

JOSÉ EDUARDO GUIDI

# ENGENHARIA LEGAL APLICADA AO LABIRINTO DAS OBRAS PÚBLICAS

Soluções aos  
Aspectos Subjetivos  
da Legislação

2ª Edição  
Revisada e atualizada



São Paulo – SP  
2023

# Sumário

<b>Prefácio da 1ª edição .....</b>	<b>21</b>
<b>Prefácio da 2ª edição .....</b>	<b>23</b>
<b>Prefácio do Autor .....</b>	<b>29</b>
Controladores do Interesse Público.....	29
<b>Apresentação .....</b>	<b>33</b>
<b>Introdução .....</b>	<b>43</b>
<b>Capítulo 1. O Labirinto das Obras Públicas .....</b>	<b>49</b>
1.1 A formação do labirinto e as origens do desarranjo .....	54
1.1.1 Dos reflexos do sistema político-administrativo .....	55
1.1.2 Do Apagão das Canetas.....	63
1.2 Das soluções ao labirinto das obras públicas.....	70
1.2.1 Do falso conflito entre legalidade e eficiência .....	70
1.2.2 Das soluções a partir da governança pública.....	77
1.2.3 Das soluções a partir da engenharia legal.....	85
<b>Capítulo 2. Das Soluções às Subjetividades do Conceito de Obra Pública de Engenharia .....</b>	<b>91</b>
2.1 Do conceito geral e dos conceitos específicos .....	94
2.1.1 Do conceito matriz de obra .....	100
2.1.2 Do conceito de obra de engenharia .....	101
2.1.3 Do conceito de obra pública de engenharia .....	108
2.2 Das soluções às subjetividades conceituais .....	112
2.2.1 Da subjetividade conceitual para objetos tipo obra e reforma, das soluções binárias e dos seus limites.....	114
2.2.2 Da subjetividade conceitual para objeto tipo obra e da solução geral à escolha da modalidade de licitação .....	118
2.2.3 Da subjetividade conceitual para objeto tipo reforma e da solução geral às alterações contratuais .....	123
2.3 Corolário .....	128

<b>Capítulo 3. Das Soluções à Inexorável Imprecisão do Projeto Básico de Engenharia.....</b>	<b>131</b>
3.1 A Súmula Nº 261 do TCU.....	132
3.2 A saga do projeto básico.....	135
3.3 O falso dilema do nível de precisão adequado.....	139
3.4 O projeto básico.....	142
3.4.1 Fronteiras entre anteprojeto, projeto básico e executivo.....	143
3.4.2 O empreendimento, a obra e o projeto básico adequado.....	149
3.4.3 O nível de precisão do projeto básico de engenharia.....	152
3.4.4 Dos conteúdos dos projetos básico e executivo.....	157
3.5 Da manutenção do propósito e da natureza do objeto.....	160
3.5.1 Do propósito do objeto à viabilidade técnica e ao adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento.....	160
3.5.2 Da natureza do objeto e a competitividade dos certames.....	163
3.6 Conclusão.....	166
<b>Capítulo 4. Das Soluções ao Dilema do Parcelamento das Obras Públicas.....</b>	<b>169</b>
4.1 A Súmula Nº 247 do TCU.....	170
4.2 Do objeto adquirido e do objeto executado.....	173
4.3 Do parcelamento da execução das obras públicas.....	179
4.3.1 Da viabilidade técnica do parcelamento da execução.....	183
4.3.1.1 Das parcelas de natureza específica.....	186
4.3.2 Da viabilidade econômica do parcelamento da execução.....	189
4.3.2.1 Ampliação da competitividade x perda de economia de escala.....	190
4.3.2.2 Ampliação da competitividade x prejuízo ao conjunto/completo.....	192
4.4 Conclusão.....	198
<b>Capítulo 5. Das Soluções aos Riscos de Contratação de Propostas Inexequíveis.....</b>	<b>201</b>
5.1 Do caráter arbitrário da Súmula Nº 262 do TCU.....	202
5.2 Do julgamento objetivo ao julgamento subjetivo.....	205
5.3 O custo-benefício e a lacuna do princípio.....	209
5.4 O interesse público e o critério do risco-retorno.....	216

