

Setembro de 2021

# CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO SETOR DE ARQUITETURA E ENGENHARIA CONSULTIVA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

*Prof. Adv. Henrique Savonitti*



Escola Superior de Gestão  
e Contas Públicas  
TCMSP



Tribunal  
de Contas  
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO



CIDADE DE  
**SÃO PAULO**  
INFRAESTRUTURA  
URBANA E OBRAS



## Temas que serão abordados:

- Análise das atribuições e responsabilidades inerentes aos serviços de gerenciamento, supervisão e fiscalização;
- Critérios para contratação;
- Formação do preço e forma de remuneração;
- Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- Contratação integrada.

## Atividades e responsabilidades da contratada no direito italiano

- Estabelece que toda contratação será dirigida por um Responsável Único pelo Procedimento (RUP), autoridade responsável por controlar os **níveis de qualidade** dos serviços durante todo o processo de contratação pública, desde a programação, elaboração dos projetos, adjudicação e execução contratual.
- É auxiliado por diretor de obras, diretores operacionais (assistentes) e inspetores (fiscais), funcionários públicos ou profissionais ou empresas contratados, com atribuição de responsabilidades **detalhada e bem definida**.
- O código atual, determinou o “reforço das funções de organização, gestão e controle da entidade adjudicante sobre a execução dos serviços, por meio de verificações efetivas e não meramente documentais”.
- Prevê **sanções** por controles incompletos ou omissão de fiscalização.

(art. 101 do *Codice dei contratti pubblici*)

## Atividades e responsabilidades da contratada no direito francês

- Dedicar um Livro inteiro para prescrever **disposições específicas** sobre a **supervisão** direta das obras públicas e daquelas administradas por **entidades empresariais privadas**.
- Gestão de projetos é distinta da confiada aos operadores econômicos responsáveis pela execução das obras.
- **Gestão de projetos** pode incluir estudos preliminares, de diagnóstico, de esboço, de pré-projeto e projeto; assistência na adjudicação das empreitadas de obras; estudos de viabilidade ou o exame de sua conformidade com o projeto e com as declarações prestadas pelos responsáveis pelas obras; gestão da execução dos contratos de obras; programação, gestão e coordenação do canteiro; e assistência durante as operações de recebimento e de garantia.
- Discrimina atividades do gerenciador nas **diversas fases** do empreendimento.

*(Code de la commande publique, Livre IV: Dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'ouvrage privée, arts. L2410-1 a L2432-2)*

## Atividades e responsabilidades da contratada no direito alemão

- Estabelece que o departamento de construção ou terceiros devem **monitorar o desempenho** do empreiteiro de acordo com as normas contratuais.
- As principais funções e diretrizes a serem observadas pela empresa supervisora incluem aspectos de ordem técnica, saúde e segurança, administrativas, entre outras.
- Separação entre as fases de projeto e de execução.
- Precisão técnica e abrangência da documentação são os requisitos fundamentais de cada etapa processual, visando a que, para cada aspecto executivo, haja, em regra, um formulário próprio a ser seguido.
- Preconiza a **segregação dos trabalhos**, em todos os casos nos quais for tecnicamente possível, considerando que com **projetos precisos e controle** por parte das administrações públicas, a execução por lotes especializados dê melhores resultados econômicos e de qualidade.

*(Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes – VHB 2017, V 400.H  
– Allgemeine Richtlinien zur Baudurchführung)*

## Atividades e responsabilidades da contratada no direito estadunidense

- Dedicar um **capítulo inteiro** à disciplina dos serviços de gerenciamento e auditoria contratuais, tamanha a importância atribuída ao tema.
- Qualquer contrato celebrado pela Administração pode ser direcionado a um órgão com finalidade específica de **gerenciar e supervisionar** contratações públicas (“Escritório de Administração de Contratos” - *Contract Administration Office*).
- Incumbe a esta espécie de Secretaria, diretamente ou por meio de profissional ou entidade privada por ela **contratada**, desempenhar uma série de atribuições, elencadas em nada menos do que **71 itens** (Subparte 42.302a), sem prejuízo de outras **11 funções** relacionadas a aditivos contratuais (Subparte 42.302b).
- Dentre as funções relacionadas a gestão e supervisão contratual, na área de infraestrutura, destaca-se a prerrogativa de emitir ordens de serviço.

