

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS RESPONSABILIDADES E RISCOS  
SOBRE A CONCEPÇÃO DA OBRA PÚBLICA  
(PROJETOS BÁSICO E EXECUTIVO)**

*Daniel Siqueira Borda*

*Advogado da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

**1. Introdução**

A Lei não é capaz de regular todos os arranjos fáticos que se apresentam dia-a-dia. No âmbito das contratações realizadas pelo Estado, a onipotência de todas as Leis e regulamentos existentes cai por terra quando casos graves surgem e derivam de um sistema normativo que começa a se apresentar ineficiente e falho.

Recentemente, os escândalos de corrupção ressaltaram diversas falhas nos regulamentos e atuais diplomas que dispõem sobre a contratação de serviços e obras pelo Estado. O desvio de finalidade das licitações escancarou a constatação de que o sistema mais servia para obtenção de fins egoísticos (e muitas vezes obtusos) do que para o alcance do interesse público. As licitações vêm se distanciando dos desígnios das normas que regulam as contratações públicas, cujo escopo é garantir à Administração Pública a obtenção de propostas mais vantajosas e eficientes.

Assim como a corrupção, outro indício de que o sistema não é eficiente está nos casos em que se verifica a má execução do contrato. Fato mais notório aconteceu no final do mês de Abril, na cidade do Rio de Janeiro (RJ). O desabamento de parte da ciclovia Tim Maia deixou dois mortos e uma pessoa desaparecida, além de uma sensação clara e cada vez mais permanente de insegurança quanto à qualidade das obras públicas.

A tragédia lançou luz sobre importante etapa do procedimento licitatório: a concepção da obra por meio da elaboração de projeto básico e executivo, bem como as responsabilidades decorrentes desses documentos, tanto para o Estado, como para os particulares contratados para sua execução. As falhas do projeto e da execução do serviço ainda estão sendo apuradas, mas as Autoridades já aventam a possibilidade de que o projeto básico não levou em consideração os impactos das ondas sobre a estrutura que seria montada.

Os projetos básico e executivo, conforme indicam os fatos relatados pela imprensa, serão peças-chave para a definição das responsabilidades contratuais pela tragédia.

Diante disso, distanciando-se do caso concreto – cabendo às autoridades competentes julgá-lo –, pretende-se traçar algumas noções sobre os aspectos

jurídicos dos projetos básico e executivos e suas repercussões para execução da obra pública.

## **2. O conceito de “projeto básico” no regime da Lei 8.666/93**

O conceito de projeto básico está definido no art. 6º da Lei 8.666/93 e no art. 2º da Lei 12.462/11. Além disso, a Resolução 361/1991 do CONFEA também estabelece uma série de diretrizes que compõem o seu conteúdo.

A partir da leitura conjunta dessas normas, infere-se que o projeto básico é o documento em que se inserem todas as informações necessárias para que o contratado tenha condições de executar e entregar a obra ou o serviço contratado.

Para sua elaboração, pressupõe-se a realização de diversos estudos de viabilidade da obra. Ao final, a formulação do projeto deve contemplar a resposta de que a alternativa escolhida é viável do ponto de vista técnico, econômico e ambiental.

O documento serve como uma cartilha para que o contratado entenda de que maneira (metodologia) deverá abordar e realizar a obra, bem como é dirigido para viabilizar a previsão dos custos necessários para formação da proposta dentro do prazo estipulado para a sua execução.

Assim, há o entendimento unânime de que o documento técnico deve ser exaustivo, contendo todos os detalhes necessários para realização da obra. Por outro lado, a elaboração do projeto deve evitar a escolha de marcas ou métodos muito peculiares e a definição de qualquer outra especificação que acabe por direcionar a licitação.

Ou seja, o projeto deve conter informações suficientes para elaboração de uma proposta segura e vantajosa, sem que haja especificações exacerbadas que conduzam ao afastamento da competição, salutar à escolha da melhor proposta.