5.5 O interesse público e a proposta mais vantajosa .....	221
5.6 Metodologia à identificação do risco da contratação.....	224
5.6.1 Premissa iniciais .....	225
5.6.2 Risco limite e risco assumido.....	225
5.6.3 Definição do risco assumido .....	228
5.6.4 Capacidade de entrega do licitante de menor preço.....	232
5.6.5 Risco efetivo .....	234
5.7 Conclusões.....	236

## **Capítulo 6. Das Soluções às Alterações Contratuais em Obras Públicas de Engenharia .....239**

6.1 Das alterações unilaterais.....	240
6.1.1 Das modificações unilaterais do projeto .....	244
6.1.2 Das modificações unilaterais do valor contratual .....	247
6.2 Da Decisão Plenária Nº 215/1999 do TCU.....	250
6.3 Do Acórdão Nº 749/2010 do Plenário do TCU .....	256
6.4 Do Acórdão Nº 1977/2013 do Plenário do TCU .....	260
6.5 Metodologia à análise das alterações contratuais em obras públicas de engenharia.....	263
6.5.1 Pressupostos para aplicação do indicador .....	265
6.5.2 Capacidade técnico-operacional da contratada em face do incremento contratual.....	266
6.5.3 Custo da rescisão do contrato em relação à sua alteração.....	268
6.5.4 Percentual de avanço das obras .....	269
6.5.5 Tempo estimado para retomada dos serviços.....	269
6.5.6 Nível de sacrifício do interesse público no caso de rescisão.....	271
6.5.7 Cálculo do indicador .....	272
6.6 Aplicação do indicador em casos reais.....	274
6.6.1 Caso 01 – Construção do Parque Paineiras de Ji-Paraná/RO .....	274
6.6.2 Caso 02 – Construção da Regional do TCE/RO.....	279
6.7 Conclusão .....	283

## **Capítulo 7. Das Soluções ao Restabelecimento do Equilíbrio Econômico-Financeiro Inicial dos Contratos .....285**

7.1 Do equilíbrio econômico-financeiro à luz da ciência matemática .....	286
7.1.1 Da problemática em face à ausência de critérios matemáticos .....	286

7.1.2 Do equilíbrio contratual traduzido pela ciência matemática .....	291
7.1.3 Do risco extraordinário materializado na parcela de retribuição – a justa remuneração e os conceitos de preço, valor e álea econômica .....	301
7.2 Dos tipos de rompimento do equilíbrio econômico financeiro inicial em contratos de obras de engenharia .....	307
7.2.1 Do rompimento posicionado na parcela dos encargos contratados.....	308
7.2.2 Do rompimento posicionado na parcela de retribuição pelos encargos contratados.....	310
7.2.2.1 Do rompimento em face à modificação dos tributos incidentes .....	313
7.2.2.2 Do rompimento em face à modificação dos coeficientes de produtividade.....	316
7.2.2.3 Do rompimento em face à modificação dos custos reais de produção.....	320
7.3 Da metodologia ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial em face aos choques externos de mercado.....	323
7.3.1 Da fronteira contábil à caracterização da onerosidade excessiva .....	323
7.3.1.1 Dos equilíbrios à luz da ciência econômica .....	327
7.3.1.2 Do paradoxo conceitual inserido no Decreto- Lei nº 2.300/86 e os pontos contábeis de equilíbrio econômico e equilíbrio financeiro .....	329
7.3.1.3 Dos marcos: lucro zero (financeiro) versus o lucro normal (econômico) .....	332
7.3.2 Da matemática contábil do desequilíbrio e do reequilíbrio .....	335
7.3.3 Do modelo matemático à mensuração do impacto financeiro .....	340
7.3.3.1 Da extração quantitativa e do agrupamento de insumos .....	343
7.3.3.2 Das referências aos cotejamentos dos custos dos insumos .....	345
7.3.3.3 Do lucro ofertado versus o lucro referencial .....	349
7.3.3.4 Da impossibilidade do IRPJ e da CSLL na parcela do lucro de referência .....	351
7.3.3.5 Dos cotejamentos em função dos períodos de execução .....	353
7.3.3.6 Da reedição dos custos dos serviços e da transferência da variação ao contrato.....	354

