

PLANEJAMENTO DEFINITIVO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

FINAL PLANNING OF PUBLIC CONTRACTS

Rafael Antonio Baldo

Doutor em Direito Financeiro pela USP. Mestre em Direito do Estado pela UFPR.
Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy pela Università degli
Studi di Genova. Procurador do Ministério Público de Contas de SP.

RESUMO

O artigo pretende demonstrar a importância do planejamento definitivo das licitações e contratações públicas no regime da Lei n. 14.133/2021. Será adotado o método dedutivo com a interpretação dessa nova lei e a análise de atos infralegais da União e do Estado de São Paulo que regulamentaram a matéria. A partir dessas fontes normativas primárias e secundárias, o presente artigo ressaltará os pontos comuns do planejamento definitivo, convergindo, então, a análise para os requisitos do termo de referência nas contratações de bens e serviços e, na sequência, para os requisitos do projeto básico nas contratações de obras e serviços de engenharia.

Palavras-chave: Lei n. 14.133/2021; licitações e contratações públicas; planejamento definitivo; termo de referência; projeto básico.

ABSTRACT

The article aims to demonstrate the importance of definitive planning of public biddings and public contracts under the regime of Law no. 14.133/2021. The deductive method will be adopted throughout the interpretation of this new law and the analysis of infra-legal acts of the Union and the State of São Paulo that regulate the matter. Based on these primary and secondary normative sources, this article will highlight the common points of definitive planning, converging, then, to the analysis of formal requirements of the term of reference in the contracting of goods and services and, subsequently, to the formal requirements of the basic project in building and engineering services.

Keywords: Law no. 14.133/2021; public biddings and contracts; definitive planning; term of reference; basic project.

INTRODUÇÃO

Apesar das inovações e dos avanços visados pelo novo marco legal das licitações e das contratações públicas (NLCC), a Lei nº 14.133/2021 teve sua aplicação postergada

em decorrência da ultratividade que foi atribuída para a Lei n. 8.666/1993, permitindo que o antigo regime legal fosse aplicado às licitações realizadas até 31 de dezembro de 2023. Para além dos obstáculos gerenciais que foram impostos pela pandemia de Covid-19, a ultratividade conferida para a Lei n. 8.666/1993 indica certa relutância da Administração Pública ao aplicar a Lei nº 14.133/2021, sobretudo por parte dos Estados e dos Municípios, porque muitos dos seus dispositivos buscaram inspiração na jurisprudência do TCU e na prática do governo federal, impondo a realização de diligências bem mais complexas, principalmente no que tange ao planejamento preliminar e ao planejamento definitivo das contratações públicas. Neste cenário, o objeto do presente artigo converge para o planejamento definitivo das contratações públicas com a finalidade precípua de esclarecer as providências que devem ser tomadas pela Administração Pública ao elaborar o termo de referência e o projeto básico.

Na abordagem do tema acima proposto, o primeiro tópico terá o objetivo específico de mostrar a conexão objetiva teleológica entre os requisitos do estudo técnico preliminar (ETP) e os elementos básicos do termo de referência ou do projeto básico, indicando os requisitos comuns de natureza substancial e de natureza procedimental, com destaque para a aprovação e a divulgação dessas duas ferramentas gerenciais. Firmadas as premissas comuns, o segundo tópico e o terceiro tópico terão os objetivos específicos de analisar, respectivamente, os requisitos formais do termo de referência e do projeto básico, levando em conta, por exemplo, a descrição do objeto, o fundamento da contratação, a descrição da solução como um todo, o modelo de execução do objeto, o modelo de gestão do contrato, os critérios de medição e de pagamento, as formas de seleção do fornecedor, a elaboração do orçamento estimado e a adequação orçamentária. Por fim, a conclusão evidenciaria os pontos de convergência e os pontos de divergência entre os dois instrumentos de planejamento definitivo.

Sob o prisma metodológico, o artigo enfatizará as fontes normativas primárias e secundárias diante da necessidade de canalizar os estudos acadêmicos para a interpretação literal e a interpretação sistemática, sobretudo nesta fase inicial de aplicação cogente do novo regime legal das licitações e contratações administrativas após janeiro de 2024. Isto posto, serão destacados os regulamentos editados pelo governo federal e pelo governo do Estado de São Paulo, assim como as orientações editadas pelos órgãos técnicos de engenharia. Com relação ao termo de referência, o trabalho levará em conta a Instrução

Normativa SEGES/ME n.º 81/2022 e o Decreto paulista n.º 68.185/2023 que regulamentaram a elaboração do termo de referência pelos órgãos da Administração Direta e pelas autarquias, levando à criação do Sistema TR Digital. No tocando ao projeto básico, o artigo tomará como ponto de partida a Orientação Técnica IBR 001/2006, assim como a Orientação Técnica IBR 002/2009, que foram editados pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP) com o objeto de definir os elementos fundamentais dessa peça técnica. Assim, definidos os contornos do objeto e da metodologia a ser empregada, é tempo de percorrer os tópicos.

1. PLANEJAMENTO DEFINITIVO DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Na vigência da Lei n. 8.666/1993, o planejamento definitivo na fase preparatória das licitações e contratações públicas era disciplinado por poucos dispositivos legais que, em linhas gerais, abordavam os requisitos gerais do projeto básico nas obras e nos serviços de engenharia, subsidiando, de forma analógica, a elaboração dos termos de referência nas contratações públicas de bens e serviços. Consoante o artigo 6º, inciso IX, da Lei n. 8.666/1993, o planejamento das contratações de obras e serviços de engenharia abrangia a confecção de projeto básico com respaldo em estudos técnicos preliminares que demonstravam a viabilidade técnica e a análise do impacto ambiental, viabilizando a mensuração dos custos, a indicação dos métodos e a previsão dos prazos de execução. Nada obstante, o antigo regime legal não disciplinava, de forma exauriente, o procedimento a ser adotado pela Administração ao elaborar o projeto básico e o termo de referência. Dada essa lacuna legal, as decisões dos tribunais de contas reforçaram, ao longo das últimas décadas, a necessidade de planejamento definitivo, subsidiando a elaboração e a aprovação do projeto de lei que levou à edição do novo marco legal das licitações e das contratações públicas.

No regime instituído pela Lei n. 14.133/2021, a elaboração do projeto básico e do termo de referência toma como ponto de partida o planejamento preliminar das contratações públicas com base as conclusões definidas no estudo técnico preliminar (ETP). Consoante o artigo 18, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, a elaboração do estudo técnico preliminar precisar observar vários requisitos, alguns obrigatórios, outros dispensáveis.

Os requisitos obrigatórios compreendem a motivação do ajuste, a previsão dos quantitativos, a indicação do valor estimado, o exame do parcelamento ou da aglutinação do objeto e, por fim, o parecer conclusivo do ETC. Por sua vez, os requisitos dispensáveis consideram o cenário subjacente e a projeção do futuro, abrangendo certas diligências que podem ser motivadamente dispensadas durante a elaboração do ETP, sobretudo quando ainda não for possível mapear todos os detalhes do certame e do contrato. Muitos destes requisitos devem ser considerados durante o planejamento definitivo, a exemplo dos requisitos da contratação ou da descrição global da solução almejada.

Confirmada a viabilidade da contratação, as conclusões do ETP servirão de base para o planejamento definitivo que será realizado ou pelo termo de referência, no caso do fornecimento de bens e da prestação de serviços, ou pelo projeto básico, no caso da execução das obras e serviços de engenharia. Esses dois documentos servem para definir os contornos do objeto em termos técnicos, quantitativos e financeiros, indicando as características dos itens componentes, as quantidades estimadas e os valores previstos para o ajuste. Além disso, eles fornecem subsídios para que sejam definidos os modelos de execução do objeto e de gestão do contrato, balizando os requisitos de contratação, a reavaliação dos riscos, a refinamento do orçamento estimado e a posterior formulação das propostas pelos licitantes interessados. Por fim, essas duas ferramentas gerenciais servem para revisar, refinar e aprofundar aqueles os pontos *a priori* delineados nos estudos e levantamentos preliminares, revelando a existência de uma conexão objetiva teleológica entre os requisitos do estudo técnico preliminar e os elementos básicos do termo de referência ou do projeto básico.