(*Federal Acquisition Regulation – FAR, Part 42 – Contract Administration and Audit Services*)

## Atividades e responsabilidades: conclusões

- Com base nas informações supradescritas, a percepção de que a Administração Pública de outros países **empregaria menos esforços** que o Poder Público brasileiro no acompanhamento, fiscalização e supervisão de projetos e obras públicas **não encontra respaldo** nas melhores práticas internacionais.
- Ao contrário, há uma **clara prevalência dos aspectos técnicos** sobre os jurídicos, como ocorre com as “*DIN Normen*”, do direito germânico, que consistem em cerca de 50 (cinquenta) **fichas técnicas**, muito **extensas e detalhadas**, que disciplinam, pormenorizadamente, os **aspectos técnicos, ações e responsabilidades** das diversas espécies de serviços.

(SAVONITTI MIRANDA, Henrique. **Licitações e Contratos Administrativos**, 5ª Edição, Revista dos Tribunais, 2021, p. 54)



## Proposta economicamente mais vantajosa na União Europeia

- A preocupação com a **qualidade** das contratações e com a **sustentabilidade ambiental** torna-se um dos **aspectos primordiais** do Direito eurounitário das contratações públicas, a partir das diretivas de 2014.
- O critério de **proposta economicamente mais vantajosa** (*best value for money*), a ser utilizado por **todos** os países da União em **substituição** ao critério de menor preço – que, a partir de então, torna-se absoluta exceção –, impõe que as propostas sejam avaliadas com base na **melhor relação qualidade/preço**.
- Em suma, cria-se um *trade-off* entre **custos** e **qualidade**, em oposição à escolha do vencedor com base, exclusivamente, no critério financeiro.
- A definição do vencedor se dá a partir de uma ponderação entre preço e critérios técnico-ambientais (à **semelhança** da sistemática adotada pela nossa licitação do tipo técnica e preço), sendo a adjudicação realizada com base na melhor **equação qualidade/preço**, avaliada a partir de **parâmetros objetivos**, fixados em regulamento.

## Proposta economicamente mais vantajosa no direito italiano

- São adjudicados **exclusivamente** com base no critério de oferta economicamente mais **vantajosa**, identificada com base na melhor relação qualidade/preço.
- Obrigatório para os contratos de **engenharia e arquitetura** e outros de natureza técnica e intelectual de **valor igual ou superior** à 40.000 euros.
- A contratação por **menor preço** é permitida apenas para serviços e fornecimentos padronizados, caracterizados por grande repetitividade (desde que não possuam elevado valor tecnológico ou características inovadoras) e valor **inferior** à 40.000 euros.
- A contratação por menor preço deve sempre ser **plenamente justificada**.

(art. 95 do *Codice dei contratti pubblici*)

## Proposta economicamente mais vantajosa no direito francês

- Semelhante aos requisitos italianos, dando ênfase também ao **custo do ciclo de vida do projeto**.
- o preço será considerado como critério exclusivo apenas em **casos excepcionalíssimos**, vale dizer, quando o futuro ajuste “tiver por único objeto a aquisição de serviços padronizados ou fornecimentos cuja qualidade não esteja sujeita a variações de um operador econômico para outro” (art. L2152-7, §1º, alínea “a”).

*(Code de la commande publique, arts. L2152-7 a L2152-9)*

## Proposta economicamente mais vantajosa no direito alemão

- Oferta economicamente mais vantajosa, considerando aspectos qualitativos e inovação, bem como sociais e ambientais.
- O Manual para Contratações Sustentáveis cunha o termo "eficiência econômica da oferta" como critério determinante.

(§ 1º da Seção 97 da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB* e item 4.3 do *Handbuch für die umweltfreundliche Beschaffung*).

## Proposta economicamente mais vantajosa no estadunidense

- Todos os serviços de engenharia e arquitetura adjudicados pelo Governo Federal devem seguir as determinações impostas pela Lei Brooks de 18/10/1972, que é a "**Seleção Baseada em Qualificações – QBS**", que impõe a escolha das empresas com base em sua competência, qualificações e experiência e **não** pelo **preço**.
- Serviços A&E contemplam: pesquisa, planejamento, desenvolvimento, projeto; estudos, investigações, levantamentos e mapeamentos, testes, avaliações, consultas, planejamentos, gerenciamento de programas, projetos conceituais, planos e especificações, engenharia de valor, engenharia de solos, preparação de manuais de operação e manutenção.
- A Administração Federal de Autoestradas Norte Americana (USFHA) **impõe** a utilização da Lei Brooks (QBS).
- A **maioria dos estados** adota o QBS, tais como Alabama, Califórnia, Geórgia e Nevada.