7.4	Críticas necessárias acerca de variados normativos editados.....	357
7.4.1	Da inadequação dos comparativos de aquisição dos insumos com base meramente em notas fiscais .....	358
7.4.2	Da inadequação da exigência de documentação fiscal à comprovação da execução dos serviços .....	362
7.4.3	Da não incidência da preclusão lógica .....	364
7.5	Conclusão .....	367

<b>Posfácio.....</b>	<b>370</b>
----------------------	------------

<b>Referências Bibliográficas.....</b>	<b>373</b>
--	------------



# Apresentação

Começo registrando a minha honra em apresentar o novo livro do Eng. José Eduardo Guidi. Trata-se de importante estudo sobre os principais aspectos que envolvem o planejamento, a licitação e, especialmente, a execução de obras e serviços de engenharia e arquitetura realizados pelo setor público. É notável a precisão do autor em definir critérios objetivos para resolver problemas concretos que enfrentamos no dia a dia. Também é inegável que um trabalho com essa dimensão exige a compreensão ampla e precisa sobre o processo de contratação. Assim, decidi iniciar minhas ponderações falando exatamente sobre isso.

Processo de contratação pública é o conjunto de fases, etapas e atos estruturado de forma lógica para permitir que a Administração, a partir da identificação de sua necessidade, planeje com precisão a solução desejada (encargo) e selecione de modo eficiente a pessoa capaz de satisfazer plenamente sua necessidade pela melhor relação benefício-custo, minimizando riscos e assegurando, ou não, a isonomia no processo de seleção do parceiro.

A expressão “contratação pública” é mais ampla do que o sentido da palavra “contrato”. A realidade do contrato administrativo está inserida no contexto do que podemos denominar contratação pública. Assim, o contrato é uma das fases do processo; as outras fases são a preparatória/interna (planejamento e definição das regras – edital) e

a externa (seleção da proposta, que ocorre por meio da licitação, dispensa ou inexigibilidade).

Tal processo é estruturado em três grandes fases; cada fase é organizada em diversas etapas; e cada etapa em inúmeros atos. Fases, etapas e atos têm propósitos bem específicos. A finalidade da fase de planejamento é definir o encargo, e a da seleção das propostas é determinar o preço a ser pago por ele.

Portanto, o contrato nada mais é do que a conjugação do resultado obtido nas duas grandes fases do processo, isto é, trata-se da relação de equivalência entre duas grandezas: encargo e preço, sendo o preço definido com base no conjunto de obrigações que compõem o encargo. Essa é uma lógica importante e que deve nortear a racionalidade das decisões a serem adotadas na fase contratual.

É a partir desse racional que podemos dizer que o contrato tem um aspecto essencialmente econômico-financeiro. O aspecto econômico é representado pelo conjunto de obrigações traduzida no encargo, e o financeiro, pelo preço (remuneração do parceiro). Daí falarmos em equação ou equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, se houver alteração no encargo, será indispensável haver reequilíbrio do preço definido, para mais ou para menos. A equação econômico-financeira é um valor fundamental, uma garantia constitucional e uma via de mão dupla.

É preciso perceber que o processo de contratação pública está relacionado com a existência de uma necessidade que precisa ser atendida por meio de uma compra, um serviço comum, uma obra ou um serviço técnico-profissional especializado, uma parceria ou uma alienação. Tais objetos têm por finalidade viabilizar a plena satisfação da referida necessidade por meio de um negócio que traduza a melhor relação benefício-preço.