Depois de concluídos, o termo de referência e o projeto básico devem ser aprovados pela autoridade competente e divulgados nos meios adequados. Quanto à aprovação, as Orientações Consolidadas da PGE/SP frisam que é necessária a aprovação desses documentos pela autoridade competente, responsável por autorizar as licitações ou os contratos no âmbito do órgão ou da entidade, nos termos do artigo 2º, inciso I, do Decreto nº 68.220/2023, que regulamenta a atuação do agente ou da comissão de contratação, da equipe de apoio, dos gestores e fiscais dos contratos no âmbito da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo.¹ Quanto à divulgação, o artigo

¹ BRASIL, PGESP, Orientações Consolidadas Sub-Cons da PGE/SP, Versão 01 de 27.2.2024. Disponível em: <http://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2024/02/17h-27-2-orientacoes-consolidadas-nllc.pdf>.>. Último acesso em: 10.Set.2024.

25 da Lei n.º 14.133/2021 estabelece que o termo de referência e o projeto básico devem ser divulgados quando da publicação do ato convocatório ou do aviso de contratação direta no sítio eletrônico oficial e no Portal Nacional de Contratações Público, o chamado PNCP.

2. PLANEJAMENTO DEFINITIVO POR MEIO DO TERMO DE REFERÊNCIA

No que tange ao termo de referência, a Lei n.º 14.133/2021 foi mais específica com relação à Lei n.º 8.666/1993 ao definir os elementos descritivos desse documento, balizando a regulamentação infralegal da matéria. No governo federal, a Instrução Normativa SEGES/ME n.º 81/2022 abordou a elaboração do termo de referência pelos órgãos da Administração Direta, pelas autarquias, pelas fundações federais e, também, pelos demais entes federativos, quando a contratação for custeada por transferências voluntárias da União. A grande novidade foi a criação do Sistema TR Digital, ferramenta informatizada do governo federal que também pode ser usada pelos demais Poderes e entes federativos, desde que observem o manual técnico-operacional que foi divulgado no portal de compra em 14/03/2023.² No Estado de São Paulo, o Decreto n.º 68.185/2023 disciplinou o tema no âmbito da Administração Direta e Autárquica, reproduzindo a maior parte do regulamento federal. Adotou-se o Sistema TR Digital, prevendo a elaboração de modelos próprios de TR com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico. Também é prevista a responsabilização dos agentes pelo uso indevido das senhas e pela violação das normas de segurança do Sistema TR Digital.³

Os dois regulamentos disciplinam o procedimento de elaboração do termo de referência, seja pela equipe de planejamento das contratações, seja pelo grupo composto pela área requisitante que identifica a necessidade e pela área técnica que analisa o pedido de contratação, compila as necessidades afins e calcula os valores. Ao elaborar o documento, é necessário levar em conta tanto as particularidades do ETP (análise *bottom-up*), quanto as diretrizes estabelecidas pelos diversos instrumentos de planejamento

² Vide: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/manuais/manual-fase-interna/manual-tr-digital/Manual-Termo-de-Referencia-Digital>

³ Segundo o **artigo 1º, § 1º, do Decreto nº 68.185/2023**, “para os procedimentos de que trata este decreto, será utilizado o Sistema TR Digital, disponível no Portal de Compras do Governo Federal”. Por sua vez, o parágrafo 2º do mesmo artigo estipula que, “sem prejuízo do disposto no §1º deste artigo, para acesso e operacionalização do sistema, deverão ser observados os procedimentos estabelecidos no Manual do Sistema TR Digital, disponível no Portal de Compras do Estado”.

estatal, como o Plano de Contratações Anual, os planos de políticas setoriais (e.g. Plano Nacional da Saúde, Plano Nacional da Educação, Plano Nacional do Meio Ambiente) e as leis orçamentárias (análise *top-down*). Definidos os contornos técnicos e financeiros do objeto, a equipe envia o documento para o setor de contratações para o refinamento do orçamento estimado e para a elaboração das minutas, com a posterior divulgação do termo de referência no portal da transparência e no Portal Nacional de Contratações Públicas.⁴ Nesse sentido, o artigo 12, da Instrução Normativa SEGES/ME n.º 81/2022 e o artigo 9º, do Decreto paulista n.º 68.185/2023 estipulam que, “o termo de referência deverá ser divulgado na mesma data de divulgação do edital ou do aviso de contratação direta no Plano Nacional de Contratações Públicas, como anexo, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.”

Os regulamentos estipulam que o termo de referência pode ser dispensado em três hipóteses taxativas: dispensa de licitação para contratar nas mesmas condições definidas em edital publicado há menos de um ano nas situações de licitação deserta ou de licitação fracassada (art. 75, III, NLCC); adesão à ata de registro de preços; prorrogação dos contratos de serviço ou fornecimento contínuo.⁵ As três exceções devem ser interpretadas restritivamente para preservar a força cogente da Lei n.º 14.133/2021, em homenagem ao princípio da legalidade. Por isso, o termo de referência sempre deve ser elaborado nas demais situações, inclusive nos outros casos de contratação direta, nos procedimentos de registro de preços e nos outros tipos de aditamento contratual. Mesmo a exceção relativa à prorrogação dos contratos de serviço ou fornecimento contínuo deve ser interpretada com cautela, pois a ampliação da vigência contratual somente pode ocorrer, “desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração (...)” (art. 107, NLCC). Vale dizer, o termo de referência apenas pode ser dispensado se houver previsão no edital e se forem mantidas as mesmas condições do contrato inicial após o reajustamento dos preços. Eventual alteração da qualidade, da quantidade ou da forma de

⁴ Vide: art. 3º, § 1º, art. 6º, art. 7º, art. 8º, art. 10, art. 12, da IN nº 81/2022; art. 2º, § 1º, art. 3º, art. 4º, art. 5º, art. 7º, art. 9º, do Decreto nº 68.185/2023 do Estado de São Paulo.

⁵ O artigo 6º, § 1º, da IN nº 81/2022 estipula que, “os processos de contratação direta de que trata o art. 72 da Lei nº 14.133/2021, serão instruídos com o TR, observado em especial os arts. 8º e 10º”. No mesmo sentido, o artigo 3º, **§ 1º**, do Decreto nº 68.185/2023 estabelece que, “os processos de contratação direta de que trata o art. 72 da Lei nº 14.133/2021, serão instruídos com o TR, observado o disposto nos artigos 5º e 7º deste decreto.”

execução do objeto exige novo termo de referência, pois, sem esse documento, não há como demonstrar a manutenção da vantajosidade.

Consoante a Lei n.º 14.133/2021, o termo de referência é “o documento necessário para a contratação de bens e serviços que *deve* conter” uma série de parâmetros e elementos descritivos (art. 6º, XXIII, NLCC). No mesmo sentido, os regulamentos federal e paulista reforçam que os parâmetros e os elementos descritivos devem ser registrados no Sistema TR Digital (art. 9º, IN 81/2022, art. 6º, Decreto 68.185/2023). A leitura desses enunciados indica a observância obrigatória dos parâmetros e elementos descritivos, de modo que eventual ausência ou a falha implica a nulidade do ato por vício de forma, maculando o edital e o contrato. O descumprimento dessas exigências não pode ser compreendido como simples erro formal. Afinal, pelo princípio da instrumentalidade das formas, os parâmetros e os elementos descritivos do termo de referência são indispensáveis para definir os contornos do objeto e da execução, sob pena de prejudicar a ampla competitividade e a economicidade do ajuste. Além disso, os agentes e os gestores responsáveis por elaborar e aprovar o termo de referência têm o dever funcional de aplicar a lei corretamente. Do contrário, eles podem ser responsabilizados por erro grosseiro com fundamento no artigo 28 da LINDB, em virtude de imperícia, imprudência ou negligência, de acordo com o critério do “servidor público médio”.

Dada a necessidade de preservar a coerência entre o planejamento inicial e o planejamento definitivo, os parâmetros e os elementos descritivos do termo de referência guardam conexão com o estudo técnico preliminar. No que tange aos requisitos obrigatórios do ETP (necessidade da contratação, quantidade prevista, valor estimado, análise do parcelamento e parecer conclusivo), o termo de referência aprofunda esses pontos com a definição do objeto, a fundamentação da contratação, a fixação do valor estimado e a adequação orçamentária. Sobre os requisitos dispensáveis do ETP (descrição da solução, requisitos da contratação, levantamento do mercado, análise de contratos afins, alinhamento ao PCA, providências anteriores, demonstração dos resultados e descrição de impactos ambientais e medidas mitigadoras), o termo de referência deve obrigatoriamente descrever a solução como um todo e analisar os requisitos da contratação, ainda que essas questões não tenham sido previamente abordadas no estudo técnico preliminar. São duas providências que podem ser postergadas do planejamento inicial para o planejamento definitivo, mas que não podem ser dispensadas. Afinal, elas

repercutem nos demais elementos descritivos do termo de referência, como os modelos de execução do objeto e de execução do contrato, os critérios de medição e de pagamento e as formas de seleção do fornecedor. No que diz respeito aos requisitos adicionais do ETP (utilização de recursos locais, licitação por técnica e preço e opção entre compra e locação), o termo de referência precisa esmiuçar esses pontos ao descrever o objeto, estipular as formas de seleção e estipular os requisitos da contratação.