## **3. Responsabilidade pela elaboração do projeto básico**

O regime da Lei 8.666/93 de obra e serviço prevê que a responsabilidade pela elaboração do projeto básico deve ser da própria Administração Pública. O ente poderá elaborar o projeto básico ou contratar terceiro para tanto, que restará impedido de participar da licitação posterior para execução da mesma obra (art. 9º, inc. II da Lei 8.666/93).

Portanto, a autoria do projeto básico será atribuída sempre à Administração Pública, pressupondo-se que suas especificações são legítimas. Por consequência, os erros na elaboração do projeto básico devem, por uma questão causal, ser atribuídos à Administração Pública, responsável pelo projeto.

O particular formula sua proposta com base no projeto básico, e no projeto executivo (caso ele exista), devendo se ater a esses documentos para execução da obra.

#### 4. A interface com o projeto executivo na Lei 8.666/93

A Lei de Licitação prevê a elaboração de projeto executivo antes do início das obras (art. 7º). Trata-se de documento essencial que, em complemento ao projeto básico, consolida as medidas necessárias para execução da obra.

No projeto executivo constarão as estratégias complementares ao projeto básico, relacionadas às etapas que serão seguidas para a execução da obra. Para MARÇAL JUSTEN FILHO, o projeto executivo “*Compreende o cronograma físico financeiro e o orçamento e todas as informações necessárias e suficientes à execução do objeto*” (Comentários ao RDC, Dialética, 2013, p. 52). Portanto, trata-se de documento igualmente fundamental para formulação da proposta.

É justamente nesse ponto que os problemas começam a ser vislumbrados. A própria tragédia do Rio de Janeiro patenteou a criticidade da definição de responsabilidades de cada parte contratual, advinda da falta de elaboração de projeto básico, que efetivamente abordasse por todos os prismas a obra que seria licitada, bem como da ausência de elaboração pela Administração de projeto executivo prévio à licitação.

A rigor, o projeto executivo também está a cargo da Administração Pública, que deve elaborá-lo antes da realização da licitação. Hipóteses extremas e peculiares, em obras mais sofisticadas, permitem à Administração Pública, sempre de forma prévia e amplamente justificada, relegar a elaboração do projeto executivo para fase concomitante a própria execução da obra (art. 7º, §1º).

Nesses casos, o projeto executivo poderá ser elaborado pelo próprio contratado, que deverá observar os detalhes previstos no projeto básico, sem distanciar-se do conteúdo ali definido. Em outros termos, o projeto executivo não poderá inovar ou alterar a concepção da obra prevista pela Administração Pública.

Por isso, o ideal (e o que está previsto na Lei) é que o projeto executivo já esteja pronto antes do início da licitação, devidamente adequado com o projeto básico. Dessa forma, evita-se que ao se elaborar o projeto executivo, já encerrada a licitação, conclua-se que o projeto básico é imprestável, inviável. Dessa forma, evitam-se os inconvenientes apontados por MARÇAL JUSTEN FILHO, ao lecionar que: “... a elaboração do projeto executivo poderá demonstrar a inviabilidade de execução da proposta selecionada como vencedora, o que conduzirá a impasses jurídicos e econômicos. Enfim, não se pode eliminar o risco de que a empreiteira elabore um projeto executivo compatível com os seus interesses, sem atentar para as soluções técnicas e econômicas apropriadas.” (Comentários ao RDC, Dialética, 2013, p.166)

Ocorre que a exceção tem se tornado regra no âmbito da Administração Pública. Não é incomum se deparar com licitações de obras complexas em que o projeto básico, já pouco detalhado (o que é ilegal), não dispõe de projeto executivo – que será elaborado pelo licitante vencedor.

Como resultado desta prática reprovável, obtém-se o pior cenário possível: (a) propostas mal elaboradas, que precificam todos os riscos e aumentam em muito os valores propostos, (b) necessidade de alterações supervenientes do projeto que incrementam substancialmente o valor da obra e, por último, (c) a ausência de qualquer definição clara de responsabilidades contratuais quanto aos deveres relativos à execução da obra.