A finalidade da fase de seleção de propostas não é, nem pode ser, simplesmente apurar um preço e escolher um parceiro qualquer, pois ela não é um fim em si mesma, mas o meio adequado para viabilizar e garantir a eficiência contratual.



o autor aborda, de forma aprofundada, as soluções e a condução dos processos de restabelecimento do reequilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos de obras e serviços de engenharia. Trata-se de um tema fundamental e delicado para os que atuam na área da contratação, principalmente para os gestores, engenheiros e assessores jurídicos dos órgãos e das entidades, bem como das empresas contratadas.

Por fim, reitero que fiquei muito honrado com o convite de Guidi para apresentar seu estudo ao público. É fato que temos de dar um salto de qualidade no planejamento e na execução de obras públicas, bem como no emprego dos recursos públicos, e este livro é uma contribuição doutrinária importantíssima para tanto.


Forte abraço a todos!

Curitiba, 20 de julho de 2021.

**Renato Geraldo Mendes**

Jurista, CEO e fundador da Zênite e autor de livros na área da contratação pública.





## CAPÍTULO 1

# O Labirinto das Obras Públicas

Pior que uma obra não iniciada é uma obra inacabada. Se antes os gestores públicos estavam diante de um problema com empreendimento que não se iniciava, agora são brindados com o pesadelo daquilo que pode ser considerado como O Labirinto das Obras Públicas.

Obra paralisada tem que ser administrada. Há gastos com manutenção, conservação, vigilância, etc. Existem custos adicionais para sua retomada, esforço imensurável dos agentes públicos de gestão, dos profissionais técnicos, do corpo jurídico, e por aí vai. Sem contar as intermináveis disputas judiciais e, evidentemente, a forte pressão dos órgãos de controle. Para além disso, os agentes políticos arcam com o custo de reputação, enquanto os prestadores de contas, públicos e privados, absorvem as multas e débitos imputados pelas instituições fiscalizadoras. Há também os custos individualizados com processos administrativos e/ou judiciais (advogados, peritos, taxas, ...), e claro, os dramas pessoais e a rápida execração pública dos agentes e das empresas.

A sociedade paga também. Tem que arcar com o prejuízo do investimento desastroso e que não vê retorno, a impossibilidade de

colocar um filho na creche, a ausência de um posto de saúde em distância razoável, a inexistência do saneamento básico que impeça a proliferação de doenças. Enfim, o custo de um país que ainda não conseguiu pavimentar o melhor caminho para seus cidadãos.

Foi diante deste cenário que em 2017 o Tribunal de Contas da União (TCU) iniciou esforço para identificar a real situação das obras inacabadas em nosso país, providência que culminou com o Acórdão N° 1079/19 do Plenário. O documento registrou a existência de 14.403 empreendimentos inacabados dentre os 38.412 que foram analisados, ou seja, aproximadamente 37,5% dos contratos. Na sequência, o então Secretário de Gestão do Ministério da Economia comunicou que àquela oportunidade existiam aproximadamente 100.000 obras públicas contratadas apenas com recursos da União.<sup>8</sup> Assim, com base no percentual da amostragem dado pelo TCU, pode-se estimar incríveis 37.000 empreendimentos paralisados.

A bem da realidade, o tormento causado pelos conhecidos “elefantes brancos” remonta décadas. Foi a partir de semelhante alerta emitido pelo TCU, ainda no distante ano de 1995, que o Senado Federal criou a Comissão Temporária de Obras Inacabadas. Já naquela época foram detectados 2.214 empreendimentos paralisados em nossa país.<sup>9</sup> Doze anos depois, já no ano de 2007, o TCU trouxe o assunto à tona novamente. Na ocasião o Tribunal elaborou um diagnóstico acerca das construções inacabadas realizadas com recursos da União, bem como procedeu à verificação de oportunidades para aperfeiçoamento de normativos e da sistemática de fiscalização das obras públicas. Sequencialmente, um termômetro deveras assustador das dimensões do problema foi dado em 2016 pelo então presidente da já extinta Comissão Especial de Obras Inacabadas, instante em que

---

<sup>8</sup> TCU. #EuFiscalizo. 7'10". Disponível em (acessado em 29.06.2021): <[https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=3&v=qrd1poplxo4](https://www.youtube.com/watch?time_continue=3&v=qrd1poplxo4)>.