Quanto à definição do objeto (art. 6º, XXIII, a, NLCC), o termo de referência precisa descrever, de forma adequada, a natureza do bem, serviço ou obra comum, a quantidade de itens, o prazo do ajuste e a possibilidade de prorrogação, pois a caracterização incompleta do objeto implica a nulidade do contrato (art. 150, NLCC). A quantidade será calculada com base no ETP, levando em conta o histórico do consumo, a provável utilização no futuro e a eventual prorrogação nos casos de execução contínua. Os regulamentos federal e estadual também exigem: (i) a especificação do bem ou do serviço em atenção aos requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade, segurança e sustentabilidade; (ii) a indicação dos locais de entrega dos bens, além das regras de recebimento provisório e de recebimento definitivo; (iii) a especificação das garantias exigidas e das condições de manutenção e de assistência técnica. O regulamento paulista exige, ainda, “a indicação, caso justificada, de autorização de subcontratação parcial do serviço ou do fornecimento, acompanhada da descrição acerca da capacidade técnica a ser exigida para cada parcela, observado o disposto no § 6º deste artigo.” Consoante tal parágrafo, “fica vedada a subcontratação total, de parcelas consideradas de maior relevância técnica ou de valor mais significativo do objeto, ressalvado o disposto no § 9º do artigo 67 da Lei nº 14.133/2021” (art. 6º, I, c, Dec. 68.185/2023).

Ao descrever a natureza do objeto, é preciso indicar se os bens ou os serviços constam do catálogo eletrônico de padronização. Em caso positivo, a descrição padronizada do objeto somente pode ser afastada mediante justificativa por escrito (art. 19, § 2º, NLCC). Também é necessário especificar, por exemplo, se os bens ou serviços são de execução contínua ou execução instantânea (contrato de escopo); se eles são especiais ou comuns, isto é, com padrões objetivos de desempenho e qualidade conforme as especificações usuais de mercado; se os serviços são de natureza predominantemente intelectual; ou se os serviços farão uso predominante de mão de obra. Todas essas

informações contribuem para identificar a modalidade da licitação, o critério de julgamento, o ganho de escala, a duração do contrato e a forma de reajustamento. Ademais, a descrição do objeto deve ser razoável, vale dizer, nem muito genérica a ponto de impedir o oferecimento de propostas confiáveis, nem muito específica a ponto de restringir a competição ou de direcionar o certame para certo licitante.

No fornecimento de bens, a descrição do objeto não pode indicar marca específica, salvo mediante justificativa formal que demonstre a presença de uma das hipóteses taxativas do artigo 41, inciso I, da Lei nº 14.133/2021. Nesse sentido, a indicação de marca ou modelo somente é possível para implementar a padronização do objeto (Súmula 270 do TCU),⁶ para manter a compatibilidade com os padrões já adotados, para atender à necessidade única quando o bem for comercializado por mais de um fornecedor e, por fim, para servir de referência aos licitantes com base na fórmula que ficou conhecida como “marca x ou similar”, admitindo a realização de prova de qualidade com o objetivo de mostrar que o produto ofertado é similar àquele indicado no edital (art. 42, NLCC). Para manter a compatibilidade com os padrões já adotados em virtude de contrato precedente ainda em vigor, a Súmula nº 35 do TCESP prevê que, “em procedimento licitatório para aquisição de cartuchos de impressão e similares, é vedada a exigência de marca idêntica à dos equipamentos a que se destinam, exceto enquanto estes estiverem em período de garantia condicionada ao uso de insumos da mesma marca”. A vedação de marca ou produto só pode ocorrer quando estiver baseada em processo administrativo, mostrando que o produto antes adquirido ou utilizado pela Administração provocou o cumprimento insatisfatório das obrigações contratuais (art. 41, III, NLCC). Esse processo administrativo pode ser instaurado com base no relatório que avalia o desempenho e a performance durante a execução contratual (art. 88, § 3º, NLCC).

Na prestação de serviço, a descrição do objeto não pode consistir na delegação de atividades típicas da Administração Pública que envolvem a tomada de decisões ou o exercício do poder de polícia. A corroborar tal intelecção, a Instrução Normativa nº 05/2017 do governo federal proíbe a terceirização quando as funções envolverem poder de polícia, regulação, outorga de serviço público ou aplicação de sanção, quando as atividades implicarem a tomada de decisão ou o posicionamento estratégico nas áreas de

⁶ Súmula nº 270/2012, TCU. Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.

planejamento, coordenação, supervisão e controle e, por fim, quando as tarefas forem essenciais para o domínio de processos, conhecimentos e tecnologias. Enquanto os serviços contínuos admitem “prorrogação-renovação” a cada exercício financeiro por consistirem em atividade-meio de caráter permanente que assegura a integridade do patrimônio público ou o funcionamento de atividades finalísticas, os serviços não-contínuos permitem apenas “prorrogação ampliação do prazo” pois o contratado deve cumprir uma tarefa específica até o prazo definido no contrato por escopo. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra foram definidos como aqueles em que a empresa contratada disponibiliza seus empregados para ficarem nas dependências da contratante, sem compartilhar recursos humanos e materiais com outros clientes, permitindo que a Administração fiscalize o pessoal alocado na execução de seus contratos. Nestes casos, o gerenciamento dos riscos durante a execução contratual pode envolver o depósito mensal dos valores devidos para a contratada em conta específica, minimizando a possibilidade de responsabilização trabalhista e previdenciária.

Quanto à fundamentação da contratação (art. 6º, XXIII, b, NLCC), o termo de referência embasa o ajuste com base no estudo técnico preliminar. Se não for possível divulgar os estudos preliminares por motivos relevantes, como a segurança nacional e a manutenção da ordem, a fundamentação do ajuste requer a divulgação das partes que não contenham informações sigilosas. No governo federal, o Sistema TR Digital vincula esses documentos de forma automática, mas, quando tal sistema não for adotado pelos demais federativos, é necessário reproduzir todos os tópicos abordados no ETP, resgatando pelo menos os requisitos obrigatórios, pois eles definem os contornos mínimos do objeto (necessidade da contratação, quantidade prevista, valor estimado, análise do parcelamento e parecer conclusivo).

De acordo com a regulamentação federal e paulista, o ETP não precisa ser elaborado quando houver prorrogação dos contratos de execução continuada, contratação do objeto remanescente, dispensa de licitação por baixo valor, dispensa após licitação deserta ou fracassada, dispensa por motivo urgente de emergência ou calamidade e, por fim, dispensa por motivo imprevisível de guerra, estado de exceção ou perturbação da ordem. Nessas hipóteses, o termo de referência deve fundamentar a contratação com base em justificativa de mérito que traga a quantidade estimada, mostrando a previsão do ajuste

no Plano de Contratações Anual.⁷ Vale frisar que o alinhamento ao PCA deixa de ser medido facultativa para se transformar em providência obrigatória. Ela indica que a contratação não ocorre para atender às circunstâncias excepcionais que levaram à flexibilização da regra, mas para atender à necessidade preexistente que já constava do planejamento estatal. Isso se aplica inclusive à dispensa por motivo urgente de emergência ou de calamidade, porque, nestes dois casos, a contratação direta é uma solução urgente que evita a quebra de continuidade do serviço. A exceção fica por conta da dispensa por motivo de guerra, estado de exceção ou perturbação da ordem, pois a contratação direta, com dispensa de ETP e de licitação, é uma solução rápida para resolver situação anormal e imprevisível que foi provocada por esses eventos.