O TCU já se posicionou sobre o papel do projeto executivo. Para evitar essas situações reprováveis, consignou que *“o projeto executivo constitui-se em detalhamento do projeto básico, determinando, de forma minuciosa, as condições de execução. É dizer, trata-se de etapa complementar, não havendo sentido em que seja deixada a cargo do projeto executivo a definição de itens essenciais como a construção de vigas, colunas, fundações (estrutura) e rede de água e esgoto”* (Plenário, Acórdão 80/2010, Min. Marcos Bemquerer Costa, DJ 29.1.2010).

## 5. Possibilidade de adaptação do projeto básico durante sua execução

O TCU possui o entendimento de que é ilegal a adaptação do projeto básico após a adjudicação do objeto e durante a execução da obra (Plenário, AC 1.016/2007, Min. Augusto Nardes, j. 30.5.2007). Tal ato, se não ocorrer por causas imprevisíveis, tende a violar princípios licitatórios fundamentais, como a isonomia e a vinculação das partes ao edital.

No entanto, ao se verificarem erros cometidos pela própria Administração, tal vedação deve ser, de algum modo, mitigada. Não se deve excluir a responsabilidade do agente que elabora o projeto básico, nem da Administração Pública em relação aos encargos que serão originados pelos erros. Por outro lado, o atingimento das finalidades públicas previstas em lei deve ser resguardado e a preservação do contrato em muitas situações torna-se a opção mais efetiva para que se garanta tal fim.

Para FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES: *“Não é possível, como referido atrás, que a comunidade esteja condenada a suportar um serviço mal-planejado, por erro, em homenagem à imutabilidade do contrato. Admite-se, por isso, na hipótese, a alteração unilateral.”* (Alteração unilateral do contrato administrativo, Malheiros, 2003, p.175).

Assim, qualquer alteração superveniente no projeto básico apenas será permitida nos termos do art. 58, I, §2º e 65, I, “a” da Lei 8.666/93, o que implica (a) garantir que os custos surgidos pelos erros no projeto devem ser arcados pela Administração Pública e, (b) preservar todas as condições (inclusive, de execução) que compõem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Portanto, caberá à Administração Pública, durante a execução da obra (inclusive, na própria elaboração do projeto executivo), identificando eventuais equívocos e lapsos no projeto executivo, determinar a alteração do projeto básico para evitar a entrega de obra defeituosa.

## **6. Responsabilidade por falhas decorrentes do projeto básico: falha na execução ou falha na concepção**

Diante deste quadro, no regime da Lei 8.666/93, resta evidente que qualquer falha no projeto básico deve ser imputada exclusivamente à Administração Pública.

Conforme constatação de JOEL DE MENEZES NIEBUHR: *“O projeto básico deve ser elaborado com todo cuidado e zelo. Projetos básicos mal elaborados são causa de insucesso de muitas empreitadas públicas, sobretudo de obras de grande porte que requerem investimentos vultosos por parte da Administração Pública. Trata-se de túneis que alagam, prédios com problemas estruturais, barragens com rachaduras, etc., que geram prejuízos vultosos ao já combalido Erário Público.”* (Licitação Pública e Contrato Administrativo, 3ª ed., Fórum, 2013, p. 268).

É fato que o empreiteiro responde pela qualidade da obra durante 5 anos (art. 618 do CC). No entanto, tal dever é limitado pelos casos em que se está diante de falhas ocorridas por fatores imprevisíveis, por culpa de terceiro ou por culpa do próprio contratante (Administração Pública) – quando este assume obrigações contratuais ou tal responsabilidade decorre de sua autoria em relação ao projeto executado (v. art. 622 do CC).

Sendo constatada a má-elaboração do projeto básico, hipótese em que se verificariam erros nas diretrizes constantes no plano elaborado pela Administração, não se pode cogitar na responsabilidade da contratada que apenas executou o projeto.

Nesse sentido, EGON BOCKMANN MOREIRA e FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES asseveram que *“[O projeto básico] pode não ser um retrato perfeito da obra e conter desde erros materiais até omissões técnicas (as quais não serão suportadas pelo contratado – afinal, trata-se de erros e falhas imputáveis diretamente à Administração, não de riscos contratuais)... os erros e falhas serão imputáveis à Administração que elaborou e publicou o documento (ornamentado por sua presunção de legitimidade)”* (Licitação Pública, 2ª ed., Malheiros, 2015, p.178-179).