<sup>9</sup> Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/178354>>. Acessado em 29.06.2021.



## CAPÍTULO 2

# Das Soluções às Subjetividades do Conceito de Obra Pública de Engenharia

De modo análogo a inúmeros vocábulos da língua portuguesa, a palavra “obra” apresenta diversas aplicações. Dados os propósitos iniciais do presente tópico, é possível estabelecer de modo generalista que o termo expressa o efeito de um trabalho, seja ele artístico, literário, científico ou simplesmente braçal. Livros, projetos, esculturas, músicas e peças de teatro são exemplos daquilo que conhecemos como obras intelectuais. Lado outro, também nos referirmos aos variados tipos de construções como obras em andamento, inacabadas ou entregues.

Diferentemente do português, o idioma inglês traz termos que melhor diferenciam obras intelectuais (*works*) das obras físicas (*builds, buildings, constructions*), revelando certa vantagem às interpretações possíveis. De se notar que em nosso idioma, quando estivermos nos re-

ferindo às construções e dissermos estarmos executando uma obra,<sup>66</sup> a bem da verdade estamos procedendo a transformação de uma obra intelectual (o projeto) em algo material, físico, palpável.

É claro que no cotidiano a interpretação do termo é de cognição indutiva, não existindo obstáculos de qualquer ordem. Entretanto, quando o termo é analisado sob o rigor normativo do ambiente técnico-jurídico das obras públicas de engenharia, as interpretações inspiram cuidados. Nessa esfera a expressão *obra pública* embarca em questões de certa complexidade, indo além da mera distinção daquilo que é privado. Tal decorre em virtude do já mencionado caráter subjetivo das definições encartadas nos comandos legais, atributo que termina por lhe oferecer leituras conflituosas e implica os instrumentos que regem suas execuções.<sup>67</sup> Na prática, as interpretações discordantes poderão redundar em sanções aos agentes envolvidos e não raras vezes os desalinhos conduzem a problemas no desenvolvimento das contratações. Dado o cenário fático, é possível culminar com a paralisação dos serviços, imbróglis administrativos, paulatinas disputas judiciais e até mesmo o completo abandono do investimento.

Assim como ocorre em todos os aspectos regulados pelo Estado brasileiro, a semente desses conflitos interpretativos está plantada na própria legislação. Hipótese bastante crível é que no afã de tornar os processos licitatórios mais dinâmicos (tanto para as obras quanto para os demais objetos), intento que até certo ponto é forçoso assumir

---

<sup>66</sup> Ao examinar o sentido técnico do termo “construção”, Valmir L. Pelacani considera que o idioma português carrega um duplo significado, “como atividade, indica o conjunto de operações empregadas na execução de um projeto; como obra, significa toda realização material e intencional do homem, visando adaptar a natureza às suas conveniências”. PELACANI. V. Luiz. *Comentários à norma de desempenho e responsabilidade civil nas edificações com tópicos avançados*. 1. ed. São Paulo: Leud, 2021. Pg. 130.

<sup>67</sup> “49. “[...] é questionado se a construção de banheiros públicos pode ser considerada obra de simples execução e, assim, se a modalidade adequada seria o convite ou o pregão. [...], de acordo com os normativos legais vigentes, a construção de banheiros públicos não pode ser licitada mediante pregão eletrônico.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 980/2018 do Plenário.



## CAPÍTULO 3

# Das Soluções à Inexorável Imprecisão do Projeto Básico de Engenharia

Entre os maiores tormentos que afligem os agentes públicos incumbidos das obras públicas o desenvolvimento do projeto básico de engenharia possivelmente é o maior deles. Para além das questões iminentemente técnicas, as quais por si só já representam os mais variados desafios, o amoldamento às exigências dos intérpretes da legislação brasileira tem se demonstrado cada vez mais intrincado.