Quanto à descrição da solução como um todo (art. 6º, XXIII, c, NLCC), o termo de referência precisa contextualizar o objeto num quadro mais amplo de transversalidade e de sustentabilidade. Apesar de ser um requisito dispensável do ETP, essa providência é obrigatória durante a elaboração do termo de referência. Sobre o prisma da transversalidade, a resolução do problema identificado no ETP pode envolver o parcelamento do resultado pretendido em diversas contratações. Como o ETP pode resultar em várias licitações e contratações, é necessário que os respectivos termos de referência dialoguem entre si para otimizar a alocação dos recursos e evitar a repetição de bens e serviços, sobretudo na zona de intersecção entre dois contratos correlatos ou interdependentes. Sobre o prisma da sustentabilidade, a descrição da solução como um todo também precisa levar em conta o ciclo de vida do objeto a ser contratado, avaliando as exigências de manutenção e de assistência técnica. Para tornar mais eficiente a alocação dos recursos materiais, humanos e financeiros em favor do desenvolvimento sustentável, é preciso identificar as diferentes etapas que compõem o processo de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, pensando na melhor maneira de resolver as externalidades negativas, como os problemas técnicos e os resíduos produzidos durante esse processo. Nesse sentido, o regulamento federal e o regulamento paulista dão preferência para os arranjos inovadores em sede de economia circular, estimulando, por exemplo, a reutilização, a reciclagem e a compostagem em favor da disposição final ambientalmente adequada.⁸

⁷ Vide: art. 9º, §§ 1º, 2º e 4º, da IN nº 81/2022; art. 6º, §§ 1º e 5º, do Decreto nº 68.185/2023 do Estado de São Paulo.

⁸ Vide: art. 9º, III, da IN nº 81/2022; art. 6º, III, do Decreto nº 68.185/2023 do Estado de São Paulo.

Quanto aos requisitos da contratação (art. 6º, XXIII, d, NLCC), o termo de referência deve indicar as condições necessárias para a celebração e execução do ajuste, sem perder de vista as características do objeto, os padrões de qualidade e as normas regulatórias, trabalhistas e ambientais. Apesar de ser requisito dispensável do ETP, essa providência é obrigatória durante a elaboração do termo de referência, pois interfere na formulação das propostas. Caso o ETP tenha abordado os requisitos do ajuste, o termo de referência deve atualizar e detalhar as condições necessárias de forma justificada e razoável, sem cair nos extremos da deficiência ou do excesso. De um lado, a falta de requisitos mínimos pode diminuir a qualidade dos serviços prestados ou dos bens fornecidos. Nesse sentido, a Administração pode condicionar a habilitação das licitantes à apresentação de certificado emitido por entidade registrada no Inmetro, reforçando a idoneidade do material e do corpo técnico (art. 17, § 6º, III, NLCC). Por outro lado, o excesso de requisitos pode afastar possíveis interessados. Por isso, é possível exigir apenas do primeiro colocado a demonstração de cumprimento de alguns requisitos exigidos no edital, sobretudo quando eles dizem respeito aos padrões de qualidade. Assim, na fase de julgamento, a Administração “poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico” (art. 17, § 3, NLCC). Nestes casos, é obrigatório conceder prazo razoável para o cumprimento dessas diligências, sob pena de levar à desclassificação indevida de vários licitantes. Os requisitos da contratação remetem a outros três elementos do termo de referência, quais sejam, o modelo de execução do objeto, o modelo de execução do contrato e os critérios de medição e de pagamento.

Nesse sentido, o termo de referência precisa expor o modelo de execução do objeto (art. 6º, XXIII, e, NLCC), indicando como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o início até o encerramento. Além do local e do prazo de execução, com as datas de início e de conclusão, é importante detalhar as etapas, os processos, os métodos e as tecnologias empregadas durante a realização dos trabalhos, explicando como os recursos materiais, humanos e financeiros serão transformados nos bens ou serviços contratados. O documento também deve especificar o modelo de gestão do contrato (art. 6º, XXIII, f, NLCC), descrevendo como a execução do objeto será

acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade. Além de definir os fiscais da contratante e os prepostos da contratada, é oportuno especificar os meios de comunicação oficial entre as partes, as formas de registrar as principais ocorrências, os roteiros de fiscalização (com a lista dos principais itens a serem checados periodicamente) e os papéis de cada parte no monitoramento constante do ajuste e no gerenciamento dos riscos, sobretudo daqueles já identificados no ETP.

O termo de referência também precisa estabelecer os critérios de medição e pagamento (art. 6º, XXIII, g, NLCC), que estão diretamente relacionados às condições de recebimento. O artigo 62 da Lei nº 4.320/1964 estipula que o pagamento da despesa somente será ordenado após a regular liquidação. Longe de se restringir ao exame meramente formal dos documentos que comprovam a execução de objeto, a verificação do direito adquirido pelo credor depende do cumprimento satisfatório e tempestivo das obrigações pactuadas. Assim, é vedada a liberação automática de parcelas mensais apenas com base nas notas fiscais que foram emitidas pela contratada, sem a prévia conferência e avaliação dos bens fornecidos ou dos serviços prestados. Nesse sentido, é necessário definir a periodicidade das medições, a forma de mensurar a quantidade dos trabalhos e o modo de avaliar a qualidade dos itens, levando em conta as especificações definidas no edital e na proposta. Também é conveniente definir os indicadores de desempenho, pois eles permitem a análise da performance contratual (art. 88, § 3º, NLCC). A conformidade do objeto executado de acordo com as exigências técnicas e contratuais permite o recebimento da prestação e o pagamento da contraprestação dentro de prazo razoável. Por outro lado, o descumprimento dos critérios e indicadores denotam a inexecução total ou parcial das obrigações, podendo levar à imposição de penalidades e à rescisão do contrato.

Quanto a formas e critérios de seleção do fornecedor (art. 6º, XXIII, h, NLCC), o termo de referência traz informações relevantes sobre o objeto específico e a solução como um todo que repercutem nos modelos de execução e de gestão, nos requisitos de contratação e nas formas de seleção. Se a solução ou o objeto não estiverem amadurecidos, o termo de referência pode levar à licitação na modalidade do diálogo competitivo para buscar a ajuda do mercado na identificação de respostas alternativas. Por outro lado, se o termo de referência alcançar a definição satisfatória do objeto e do processo necessário para alcançar o resultado pretendido, é preciso verificar a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou dispensa de licitação. Há

competição inviável, licitação faticamente inexigível e contratação direta quando o objeto envolver empresas credenciadas, fornecedor exclusivo, profissional artístico, serviço de natureza predominantemente intelectual ou aquisição de imóvel necessário (art. 74, NLCC). Há competição viável, licitação juridicamente dispensada e contratação direta nas hipóteses taxativas que buscam, por exemplo, otimizar os custos da máquina governamental, satisfazer a demanda em situações anormais ou utilizar a contratação para promover determinadas políticas públicas, como a segurança nacional, a estabilização dos preços e a inovação tecnológica. Excluída a contratação direta, é oportuno verificar se o objeto comporta adesão à ata de registro de preços ou licitação para novo registro de preços, gerando o compromisso de futuras contratações nas condições predefinidas no edital. Não sendo este o caso, é necessário realizar uma licitação específica, considerando o tipo de objeto, solução, execução e gestão contratual.

No processo licitatório, as regras de participação, competição e seleção variam de acordo com o objeto definido no termo de referência. Se os bens ou serviços são contínuos, se eles podem ser aglutinados ou fragmentados, se eles são comuns ou especiais, se eles comportam parcela de maior relevância para fins de capacidade técnica, se os bens são para compra ou locação, se os serviços são de natureza predominantemente intelectual, se os serviços farão uso predominante de mão de obra, todas essas circunstâncias a modalidade do certame (pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo), a forma de licitação (eletrônica ou presencial), o modo de disputa (aberto, fechado ou combinado), o critério de julgamento (menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance, maior retorno econômico), a forma de adjudicação (global ou por lote) e a eventual inversão motivada das fases. A licitação deve ser julgada por critério de técnica e preço sempre que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas superarem os requisitos mínimos do edital e forem relevantes para os fins públicos. Isto significa que os requisitos mínimos de capacitação técnica não se confundem com os requisitos de pontuação técnica, sendo proibida a atribuição de pontos para os atestados ofertados para fins de demonstração da capacidade técnica. Os contornos materiais do objeto também repercutem, nos requisitos de habilitação, de capacitação e de qualificação, na eventual apresentação de certificados, nas condições da subcontratação, na participação de consórcios, cooperativas, microempresas e empresas de pequeno porte, na fixação de margem de preferência, nos critérios de desempate, nos critérios de aceitabilidade da proposta econômica (preço

máximo unitário e preço máximo global) e, por fim, na avaliação da proposta técnica, com a possível exigência de apresentação de amostras ou de realização de prova conceito pelo primeiro classificado dentro de prazo razoável a ser fixado no ato convocatório.