(FAR, Subparte 36.6 e *Brooks Act, Public Law 92-582*, promulgada em 18/10/1972).

## Menor preço X Proposta economicamente mais vantajosa: conclusões

- Diretivas 24/2014/UE e 25/2014/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.
- Conceito de “proposta economicamente mais vantajosa”, a ser utilizado, preferencialmente, em substituição ao critério de menor preço (análise da relação qualidade/preço nas contratações)
- Ponderação entre o preço e os critérios ambientais e adjudicação realizada como base na melhor equação qualidade/preço.
- Assim, a contratação por menor preço, quando não proibida, é utilizada apenas em casos excepcionalíssimos.



## Contratação por hora ou por produtos no direito italiano

- Ministério da Justiça e Ministério de Infraestrutura e Transportes definem valores de referência dos honorários profissionais.
- Parâmetros considerados: orçamento do projeto, tipo de obra; grau de complexidade do serviço; especificidade do serviço; custo de cada categoria individual e dos profissionais que serão alocados.
- Classificação das atividades de acordo com o grau de **complexidade** e a **descrição individualizada** dos serviços.
- Contratação por **preço global** (*a corpo*) – quando os quantitativos a serem executados puderem ser definidos com boa margem de precisão – ou por **unidades de medidas** (*a misura*) – quando os montantes não puderem ser definidos com grande precisão – ou, ainda, mediante a **conjugação** dos dois critérios.

(art. 24 e § 5-bis do art. 59 do *Codice dei contratti pubblici*)

## Contratação por hora ou por produtos no direito francês

- Preço e seus critérios de definição e, quando aplicável, os seus métodos de evolução, são definidos nas condições previstas em regulamento.
- A remuneração devida pela supervisão deve ser fixada levando-se em consideração o âmbito da missão, o seu grau de complexidade e o custo estimado da obra.
- Contratação por **preço unitário, global ou misto; final; fixo ou revisável; e provisório.**
- Provisórios: quando não for possível definir o preço antes do avanço dos trabalhos.
- Os contratos de **gerenciamento de projetos** são os contratos a **preço provisório** mais comuns (MYHIÉ, Ludovic. Prix provisoires et commande publique. In: *Code de la commande publique: consolidé, commenté et actualisé en permanence*. Paris: Pyxis-Support).

(*Code de la commande publique*, arts. R2112-5 a R2112-18)

## Contratação por hora ou por produtos no direito alemão

- O trabalho por hora deve ser **faturado** de acordo com as **cláusulas contratuais**.
- Inexistindo acordo específico sobre o valor da hora, devem ser considerados o piso salarial ou aquele constante de tabela de honorários do local da realização das atividades, acrescidas das despesas diretas.
- Caso esse valor não possa ser determinado, deverão ser **ressarcidos todos os custos** com salários e encargos, seguridade social, despesas e materiais utilizados, máquinas e equipamentos, fretes, transportes e despesas administrativas, **acrescidos de um percentual razoável** para a compensação de despesas em geral, margem de lucro (incluindo o risco da atividade empresarial) e impostos.
- A **regra** é que a contratação seja realizada a partir de **preços unitários** para serviços específicos, técnica e economicamente uniformes, cujos quantitativos devem ser indicados pela entidade adjudicante (contrato por preço unitário) (*Einheitspreisvertrag*).

(Seção 4 do VOB/A: *Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen*)

## Contratação por hora ou por produtos no direito alemão

- Contratação por **preço global** apenas nas hipóteses em que o serviço possa ser definido com **precisão**, de acordo com a sua natureza e características, e **não se vislumbre qualquer possibilidade de alteração na execução**.
  - O uso da contratação por **preço global** é **absolutamente minoritário**, assim como a utilização de **contratações integradas** ou **semi-integradas**, que ocorrem de maneira absolutamente excepcional.
  - Prevê, **expressamente**, a possibilidade de remuneração por **horas de trabalho** (*Stundenlohnarbeiten*) (§ 2º, Seção 4, VOB/A).
  - A demonstração das horas trabalhadas pode ser por relatórios e quadros de horários no momento da emissão das faturas, sendo dispensável a apresentação de folhas de ponto (ALEMANHA. Tribunal Regional Superior de Düsseldorf. Decisão de 9 ago. 2013, n. I-22 U 161/12).
- (Seção 15 do VOB/B: *Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*)