O tema é de alta carga subjetiva e a falta de consenso tem produzido desde certames licitatórios munidos de projetos básicos com grau ínfimo de maturação, até determinações despropositadas pelos órgãos de controle. Contudo, o prejuízo é suportado sempre pelo mesmo ator: a sociedade. Dado o cenário em destaque, é exatamente sob a óptica da sociedade que a presente análise intenciona apoiar solução ao imbróglio descrito.

Nesse sentido, a análise é estruturada em três partes que objetivam oferecer melhor didática os diversos conceitos que serão fun-

damentados ao longo do texto, além da própria proposta resolutive. São pontuados os motivos que conduziram o TCU a editar a Súmula N° 261, bem como a evolução histórica da noção de projeto e dos principais conceitos conectados, assim, formando o alicerce da crítica ao falso dilema imposto aos gestores públicos acerca de qual seria o nível de precisão adequado para os projetos básicos. Adiante, a engenharia legal embasa a releitura e aplicabilidade dos postulados que a legislação caracteriza como anteprojeto, projeto, projeto básico, projeto executivo, obra e empreendimento, possibilitando interpretações harmônicas à interface técnico-jurídica. Ainda, especialmente para os objetivos que devem ser perseguidos pelo projeto básico, são apresentados critérios e indicadores capazes de conduzir os gestores para exames menos subjetivos e que melhor garantam os parâmetros exigidos pelo empreendimento.

### 3.1 A Súmula N° 261 do TCU

O projeto de súmula acerca da obrigatoriedade de a Administração dispor de projeto básico adequado e atualizado como condição à deflagração de procedimentos licitatórios de obras de engenharia foi apreciado pelo plenário do TCU em 30 de junho de 2010. Eis os termos do texto aprovado pelo Acórdão N° 1536/10-P:

SÚMULA N° 261: Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.

O objetivo nuclear trazido pelo comando sumular é cristalino e foi taxativamente esculpido no respectivo voto-condutor, qual seja: a





## CAPÍTULO 4

# Das Soluções ao Dilema do Parcelamento das Obras Públicas

No ano de 1998 o legislador brasileiro avançou com uma série de alterações no regulamento das licitações e contratos da Administração Pública. Dentre as várias modificações, trouxe o conceito de *bens de natureza divisível*.<sup>200</sup> Adiante, a Súmula N° 247 do TCU extrapolou referido conceito e forjou aquilo que chamou de *objeto divisível*, estendendo suas implicações para os objetos tipo alienações, serviços e obras.

Contudo, conforme já enfrentado no presente tratado, obras e serviços são atividades, não se constituindo como bens. Especialmente para o caso das obras públicas, cumpre reforçar seu caráter personalíssimo e que lhe confere o gozo da própria identidade. Assim, a ex-

---

<sup>200</sup> Nota do autor: trata-se da Lei N° 9.648/1998 que dentre outras alterações inseriu no artigo 23 da Lei N° 8.666/93 o seu § 7º: “Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.” (grifo do autor)

trapolação do conceito promovida pelos controladores é no mínimo instigante, senão, como poderia algo único, singular, um todo que se materializa a partir de uma solução geral, ser divisível? Certamente que não é.

Em realidade, o que de fato é plenamente possível são objetos do tipo obras serem executados de modo segmentado, em partes, parceladamente. Ademais, a execução de tais partes pode se dar concomitantemente ou não, por diferentes executores e inclusive no mesmo espaço físico.<sup>201</sup> Em outras palavras, ainda que uma obra pública de engenharia não desfrute do atributo da divisibilidade, a execução do objeto como um todo comporta divisão.

Ocorre que para além dos conceitos intrincados, tal decisão é permeada de grande dose de subjetividade, sendo precisamente esse o desafio para o qual os gestores públicos estão submetidos e que o presente capítulo ora enfrenta.

## 4.1 A Súmula N° 247 do TCU

O projeto de súmula que versou acerca da obrigatoriedade da adjudicação por item em detrimento do preço global quando das licitações à contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, foi apreciado pelo plenário do TCU em 10 de novembro de 2004. Eis os termos do texto aprovado pelo Acórdão N° 1782/04-P:

Súmula N° 247: É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, forne-

---

<sup>201</sup> Exemplo clássico o das obras pré-moldadas.