Quanto às estimativas do valor da contratação (art. 6º, XXIII, i, NLCC), o termo de referência deve conter o orçamento estimado dos itens que compõem o objeto a ser contratado. Esta é a régua que define, em termos financeiros, o equilíbrio sinalagmático entre a prestação realizada pela contratada e a contraprestação devida pela Administração. Por isso, o orçamento estimado é um documento basilar que acompanha o plano de contratações anual, o estudo técnico preliminar, o termo de referência, o projeto básico, o ato convocatório, o instrumento contratual e os termos aditivos de repactuação dos valores. Nesse sentido, o termo de referência serve para refinar e revisar os valores anteriormente definidos pelo estudo técnico preliminar, calculando o orçamento estimado com base na planilha de preços unitários referenciais, nas memórias de cálculo e nos documentos afins. É necessário indicar os parâmetros utilizados para obter os preços e calcular os valores, devendo constar de documento separado e classificado. Na orçamentação de bens e serviços, a obtenção dos preços considera as fontes definidas pelo artigo 23, § 1º, da Lei n.º 14.133/2021, levando em conta os sistemas oficiais do governo, as tabelas de referência ou publicações especializadas, os contratos similares, as notas fiscais emitidas e, por fim, a pesquisa direta junto a três empresas. O valor estimado permite verificar a adequação orçamentária (art. 6º, XXIII, j, NLCC), viabilizando o empenho das dotações necessárias para custear os gastos oriundos da contratação durante o exercício financeiro. De acordo com a regulamentação federal e paulista, a adequação orçamentária não é necessária na licitação destinada a registro de preços, porque, neste caso, a data da futura contratação é incerta, de modo que o empenho só ocorre após a emissão da ordem de serviço.⁹

3. PLANEJAMENTO DEFINITIVO POR MEIO DO PROJETO BÁSICO

No que tange ao projeto básico, o documento serve para instruir a contratação de obras e serviços de engenharia, dois conceitos que mudaram significativamente. De

⁹ Vide: art. 9º, inciso X, da IN nº 81/2022; art. 6º, inciso X, do Decreto nº 68.185/2023 do Estado de São Paulo.

acordo com a Lei n.º 8.666/1993, obra era toda atividade de execução direta ou indireta que implicava construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, ao passo que serviço era toda atividade destinada a obter certa utilidade para a Administração, incluindo demolição, montagem, transporte, operação, conservação, reparação e manutenção. Tais expressões foram definidas e ilustradas pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP) na Orientação Técnica IBR 002/2009, remetendo, por exemplo, às obras de construção e aos serviços de reparação de edifícios, rodovias, túneis, linhas de transmissão, barragens e muros de arrimo. Os serviços de engenharia também envolvem as atividades de paisagismo e sinalização de vias, os sistemas de ventilação, climatização, iluminação, sonorização, telefonia, internet, combate a incêndios, controle de acessos, bem como as instalações elétricas, hidrossanitárias, elevadores e escadas rolantes.

Por sua vez, a Lei n.º 14.133/2021 adotou outros parâmetros para definir esses conceitos. Obra é toda atividade privativa de arquiteto ou de engenheiro que leva à intervenção no meio ambiente por meio do conjunto harmônico de ações que inova o espaço físico ou altera substancialmente as características originais de um imóvel (*art. 6º, XII*). Serviço de engenharia é toda atividade privativa de arquiteto ou engenheiro que não se enquadre no conceito de obra, que preserve as características originais de bem móvel ou imóvel e que envolva manutenção, adequação e adaptação, compreendendo tanto os serviços comuns com padrões objetivos de desempenho e de qualidade, quanto os serviços especiais de alta heterogeneidade ou complexidade (*art. 6º, XXI, NLCC*). O foco desses conceitos descolou-se do processo para o resultado final, ao mesmo tempo em que as atividades que compõem o processo de uma obra ou de um serviço de engenharia foram definidas em função daqueles que estão legalmente habilitados a executá-las. Como ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (*art. 5º, II, CF/88*), as atividades restritas aos profissionais de engenharia e da arquitetura não podem ser definidas por meio de resoluções, portarias ou outros atos infralegais, devendo observar as leis que regulamentam tais profissões, como a Lei nº 5.194/1966 e a Lei n.º 12.378/2010.

Se, por um lado, os conceitos de obra e serviço de engenharia mudaram significativamente, de outro, o conceito de projeto básico não sofreu alterações. Consiste no conjunto de elementos necessários e suficientes, com o nível de precisão adequado

para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou serviços licitados, elaborado com base nas indicações do ETP, que assegure viabilidade técnica e adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (art. 6º, XXV, NLCC). Segundo a Orientação Técnica IBR 001/2006 do IBRAOP, projeto básico é o conjunto de desenhos, memoriais descritivos, especificações técnicas, orçamento, cronograma físico-financeiro e demais elementos técnicos que servem para caracterizar a obra ou o serviço de engenharia. Enquanto o desenho faz a representação gráfica do objeto por meio de plantas, cortes, elevações e esquemas em escala adequada, o memorial descritivo traz a descrição detalhada do objeto com justificativa para as soluções técnicas adotadas, cabendo às especificações técnicas descrever as regras e condições de execução, com a individualização dos materiais, equipamentos, elementos componentes, sistemas construtivos e critérios de medição. O orçamento avalia o custo total da obra ou do serviço com base numa planilha de custos e serviços que traz a quantidade estimada e a composição dos custos unitários. Por sua vez, o cronograma físico-financeiro é a representação gráfica que indica a evolução das tarefas e o valor despendido. Esses elementos constitutivos variam conforme o tipo de obra ou serviço, como no caso das edificações, das obras rodoviárias e da pavimentação urbana. Por exemplo, as obras rodoviárias exigem projetos de desapropriação, geométrico, terraplanagem e drenagem, cada qual com seus desenhos e memoriais descritivos. Sob o prisma legal, a Lei nº 14.133/2021 praticamente produziu os elementos constitutivos do projeto básico que já constavam da Lei nº 8.666/1993, acrescentando os levantamentos iniciais.

Quanto aos levantamentos iniciais, o projeto básico deve ser instruído com levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados necessários para executar a obra (art. 6º, XXV, a, NLCC). O levantamento topográfico e cadastral indica local da obra, desnível do solo, proximidade de outras estruturas (edificações, vias públicas, redes, tubulações) e situação cadastral do terreno (registro imobiliário, propriedade, regularidade fiscal), fundamentando as desapropriações e as visitas técnicas com base nas condições empíricas do terreno. Nesse sentido, o edital pode exigir a realização de visita técnica pelos licitantes interessados na fase de habilitação, sob pena de inabilitação. Mas, para tanto, é necessário justificativa no estudo técnico preliminar ou no projeto básico, demonstrando a necessidade de conhecimento pleno das condições e das peculiaridades

do local da obra. Para não prejudicar a ampla competitividade, a visita técnica pode ser substituída por declaração assinada pelo responsável técnico do licitante, não se admitindo a cobrança de taxas, nem a previsão de data única (art. 63, § 2º, NLCC). Assim, a visita técnica é uma faculdade conferida aos licitantes para ajudá-los na formulação das propostas, não servindo para suprir falhas do projeto básico, sobretudo no que tange aos levantamentos. Nesse sentido, o Manual de obras e serviços de engenharia do TCESP alerta que, “a visita não serve para preencher lacunas de informações que deveriam constar do projeto básico para caracterizar a obra em nível de precisão adequado, em especial, conforme requisitos do art. 6º, inciso XXV, da Lei Federal nº 14.133/2021”.¹⁰

A sondagem geotécnica e o exame laboratorial revelam as condições do terreno onde a obra será realizada, mostrando o tipo de solo e a profundidade das águas. Essas informações direcionam a escolha técnica das fundações, dos materiais e dos sistemas construtivos. A título ilustrativo, o solo argiloso favorece fundações rasas por ser denso e compacto, mas o solo arenoso pode justificar fundações de concreto armado ou estacas metálicas para compensar sua alta permeabilidade. Entre a argila e a areia, o solo siltooso é suscetível à erosão nos períodos de seca e à formação de lama nas épocas de chuva. Numa contratação pública, o estudo precário das condições do solo pode provocar a paralisação da obra nas épocas de chuva, a revisão do projeto básico devido à descoberta tardia de falhas geológicas, a compensação indevida de acréscimos e supressões para evitar a extrapolação dos limites de alteração contratual, além do descumprimento dos prazos pactuados.