## Contratação por hora ou por produtos no direito estadunidense

- Podem adotar qualquer tipo ou combinação de tipos de remuneração: preço global; preço unitário; taxa de custo mais margem de lucro; e preço máximo garantido.
- Inexistindo um parâmetro razoável para o estabelecimento do **preço fixo**, deverão ser utilizadas outras espécies de contratos, ou a combinação delas, vinculando-se, apropriadamente, o lucro da contratada ao **desempenho contratual** e não ao **desempenho da fiscalizada**.
- Prescreve contratos por **carga horária dos profissionais** e **materiais** quando não for possível, no momento da celebração do contrato, estimar com precisão a extensão ou duração do trabalho ou antecipar custos com qualquer grau razoável de confiança.
- Quando não for possível estimar com precisão os custos com qualquer grau razoável de confiança, o contrato deverá **estabelecer valores fixos por horas de trabalho**, que incluam “salários, despesas gerais e administrativas e lucro para cada categoria de trabalho” (Subpartes 16.601.c.2 e 52.216-29).

*(Federal Acquisition Regulation – FAR, Part 16 – Types of Contracts)*

## Contratação por hora ou produtos: conclusões

- Os **critérios** adotados no **Brasil** para a formação do preço do serviço são **compatíveis** com os critérios adotados nos países analisados.
- A tentativa de **restrição** da remuneração por **preços unitários**, por seu turno, **não condiz** com as práticas adotadas nos países investigados.
- É importante salientar que o **§ 2º** do art. 45 do PL nº 1.292/1995 (atual Lei nº 14.133/2021) pretendia proibir a adoção de critério de remuneração da contratada com base em **horas de serviço** ou em **postos de trabalho**, tendo sido **suprimido** pelo Senado Federal ante sua inviabilidade técnica.
- Note-se que, nos países analisados, **não existe restrição quanto à remuneração por quantidade de horas**, sendo a melhor alternativa quando não se puder definir previamente e com segurança o preço do serviço ou produto.



## Manutenção da lucratividade pactuada no direito italiano

- A Autoridade Nacional Anticorrupção italiana (ANAC) considera que, tendo em vista que a obra ou o serviço a ser executado deve ser **descrito de forma extremamente precisa**, por meio de um **projeto bastante detalhado**, a contratada assume a responsabilidade pela execução **apenas** dos quantitativos de serviços que guardam relação direta com o preço acordado, sempre **no estrito âmbito** do que fora projetado, “sem legitimar a transformação da licitação em um contrato aleatório”.
- O **aumento dos serviços** e as **dilações de prazos** que fogem à normalidade, segundo a autarquia italiana, representam uma álea contratual que **não pode ser aceita e suportada pela empresa contratada sem a devida compensação**.

(ANAC, Deliberação n° 18, de 12/11/2014)