## CAPÍTULO 5

# Das Soluções aos Riscos de Contratação de Propostas Inexequíveis

Os inúmeros critérios subjetivos inerentes aos numerosos comandos normativos para os quais os agentes públicos e privados estão submetidos já seria, por si só, enorme desafio à regular execução de uma obra pública. Não bastasse os dilemas derivados das interpretações possíveis desses dispositivos de carga subjetiva, no ano de 2010 o Tribunal de Contas da União editou a Súmula N° 262, transformando importante critério de objetividade terminativa em uma decisão que pode bem beirar a arbitrariedade.

Trata-se da análise das propostas manifestamente inexequíveis, tópico para o qual a legislação esquematizou equação matemática de simples aplicação às análises correlatas. Parece razoável inferir que o legislador buscou na ciência exata o limite de risco aceitável à contratação de uma obra pública de engenharia. Não obstante, o controlador entendeu por bem legislar por sobre o critério matemático, impondo à sociedade brasileira um risco maior que aquele estabilizado por seus representantes democraticamente eleitos.

Assim, o tema que antes era indiscutível passou a dispor de caráter brutalmente instável. De toda sorte, cumpre reforçar que o ofício da engenharia legal, e mais especificamente o objetivo do presente compilado, não é o de promover evolução ou aperfeiçoamento à legislação vigente, mas tão somente o de oferecer leituras e metodologias capazes de estreitar a assimetria de informação entre controladores e controlados.

Nesse passo, o presente módulo irá investigar os atuais parâmetros que impõem à Administração contratar parceiros temerários, seus motivos, efeitos práticos, além de apresentar metodologia capaz de informar o cenário criado aos casos concretos. Tudo para que quando os gestores públicos forem assim coagidos, ao menos tenham ciência dos riscos inerentes à contratação.

## 5.1 Do caráter arbitrário da Súmula N° 262 do TCU

O projeto da epigrafada súmula versou sobre a obrigatoriedade de a Administração facultar à licitante a demonstração da viabilidade de sua proposta antes de considerá-la inexequível. Sua apreciação pelo plenário do TCU ocorreu em 1º de dezembro de 2010, alcançando os seguintes termos:

Súmula N° 262: O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei n° 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. (Acórdão N° 3240/10 do Plenário do TCU).

De se notar que a Súmula em destaque versa sobre dispositivo legal incidente especificamente sobre obras e serviços de engenharia.<sup>238</sup>

---

<sup>238</sup> Artigo 48 da Lei N° 8.666/93: “Inc. II, § 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licita-



## CAPÍTULO 6

# Das Soluções às Alterações Contratuais em Obras Públicas de Engenharia

Firmado o contrato e iniciada a execução da obra, todos os erros, falhas e omissões do projeto fatalmente se revelam. Adicionalmente, é usual deparar-se com estruturas de acompanhamento e fiscalização desprovidas de condições adequadas para seguir o ritmo que os serviços exigem. Para além, os fatores supervenientes e extracontratuais não são raros de impactarem o pacto, seja em maior, seja em menor grau.

São esses os principais fatores que fazem do tema um dos mais sensíveis no campo das obras públicas. Alterações contratuais têm se tornado motivos de enorme apreensão por parte dos gestores, eis que respondem de forma subsidiária por questões técnicas estranhas ao seu conhecimento. Para os controladores, é campo fértil à verificação de irregularidades das mais diversas, oportunidades nas quais têm feito valer ao máximo o seu poder sancionatório.

Dado o cenário, o presente capítulo enfrenta o tópico sob a óptica da eficiência administrativa como elemento à satisfação do interesse

público. Para tanto, considera os desequilíbrios contratuais derivados e os limites de valores legalmente estabelecidos, mas, principalmente, o nível de sacrifício imposto às pessoas que aguardam pela conclusão das obras.