Dada a necessidade de observar a legislação ambiental, urbanística e de resíduos sólidos, os estudos socioambientais que acompanham o projeto básico são relevantes nas licitações de obras e serviços de engenharia, pois elas devem mitigar os danos ambientais, reduzir o consumo de energia e recursos naturais, avaliar o impacto de vizinhança, garantir o acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, além de proteger o patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial (art. 45, NLCC). Assim, os estudos socioambientais fundamentam as especificações técnicas do objeto e as previsões do edital que buscam cumprir essas obrigações, repercutindo nas regras de participação,

¹⁰ BRASIL, TCESP. Manual de Obras e Serviços de Engenharia do TCESP, 2024, p. 140. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/MANUAL%20%20Obras%20e%20servi%C3%A7os%20engenharia%20-%20Aspectos%20t%C3%A9cnicos%20%28%20-%20TCESP.pdf>. Último acesso: 04. Out.2024.

de seleção e de contratação. Isso fica evidente quando a execução do contrato causar poluição ou degradação ambiental de forma efetiva ou potencial. Quanto às regras de participação, os licitantes precisam demonstrar o cumprimento dos requisitos previstos em lei especial (art. 67, IV, NLCC), de modo que possam assumir obrigações em setores específicos do mercado (art. 66, NLCC), como a construção civil e o saneamento básico. Se o funcionamento das empresas que atuam nesses setores depende de licença ambiental, com mais razão elas somente podem participar das licitações e contratações se comprovarem previamente o atendimento das condições jurídicas e técnicas. Exigir a comprovação desses requisitos apenas do vencedor pode estimular a competição desigual entre *regular players* e *irregular players*. Quanto às regras de seleção, os estudos ambientais influenciam o julgamento das propostas nas licitações por menor preço, por maior desconto ou por técnica e preço, pois elas também devem considerar os custos indiretos com o impacto ambiental do objeto licitado (art. 34, § 1º, NLCC). Quanto às regras de contratação, os estudos ambientais fornecem subsídios técnicos para que a remuneração do contratado varie em função dos critérios de sustentabilidade ambiental (art. 144, NLCC).

Os impactos ambientais e as medidas mitigadoras podem ser esboçados no ETP (art. 18, § 1º, XII, NLCC), com posterior refinamento pelo projeto básico, podendo concluir pela necessidade de licenciamento ambiental. Se o projeto, a obra e o empreendimento poluírem ou degradarem o meio de ambiente efetiva ou potencialmente, será necessário instaurar processo de licenciamento ambiental junto às autoridades competentes para autorizar a construção, a instalação, a ampliação e o funcionamento dos estabelecimentos e das atividades, nos termos estabelecidos pela Lei nº 6.938/1981 (PNMA) e pela Resolução CONAMA nº 237/1997. Esse processo serve para obter a Licença Prévia antes de concluir o planejamento, a Licença de Instauração antes da obra e a Licença de Operação antes do funcionamento. O pedido de licença ambiental precisa ser instruído com estudos e relatórios que elaborados por responsável técnico, a exemplo do estudo ambiental simplificado, do relatório ambiental preliminar e do estudo e relatório de impacto ambiental (EIA/RIMA). O artigo 2º da Resolução CONAMA nº 01/1986 traz uma lista de empreendimentos que exigem licenciamento ambiental, como rodovias, aeroportos, aterros sanitários, usinas elétricas e barragens. O artigo 6º dessa resolução estipula que o estudo do impacto ambiental deve conter o diagnóstico ambiental, a análise dos impactos e alternativas, a definição das medidas mitigadoras e o

programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos, abrindo caminho para o plano de manejo e o plano de recuperação da área degradada.

Os levantamentos iniciais do projeto básico podem indicar a necessidade de desapropriação prévia e de obtenção de licenciamento ambiental. As duas providências podem ser atribuídas para o contratado, desde que o edital preveja expressamente tal responsabilidade (art. 25, § 5º, NLCC). Assim, os licitantes interessados podem considerar o custo e o tempo dessas providências na formulação da proposta. Quanto à desapropriação, o Poder Público permanece responsável pela fase declaratória, com a necessidade de expedir o ato de declaração de utilidade pública do imóvel, ao passo que o contratado pode ficar responsável pela fase executória, cabendo-lhe pagar o valor da indenização mediante acordo ou ação judicial. Quanto ao licenciamento ambiental nas obras e nos serviços de engenharia, a licença prévia deve preceder a divulgação do edital quando o Administração for responsável pelo licenciamento (art. 115, § 4º, NLCC). Esse dispositivo precisa ser interpretado com cautela, pois o contratado somente pode ficar responsável pela licença prévia no regime de contratação integrada. Afinal, nesse caso, ele também é responsável pela elaboração do projeto básico com base no anteprojeto. Nos demais regimes de execução indireta, a obtenção da licença prévia não pode ser delegada para o contratado, pois ele não participa do planejamento feito pela Administração ao elaborar o estudo técnico preliminar e o projeto básico. Ademais, as autoridades ambientais podem condicionar a concessão da licença prévia a modificações do projeto básico ou do local da obra, sem que o contratado tenha poderes para realizar tais adequações. Para corroborar, o contratado não pode ficar responsável pela licença prévia, porque a divulgação do edital, a realização do certame e a celebração do ajuste sequer podem ocorrer sem a conclusão do planejamento definitivo, vale dizer, sem a conclusão do projeto básico. Esse documento só pode ser concluído depois de incorporar os requisitos básicos e os condicionantes impostos pela licença prévia.

Quanto às soluções técnicas, o projeto básico precisa indicar as soluções técnicas, globais e localizadas, de maneira suficientemente detalhada para evitar reformulações ou variações de qualidade, preço e prazo durante a elaboração do projeto executivo e a realização das obras e da montagem (art. 6º, XXV, b, NLCC). As soluções técnicas consistem nas representações gráficas do objeto, contendo os memoriais, as especificações, os cadernos técnicos e os levantamentos. A forma e o conteúdo do projeto

básico variam de acordo com as características do empreendimento, da solução, do objeto e do local de execução. Por isso não é possível dar a mesma abordagem técnica e o mesmo tratamento jurídico para todos os casos. Por exemplo, a probabilidade de ocorrer situações imprevisíveis que permitem a alteração do projeto básico e a celebração de aditamentos contratuais é muito maior na construção de um túnel debaixo do leito do rio em comparação com a pavimentação asfáltica de estrada preexistente que cortava terreno plano de solo argiloso. Nesse sentido, a referência legal à necessidade de evitar reformulações ou variações coloca em xeque, de antemão, os termos aditivos que são celebrados durante a execução do objeto com o objetivo de corrigir lacunas ou falhas que poderiam ter sido evitadas, caso não fosse o planejamento lacônico das obras e dos serviços de engenharia. Assim, a regularidade dos aditamentos contratuais que modificam os contornos da solução ou do objeto depende de justificativa da Administração, indicando a ocorrência de fatos supervenientes de caráter imprevisível, que não poderiam ter sido previamente considerados no projeto básico de acordo com o critério do profissional médio.

Com base nas soluções escolhidas (*outcomes*), o projeto básico deve realizar a descrição detalhada do objeto (*outputs*). Para tanto, o memorial descritivo e a especificação técnica precisam identificar os tipos de serviços, materiais e equipamentos que serão empregados em forma de texto com linguagem simples, especificando a quantidade a qualidade dos itens. Na construção de um edifício, por exemplo, é necessário detalhar os materiais e os equipamentos que serão utilizados na construção da parte estrutural, na instalação das redes de água, esgoto, energia elétrica, na drenagem pluvial, no paisagismo, dentre outros itens que constam da Orientação Técnica IBR 001/2006 do IBRAOP. Essa descrição deve seguir os critérios da proporcionalidade, pois é necessário buscar o melhor resultado e a segurança esperada, conforme os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo (art. 6º, XXV, c, NLCC). Para realizar todas essas tarefas, o executor da obra precisa seguir as diretrizes técnicas e administrativas que constam do **caderno de encargos** (*processo*), levando em conta os dados fornecidos no projeto básico para a definição dos métodos construtivos, das instalações provisórias e das condições de organização da obra (art. 6º, XXV, d, NLCC). O caderno de encargos estabelece, por exemplo, os procedimentos de trabalho, de segurança e de higiene, como o fornecimento de EPI e o recolhimento dos entulhos, definindo, ainda, as instalações necessárias para realizar a obra, como a ligação provisória

de água, esgoto e energia elétrica, a instalação de cercas e placas de identificação da obra, o escritório do contratado, o depósito dos materiais e equipamentos, o banheiro, o vestiário e o refeitório dos funcionários.