## Manutenção da lucratividade pactuada no direito francês

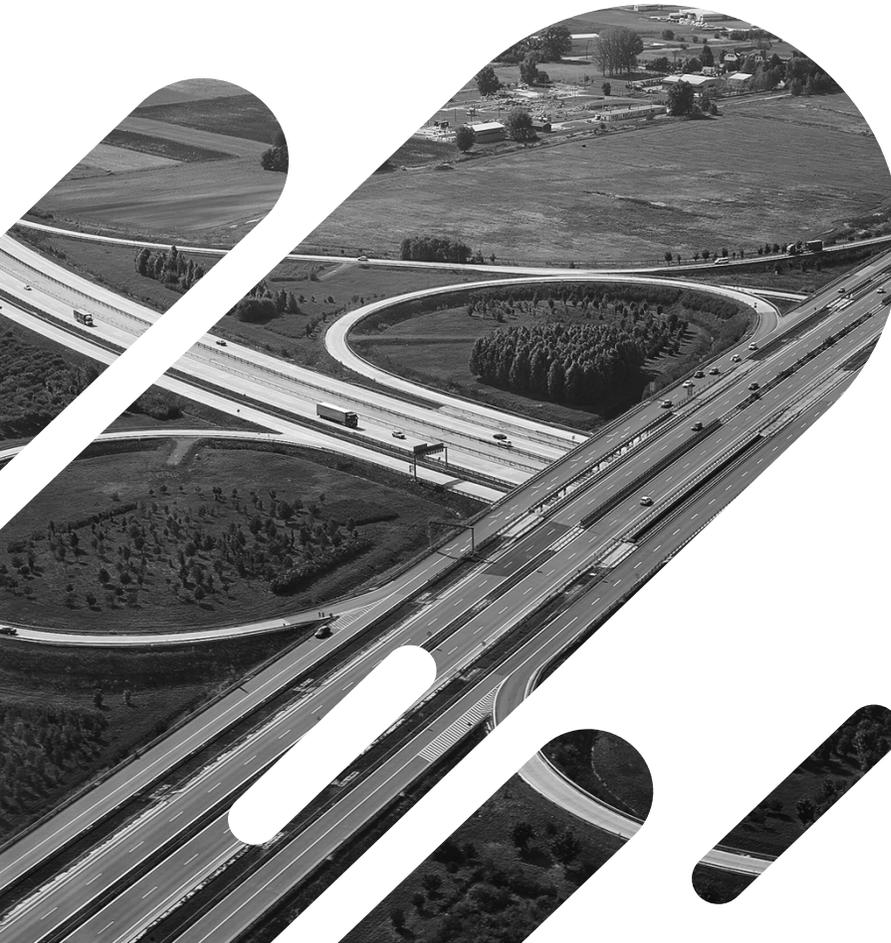
- Os contratados “têm direito à **reparação integral dos danos decorrentes da prorrogação das obras**” (COUETTE, Jérémie. CABANES, Christophe. Rémunération du maître d’œuvre : état de la jurisprudence depuis l’arrêt Babel. Les 20 ans des décrets relatifs à la maîtrise d’œuvre (1re partie). In: *Contrats Publics*. n. 136. out. 2013. p. 42-47. Paris: Le Moniteur, 2013. p. 46).
- As empresas supervisoras possuem o direito a **remuneração adicional**, pela execução de serviços não previstos contratualmente, se o gestor do projeto for surpreendido, durante a execução do contrato, por acontecimentos de natureza excepcional e imprevisível, cuja causa é **externa às partes**, e que têm o efeito de **desestabilizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato** (FRANÇA. Conselho de Estado, Acórdão de 29/09/2020, n. 319481).
- As empresas titulares de contratos de **gestão de projetos de engenharia** dispõe do direito à **indenização por trabalhos suplementares**, na hipótese de modificação do programa ou dos serviços determinada pela entidade adjudicante (FRANÇA. Conselho de Estado, Acórdão de 27/03/2020, n. 426955).

## Manutenção da lucratividade pactuada no direito alemão

- A contratada não deve ser **sobrecarregada** com qualquer risco incomum em razão de circunstâncias e eventos sobre os quais **não possui influência** e cujo impacto sobre preços e prazos não possa estimar com antecedência.
- A **suspensão da execução contratual** assegura à parte inocente o direito a **compensação** pelos **danos** comprovadamente sofridos, incluindo-se os lucros cessantes, sem prejuízo do **direito à justa indenização** prevista no Código Civil.

(Seção 6 do VOB/B germânico e Seção 642 do Código Civil - *Bürgerliches Gesetzbuch*).

## Manutenção da lucratividade pactuada: conclusões



A inserção de cláusula contratual ou elemento no mapa de riscos, a teor do disposto no art. 26 da IN-MPDG nº 5/2017, prevendo a **diminuição ou supressão da remuneração** das supervisoras e gerenciadoras, sem que reste caracterizado dolo ou culpa grave das contratadas, **não encontra viabilidade jurídica** e representa afronta às práticas internacionais.

Isso porque, a **natureza comutativa** da avença, bem como o **direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, são inerentes a essa espécie de ajuste, constituindo-se impeditivos à adoção da referida solução, conforme reconhecido por doutrina e jurisprudência dos países investigados.

## O “*Appalto Integrato Complesso*” no direito italiano

- Código de 2006: Não surtiu os efeitos esperados, acarretando uma substancial reserva de mercado nas mãos das grandes construtoras e provocando uma explosão na utilização dos aditivos contratuais (ANAC, Parecer de precontencioso n. 68/2013. Conselho de Estado, Acórdão n° 258/2012. Conselho de Estado, Acórdão n° 1019/2009).
- Lei n° 11/2016, art. 1º: “**valorização da fase de projeto** nas obras públicas e nos contratos de concessão de obras públicas, promovendo-se a qualidade arquitetônica e técnico-funcional, inclusive mediante a adoção dos concursos de projetos e utilização progressiva de métodos e instrumentos eletrônicos específicos, tais como os de modelagem eletrônica e informática para as construções e obras de infraestruturas, limitando radicalmente a utilização da contratação integrada, levando em consideração o conteúdo inovativo e tecnológico...”.
- Código de 2016 (alterado em 2017) tornou possível a “adjudicação conjunta da projeção e da execução da obra” (contratação integrada) **apenas** nas hipóteses de *general contractor*, *project finance*, concessões, PPPs e obras de urbanização.