Adicionalmente, é proposto um indicador de aplicação descomplicada e capaz, de forma objetiva e transparente, balizar as decisões dos gestores por alterar ou rescindir certo contrato. De igual sorte, harmoniza tal decisão com a análise dos controladores. Para tanto, considera além dos aspectos técnicos e financeiros, especialmente o interesse das parcelas da sociedade alcançadas por eventuais modificações.

## 6.1 Das alterações unilaterais

O interesse público é usualmente o motivador decisivo às alterações contratuais promovidas unilateralmente pela Administração. Dizendo de outro modo, modificações em contratos administrativos, seja à execução de uma obra de engenharia, seja incidente em qualquer outro objeto, necessitam alcançar um grau de interesse público que as justifiquem. Do contrário, não há razão para serem feitas. Aliás, trata-se de obrigação textualmente materializada na legislação de regência.<sup>272</sup>

Avançando em leitura linear da norma, tem-se que a legislação foi taxativa em determinar que alterações unilaterais deverão respeitar os direitos do contratado. Ou seja, estando devidamente manifesto o interesse público e estando posicionada dentro dos limites legais, qualquer alteração contratual somente será frustrada se a modificação atingir a esfera de direitos do parceiro da Administração. A lógica é

---

<sup>272</sup> Artigo 58 da Lei Nº 8.666/93: “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;” (grifo do autor). Confira-se também idêntico postulado constante no artigo 104 da Lei Nº 14.133/21.



## CAPÍTULO 7

# Das Soluções ao Restabelecimento do Equilíbrio Econômico-Financeiro Inicial dos Contratos

Dentre os nefastos impactos provocados pela pandemia do COVID-19, o desarranjo nas dinâmicas de mercado que incidem nas obras de engenharia trouxe para a ordem do dia os problemas relativos aos desequilíbrios nas equações econômico-financeiras iniciais dos contratos.

Ao se debruçar por sobre a questão, o presente capítulo apresentará a seguinte *Metodologia ao Restabelecimento do Equilíbrio Econômico-Financeiro Inicial em Face aos Choques de Mercado*. O objetivo central é contribuir para a diminuição das subjetividades que permeiam o tema e travam os processos decisórios especialmente no que versa às obras públicas, quase sempre obrigando os construtores a buscarem as vias judiciais para fazerem valer os seus direitos.

Para além, simultaneamente a metodologia oferece objetividade matemática, tanto para análise do instante em que a equação de

equilíbrio é rompida, quanto para a quantificação dos desequilíbrios verificados.

Naquilo que importa à interface técnico-jurídica, a fundamentação científica tem como alicerce os aspectos próprios da Engenharia Legal, apoiando-se nas mais recentes doutrinas da engenharia e do direito, na jurisprudência dos tribunais de contas e nas normas técnicas próprias do setor. Dessa sorte, adota-se a técnica da interpretação extensiva, notadamente em face da carência de amplitude legal dos diplomas estritamente civilistas.

Por seu turno, o arcabouço normativo incidente nos contratos administrativos é de envergadura notoriamente maior, muito além do rigor exigido às análises quando de disputas entre particulares. É por tal razão que a interpretação extensiva se revela ferramenta apropriada ao mister. Tudo porque a ampliação da cognição normativa dos desequilíbrios contratuais que *a priori* pode ser perfeitamente adjetivada como nebulosa, é plenamente possível de vir ao lume a partir da interface das hermenêuticas dos operadores dos contratos, notadamente, pela união harmônica das esferas técnica, jurídica e econômica.

Ao final, o capítulo apresentará exemplo dinâmico para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial a partir da reedição dos *orçamentos de referência* extraídos de fontes oficiais, mantendo hígidas todas as condições contratuais.

## 7.1 Do equilíbrio econômico-financeiro à luz da ciência matemática

### 7.1.1 Da problemática em face à ausência de critérios matemáticos

Na prática hodierna das obras de engenharia são recorrentes as discussões envolvendo os termos *restabelecimento* (*reequilíbrio* ou *recompo-*