Além disso, o projeto básico deve conter o orçamento detalhado do custo global da obra com base na quantidade estimada de bens e serviços (*inputs*), de modo a orientar a formulação das propostas e a adequação orçamentária. Esse detalhamento analítico das quantidades e dos custos é obrigatório nas contratações executadas pelo regime de empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, de empreitada integral, de contratação por tarefa e de fornecimento com prestação de serviço associado (art. 6º, XXV, f, NLCC). Esse detalhamento é dispensado na contratação integrada e na contratação semi-integrada, porque, nesses dois casos, o contratado participa do planejamento da obra, seja ao elaborar o projeto básico e o projeto executivo na contratação integrada, seja ao elaborar o projeto executivo na contratação semi-integrada. Concluído o julgamento da licitação, o licitante vencedor precisa ajustar o valor final da sua proposta comercial ao orçamento estimado da Administração. Para tanto, é necessário reelaborar a planilha orçamentária de quantidades e custos unitários, com o detalhamento analítico dos encargos sociais e custos indiretos (BDI), balizando as medições e os pagamentos no futuro. Esse detalhamento analítico também é necessário nos regimes de contratação integrada, contratação semi-integrada, empreitada integral e empreitada por preço global, que são licitados por preço global, mas os preços unitários não são computados para fins de medição e pagamento, servindo apenas para alterações indispensáveis do cronograma físico-financeiro e para os aditamentos excepcionais do contrato (art. 56, § 5º, NLCC).

Em conjunto com os levantamentos iniciais, todas as informações técnicas sobre a solução, o objeto, o processo de execução das tarefas e o custo estimado da obra permitem que os interessados compreendam as finalidades do empreendimento e as características dos materiais, equipamentos e serviços em termos de qualidade, quantidade e custo, fornecendo dados importantes sobre o tempo e o modo de realização do objeto. Mas, além desta parte técnica com plantas, desenhos, memoriais, orçamento estimado e cronograma físico-financeiro, o projeto básico também precisa fornecer os subsídios necessários para montar o plano de licitação e o plano de gestão da obra, levando em conta a programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização

e outras informações adequadas (art. 6º, XXV, e, NLCC). De certa forma, esse enunciado condensou os elementos constitutivos do projeto básico que fundamentam as regras de licitação, de contratação, de execução e de gestão contratual, na mesma linha definida para o termo de referência. Quanto às regras de licitação, o documento precisa justificar o objetivo do ajuste, a aglutinação ou o parcelamento, a classificação do objeto como obra ou serviço especial de engenharia. Com isso, será possível estabelecer, por exemplo, a forma de seleção, os critérios de julgamento, de pontuação técnica e de aceitabilidade dos preços, os requisitos de habilitação técnica e de qualificação econômica e as condições de subcontratação e de participação de empresas em consórcio.

Quanto às regras de contratação e de execução, o projeto básico viabiliza o cálculo da vigência contratual, a definição das formas de reajustamento, a distribuição dos riscos, a previsão de garantias e seguros, além de indicar o local e o prazo de execução, a estratégia de suprimentos e a programação da obra com base no cronograma. Quanto às regras de gestão contratual, o projeto básico fundamenta as regras de fiscalização, as regras de *as built* (elaboração da planta final com as alterações realizadas) e, por fim, os critérios de medição, recebimento e pagamento. Como a licitação é realizada por preço global nos regimes de contratação integrada, contratação semi-integrada, empreitada integral, empreitada por preço global e contratação por tarefa, a remuneração do contratado não está atrelada à quantidade de itens unitários que foram executados mensalmente. Afinal, o pagamento somente pode ocorrer após a conclusão de cada etapa prevista do cronograma físico-financeiro, vale dizer, somente após o cumprimento das metas fixadas no eventograma que traz uma tabela com os percentuais predefinidos de pagamento.

Expostos os elementos constitutivos do projeto básico, vale ressaltar que a configuração dessa peça técnica varia conforme o regime de execução indireta, levando em conta a finalidade da contratação e o tipo de objeto. Nos regimes de empreitada integral e de fornecimento e prestação de serviço associado, a finalidade da contratação consiste em buscar a participação mais expressiva do contratado na realização de todas as tarefas que são necessárias para viabilizar o funcionamento do serviço ou da atividade, como ocorre na implantação e na operação de um *call center* para o agendamento de consultas e exames pelos usuários da rede pública de saúde. Na empreitada integral, a Administração começa a operação depois de tudo pronto (*turn key*), pois o contratado

realiza a obra, faz as instalações necessárias, fornece os equipamentos e obtém as autorizações exigidas, observando todos os requisitos técnicos e legais de segurança estrutural e operacional (art. 6, XXX, NLCC). Por sua vez, o fornecimento com prestação de serviço associado vai além, porque o contratado também fica responsável pela operação ou também pela manutenção do empreendimento por certo período (art. 6, XXXIV, NLCC). Depois de concluir o objeto, com a entrega da obra ou o fornecimento final dos equipamentos, o contratado pode realizar os serviços de operação e de manutenção pelo prazo de cinco anos, com possível prorrogação até dez anos (art. 113, NLCC). Nesses dois regimes de execução indireta, a Administração Pública conta com o apoio expressivo do contratado para satisfazer a necessidade pública, mas a concepção do empreendimento como um todo permanece sob seu encargo, incumbindo-lhe a elaboração do projeto básico e do projeto executivo.

Na contratação integrada e na contratação semi-integrada, o contratado é responsável por elaborar projetos, além de executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXII e XXXIII, NLCC). Nos dois casos, a matriz de risco é requisito obrigatório do edital, porque o contratado assume os riscos associados às decisões tomadas na hora de elaborar os projetos (art. 22, §§ 3º e 4º, NLCC). Além disso, o edital e o contrato podem delegar para o contratado o ônus de executar a desapropriação já autorizada pelo Poder Público, mas será necessário definir o custo estimado, o responsável pelo pagamento da indenização, o nome a constar do registro imobiliário e a distribuição dos riscos entre as partes, incluindo a diferença do valor desembolsado e o prejuízo causado pelo atraso (art. 46, § 4º, NLCC).

Na contratação semi-integrada, a licitação é realizada com base no projeto básico da Administração, cabendo ao contratado elaborar o projeto executivo. Depois da licitação, a Administração pode autorizar a alteração do projeto básico se o contratado demonstrar a superioridade das inovações por ele propostas com diminuição de custos, aumento da qualidade, redução do prazo de execução ou facilidade de manutenção ou operação, mas ele fica responsável pelos riscos associados à modificação (art. 46, § 5º, NLCC). Na contratação integrada, a licitação é feita com base no anteprojeto da Administração, cabendo ao contratado elaborar o projeto básico e o projeto executivo.

Como não há dados suficientes para realizar o orçamento detalhado, o anteprojeto pode se basear em orçamento sintético ou em estimativas paramétricas, observando os valores praticados pelo mercado ou os valores pagos pelo governo em obras ou serviços similares. Após a elaboração do projeto básico pelo contratado, a Administração precisa aprovar os desenhos, os memoriais, as especificações técnicas e o cronograma físico-financeiro com base nas regras do edital e nas normas técnicas, mas ele continua responsável pelos riscos associados ao projeto básico (art. 46, § 3º, NLCC).

Na empreitada por preço unitário e na empreitada por preço global, a definição do regime depende do objeto. A empreitada por preços unitários é indicada quando a quantidade de materiais, equipamentos e funcionários variar significativamente durante a execução, impedindo o cálculo dos quantitativos com precisão. Essa situação pode ocorrer, por exemplo, na construção de edifício em terreno movediço ou na reforma de prédio histórico sem planta disponível. Como é esperada uma certa divergência entre a quantidade estimada e a quantidade executada, a Administração paga apenas por aquilo que foi efetivamente realizado com base nos preços unitários que orientam a medição e o pagamento, justificando a remuneração do contratado por preço certo de unidades determinadas (art. 6º, XXVIII, NLCC). Por sua vez, a empreitada por preço global é recomendada quando não houver alteração expressiva no número de itens que serão empregados na execução, viabilizando a remuneração do contratado por preço certo e total (art. 6º, XXIX, NLCC). O projeto básico precisa detalhar todos os componentes e definir todas as quantidades com precisão, porque a medição e o pagamento são realizados após a conclusão de cada etapa definida no cronograma físico-financeiro, sem a contagem minuciosa dos itens, servindo os preços unitários apenas para orientar as alterações indispensáveis do cronograma e os aditamentos excepcionais (art. 56, § 5º, NLCC). Segundo o Manual de Obras e Serviços de Engenharia do TCESP, “os riscos de eventuais incorreções nos levantamentos de quantitativo de itens de serviço, em regra geral, devem ser assumidos pela contratada, reduzindo as possibilidades de aditivos que sejam consequência de variações nos quantitativos de serviços”.¹¹

Além do projeto básico, o planejamento definitivo das obras e dos serviços de engenharia também pode se valer de outras peças técnicas como o anteprojeto, o projeto

¹¹ BRASIL, TCESP. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Manual de Obras e Serviços de Engenharia, aspectos técnicos. São Paulo, 2024, p. 34.

executivo e o próprio termo de referência. Em comum, essas peças contêm informações a respeito do objeto, mas elas variam conforme a complexidade do caso. O termo de referência traz informações básicas que viabilizam a contratação de obras e serviços de engenharia nos casos mais corriqueiros, como a reforma de um edifício ou a instalação de um elevador, pois a especificação do objeto não depende de ferramentas ou projetos mais sofisticados, mas o ETP precisa mostrar a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e de qualidade (art. 18, § 3º, NLCC). O projeto básico contém informações suficientes que são extraídas de estudos, levantamentos e sondagens, permitindo a elaboração de plantas, memoriais, especificações técnicas e cadernos de encargos. O projeto executivo abriga informações complementares que são necessárias para a conclusão da obra, detalhando as soluções previstas no projeto básico com a identificação e a especificação técnica dos serviços, materiais e equipamentos (art. 6º, XXVI, NLCC).