## O “*Marché de Conception -Réalisation*” no direito francês

- Código de 2006: somente poderiam utilizar a contratação integrada quando justificável por razões de ordem técnica ou visando a obter uma melhoria da eficiência energética do empreendimento.
- No entanto, a falta de uma regulamentação mais minuciosa acabou propiciando inúmeras situações de **utilização indevida** do instituto.
- Corte de Apelação de Nancy: “contratações complexas, justificadas por condições de concepção, execução, implementação e operação, dimensões excepcionais ou dificuldades técnicas específicas”.
- Conselho de Estado francês: só se justifica por razões relacionadas à “complexidade, dimensões incomuns ou dificuldades técnicas especiais”.
- Após a apresentação das propostas, os projetos serão analisados por uma comissão independente, que elaborará um parecer sobre as propostas classificadas e, em decisão fundamentada, escolherá o vencedor do certame, atribuindo-lhe o contrato.

## O “Design/Build” no direito alemão

- A separação entre as fases de projeto e de execução resulta como consequência do hábito alemão de atuar segundo métodos executivos **bem definidos** que permitam uma melhor gestão e controle sobre as várias fases nas quais se divide a concepção e a implementação de um projeto.
- Ademais, “a **precisão técnica** e a **abrangência da documentação** são os requisitos fundamentais de cada etapa processual, visando a que, para cada aspecto executivo, haja, em regra, um formulário próprio a ser seguido”.
- Como resultado, opera-se de acordo com **modelos preestabelecidos e bem testados**, que tornam muito raros os aditivos com variações projetuais.

(CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI. *Opere pubbliche: criticità e prospettive nello scenario europeo*. Roma: Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 2015. p. 56).

## O “*Design/Build*” no direito estadunidense

- Mais utilizada na **iniciativa privada** que na esfera pública dos EUA.
- Ainda assim, apenas cerca de 41% dos empreendimentos americanos utilizam essa metodologia, sendo que a grande maioria dos contratos se situa no âmbito da **iniciativa privada**.
- Regras **muito específicas** quando utilizada no âmbito da Administração Pública.
- Apesar de sua previsão expressa no *Federal Acquisition Regulation*, alguns Estados **não possuem normas que autorizam a sua utilização**.
- O aviso de licitação pode ser elaborado contemplando **ambas as fases** (seleção do projeto e execução), ou **cada fase** isoladamente.

(*Federal Acquisition Regulation*, Seção 36.303)

## Contratação integrada: conclusões

A contratação integrada, nos moldes como concebida no direito brasileiro, *não encontra respaldo* nas melhores práticas internacionais.

Isto porque, conforme tivemos a oportunidade de analisar, os países europeus que a adotam, assim como os EUA, estabelecem critérios e procedimentos bastante rígidos para a sua utilização.

**Nos países mencionados, a escolha das empresas de engenharia e arquitetura ocorre sempre com base em sua competência, qualificação e experiência, e jamais pelo preço (*Books Act, EUA, Rating di impresa, Itália*).**



## Contratação integrada: conclusões

- Valorização da fase de projeto, promovendo-se a qualidade arquitetônica e técnico-funcional, inclusive mediante a adoção dos concursos de projetos e utilização progressiva de métodos e instrumentos eletrônicos específicos (**Itália**).
- Observância do conjunto de habilidades dos licitantes, alocação e gestão de riscos, índices de desempenho, alterações do projeto, gestão e fiscalização do contrato, garantias de qualidade, segurança, entre outros (**EUA**).
- Razões relacionadas a complexidade, dimensões, dificuldades técnicas, ou melhoria da eficiência energética do empreendimento (**França**).



# Obrigado!

---

Prof. Adv. Henrique Savonitti

(61) 99260-2029

savonitti@savonitti.net

www.savonitti.net

---

*"Se eu tivesse oito horas para cortar  
uma árvore, passaria seis afiando meu  
machado".*

*Abraham Lincoln*



Setembro de 2021