tratamento vigente, particularmente com vistas a melhor calibrar o período da chamada *mora tolerada*.

Além disso, é necessário, relativamente à *mora tolerada*, assegurar-se o direito do contratado em perceber as atualizações, os juros moratórios e as eventuais penalidades associadas ao inadimplemento administrativo.

### **Proposta da CBIC:**

*Art. 103.*

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

*(...)*

*IV – atraso superior a trinta dias dos pagamentos devidos pela administração pública decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados;*

*§3º As hipóteses de rescisão a que se referem os incisos II a IV do §2º:*

*(...)*

*III – asseguram ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação.*

*(...)*

*§ 5º. O contratado terá o direito de suspender a execução do contrato, na hipótese de atraso superior a trinta dias dos pagamentos devidos pela administração pública decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados;*

§ 6º Os atrasos nos pagamentos devidos pela Administração Pública referidos no § anterior, assim como o inadimplemento de outras obrigações contratuais da Administração, acarretam o direito do contratado à ampla indenização, englobando a atualização dos custos, a correção dos valores, a aplicação de penalidades moratórias e de outra natureza definidas nesta lei e no contrato administrativo.

§ 7º O pagamento parcial de faturas resultantes de medição aprovada pela Administração não será considerado para o fim do cômputo dos prazos estabelecidos no inciso IV do § 3º. e no § 5º deste artigo.

**Tema:** Ordem cronológica de pagamentos

**Art. 107.**

**Texto do PL:**

Art. 107. No dever de pagamento pela Administração será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos.

§ 1º. Desde que expresso no instrumento convocatório, poderá ser previsto pagamento em conta vinculada, conforme disposto em regulamento.

§ 2º. A ordem cronológica de que trata o *caput* poderá ser, motivadamente, alterada em caso de grave e urgente necessidade pública.

**Comentários ao PL:** A cronologia de pagamentos, acolhida pelo atual regime e proposta no texto do PL, é uma garantia das mais relevantes para assegurar a lisura e isonomia na manipulação do sistema de pagamentos em contratos administrativos. Seu papel é garantir aos contratados que seus pagamentos não sejam preteridos em benefício ilegítimo de outros. É necessário, no entanto, para evitar-se burla ao espírito desta regra, suplementar a disciplina, exigindo-se que, na hipótese de a cronologia ser aplicada de

maneira independente para as obrigações vinculadas a uma fonte específica de recursos, haja justificativa adequada e suficiente para tal, demonstrando-se que a mesma foi determinada anteriormente ao processo licitatório que lhes deu origem.

**Proposta da CBIC:**

*Art. 107.*

*§ 1º. (...).*

*§ 2º A obediência à ordem cronológica dos pagamentos prevista no caput poderá ser aplicada de maneira independente para as obrigações vinculadas a uma fonte específica de recursos, desde que tal vinculação seja formal e explicitamente justificada e determinada anteriormente ao processo licitatório que lhes deu origem.*

*§ 3º. Sempre que solicitada, a Administração deverá prestar informações quanto à cronologia de pagamentos, devendo divulgar no seu sítio na internet a ordem cronológica das faturas e dos pagamentos programados.*