Por fim, o anteprojeto traz informações mínimas para a elaboração do projeto básico pelo contratado no regime de contratação integrada. Depois de explicar a necessidade pública, avaliar a demanda, estimar o investimento e fixar os parâmetros de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade, o anteprojeto propõe uma concepção do objeto, com o traçado geométrico e a estética do projeto arquitetônico, indicando os prazos de entrega e as condições de solidez, segurança e durabilidade. A peça deve ser instruída com estudo preliminar, levantamento topográfico e cadastral, pareceres de sondagem e memorial descritivo, contendo elementos de edificação, componentes construtivos e materiais de construção (art. 6º, XXIV, NLCC). Prudência é a palavra-chave na hora de escolher a peça mais adequada para cada caso. Se, por um lado, não é eficiente despender tempo e dinheiro para fazer o projeto básico de obra ou serviço com padrões usuais de desempenho e de qualidade que poderiam ser aferidos pelo termo de referência, de outro lado, não é adequado utilizar o termo de referência para contratar objeto mais complexo que exigiria a realização de levantamentos, sondagens e estudos socioambientais, utilizando novas ferramentas tecnológicas como o BIM, o *Building Information Modeling*, também conhecido Modelagem da Informação da Construção (art. 19, § 3º, NLCC).

A Administração é responsável por elaborar todas essas peças técnicas, com exceção do projeto executivo na contratação semi-integrada e dos projetos básico e

executivo na contratação integrada, que são de responsabilidade do futuro contratado. Nas entrelinhas, o artigo 14 da Lei nº 14.133/2021 abriu a possibilidade de terceirizar a elaboração do anteprojeto, do projeto básico e do projeto executivo ao prever que o autor e a empresa responsáveis não podem participar da licitação e da execução contratual, sem prejuízo do apoio dado durante o planejamento, o certame e a fiscalização do ajuste sob a supervisão de agentes públicos. Para terceirizar a elaboração desses documentos, a Administração precisa justificar e demonstrar que não consegue levantar todas as informações necessárias para a contratação de engenharia, seja porque ela não dispõe de equipe técnica, seja porque a análise do objeto escapa às atribuições habituais de seus agentes, envolvendo serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual que podem ser contratados mediante licitação ou inexigibilidade, desde que reste comprovada a notória especialização do projetista (art. 74, III, a, NLCC). A terceirização dessas providências não afasta a responsabilidade da Administração por problemas atrelados ao planejamento deficitário, como a celebração de futuro termo aditivo para acrescentar quantitativos acima do limite legal, visando a sanear falhas preexistentes no anteprojeto, no projeto básico e no projeto executivo. Nesta hipótese, aplica-se a responsabilidade subjetiva por *culpa in eligendo* ou por *culpa in vigilando*, devido à falta de perícia ou à negligência por parte da equipe técnica, segundo o critério do profissional médio, cabendo à Administração Pública o direito de regresso para buscar o ressarcimento dos danos junto ao projetista responsável.

CONCLUSÃO

Como visto ao longo do artigo, a fase preparatória do planejamento definitivo pressupõe a elaboração do termo de referência e do projeto básico. Trata-se de duas valiosas ferramentas gerenciais que definem os contornos do objeto em termos técnicos, quantitativos e financeiros, indicando as características dos itens componentes, as quantidades estimadas e os valores previstos para o ajuste. Esses dois documentos fornecem subsídios para que sejam definidos os modelos de execução do objeto e de gestão do contrato, balizando os requisitos de contratação, a reavaliação dos riscos, a refinamento do orçamento estimado e a posterior formulação das propostas pelos licitantes. Assim, o termo de referência e o projeto básico servem para revisar, refinar e aprofundar aqueles os pontos *a priori* delineados nos estudos e levantamentos preliminares, revelando a existência de conexão objetiva teleológica entre os requisitos

obrigatórios, dispensáveis e adicionais do ETP e os elementos básicos do termo de referência ou do projeto básico. Dada a necessidade de manter certa coerência entre o planejamento inicial e o planejamento definitivo, eventuais alterações substanciais nos contornos do objeto devem ser justificadas tanto no termo de referência, quanto no projeto básico. A título ilustrativo, não é possível modificar a solução inicial, passar do parcelamento para a aglutinação do objeto ou alterar drasticamente as quantidades e os valores sem fundamentar e comprovar os motivos técnicos, jurídicos ou financeiros.

No final do planejamento definitivo, é possível que o termo de referência ou o projeto básico consiga definir as necessidades e as exigências a Administração Pública por meio de critérios objetivos, mas ainda não consiga detalhar os meios necessários para alcançar o resultado visado. Isso pode acontecer quando a definição ou a execução do objeto depende de outras especificações técnicas, de inovações tecnológicas, de modificações nas soluções disponibilizadas pelo mercado ou de novas respostas para os gargalos técnicos, jurídicos ou financeiros. Nesses casos, o termo de referência ou o projeto básico pode dar origem à licitação na modalidade do diálogo competitivo com o objetivo de buscar, junto ao mercado, alternativas para satisfazer a necessidade pública, cabendo ao ato convocatório definir as necessidades, as exigências e os critérios objetivos que serão empregados na pré-seleção dos licitantes. A realização do diálogo competitivo pressupõe a elaboração e a divulgação de termo de referência ou de projeto básico que possa orientar o desenvolvimento de alternativas pelos diferentes agentes que atuam no mercado. Esse exemplo ilustra a utilidade do termo de referência e do projeto básico, mesmo naqueles casos em que a Administração não consiga detalhar os meios necessários para satisfazer a necessidade pública, comprovando o caráter indispensável do planejamento definitivo das licitações e das contratações administrativas.

REFERÊNCIAS

IBRAOP, Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas. *Orientação Técnica IBR 001/2006*. Disponível em: https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/orientacao_tecnica.pdf. Acesso em: 04.10.2024

IBRAOP, Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas. *Orientação Técnica IBR 002/2009*. Disponível em: < <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf> >. Acesso em: 04.10.2024

BRASIL, Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n. 01, de 23 de janeiro de 1986*. Diário Oficial da União, Brasil, 22.12.1997, 17.02.1986.

BRASIL, Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997*. Diário Oficial da União, Brasil, 22.12.1997.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei n. 4.320/1964, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasil, 23.03.1964.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei n. 6.938/1981, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasil, 02.09.1981.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei n. 8.666/1993, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações/s e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasil, 22.06.1993.

BRASIL, Congresso Nacional. *Lei n. 14.133/2021, de 01º de abril de 2021*. Lei de licitações e contratos administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, 01.04.2021.

BRASIL, Poder Executivo da União, Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. *Instrução Normativa n. 81/2022, de 25 de novembro de 2022*. Diário Oficial da União, Brasília, 28.11.2022.

BRASIL, Poder Executivo do Estado de São Paulo. *Decreto n. 68.185/2023, de 11 de dezembro de 2023*. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 11.12.2023.

BRASIL, Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Orientações Consolidadas SUB CONS PGE/SP, versão 1 - 27.2.2024. Disponível em: <
<https://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2024/02/17h-27-2-orientacoes-consolidadas-nllc.pdf>>. Acesso em: 04.10.2024.

BRASIL, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Manual de Obras e Serviços de Engenharia, aspectos técnicos. São Paulo, 2024. Disponível em:
<<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/MANUAL%20%20Obras%20e%20servi%C3%A7os%20engenharia%20-%20Aspectos%20t%C3%A9cnicos%20%28%20-%20TCESP.pdf>>. Acesso: 04.10.2024.