A responsabilidade da Administração Pública será acentuada ainda pelo seu dever de fiscalização da obra (art. 67 da Lei 8.666/93). A lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA se encaixa a qualquer obra de engenharia, inclusive às obras públicas. O autor ensina que: *“Pode a obra ser projetada por uma pessoa e executada por outra. Nesta hipótese ocorrem duas variantes, ou o projetista dirige e fiscaliza a obra, ou fica limitado ao projeto, sem qualquer participação na execução. Na primeira variante, responde o projetista pelos*

*danos que causar ao dono da obra, tanto por vícios ou defeitos do projeto, quanto por omissões na fiscalização da execução da obra” (Instituições de direito civil, V. III, 17ª ed., Forense, 2013, p. 290).*

Como visto anteriormente, mesmo nos casos em que o projeto executivo é elaborado após o término da licitação, não é possível delegar a esse documento a definição de aspectos relacionados à qualidade da obra que se pretende executar. Entenda-se por qualidade os aspectos relacionados aos materiais que serão empregados, a adequação da obra na área que será realizada a construção, as condições de segurança (previsão e precaução) que devem ser observadas para execução da obra, etc.

Todos esses dados, no regime da Lei 8.666/93, devem ser fornecidos pela própria Administração Pública, por força do seu art. 12. Trata-se de informações essenciais, inclusive, para formação do preço do contrato.

Obviamente que critérios relacionados ao risco da obra em determinados terrenos, suscetíveis a intempéries ou qualquer outra força da natureza, devem ser informados aos licitantes para que precifiquem esses riscos e adotem a estratégia correta de abordagem e execução da obra. Se esses dados são negligenciados e ocultados pela Administração Pública, não se pode posteriormente imputar qualquer falha ao contratado por problemas relacionados a informações que não lhe foram fornecidas.

De outro lado, não há que se cogitar de que haja uma espécie de delegação implícita de responsabilidade ao particular pela realização de estudos que deveriam ter sido feitos na fase interna de licitação. Aliás, tal ideia seria incompatível com a impossibilidade de alteração do projeto básico.

Portanto, faz-se imprescindível que a Administração Pública leve a sério seu dever de elaboração do projeto básico e executivo. Defeitos da obra inerentes ao projeto básico excepcionam a responsabilidade do empreiteiro pela execução da obra, seja com fundamento nas regras concernentes à exclusão da responsabilidade objetiva, como também da própria incidência da exceção do contrato não cumprido, previsto no art. 476 do CC, bem como do descumprimento de deveres laterais da boa-fé objetiva, provenientes do art. 420 do CC, igualmente aplicável aos contratos administrativos por força do art. 54 da Lei 8.666/93.

## **7. Concepção da obra e matriz de risco**

A mitigação das incertezas sobre a responsabilidade pela execução de obra pública será verificada em contratos que tenham bem definidos os deveres contratuais de cada parte e a alocação de riscos contratuais. Ou seja, há que se ter um bom planejamento, que será refletido numa contratação eficiente, em que os pontos críticos da obra serão bem tratados a partir da exposição analítica dos riscos, repartindo-os de forma adequada entre as partes.



O regime de contratação integrada previsto pelo RDC (art. 9), por exemplo, atribui ao contratado os deveres de elaboração do projeto básico e executivo. Dessa forma, quem projeta, também executa. Caso se adote outro regime de contratação previsto no RDC, é obrigatória a elaboração de projeto executivo antes do início da execução da obra.

Adotando-se a contratação integrada, o que se verificará é uma maior carga de responsabilidade imputada ao particular, que precificará tal encargo em sua proposta, mas que, por outro lado, diminuirá em muito os custos da Administração Pública inerentes à elaboração da licitação. Em tese, tal regime tem por escopo a diminuição da necessidade de elaboração de termos aditivos para modificação do contrato.

Complementarmente a isso, tem-se estimulado a elaboração de contratos administrativos que contemplem uma matriz de alocação de riscos. Trata-se de ferramenta contratual útil (essencial), em que estão previstas a distribuição de riscos para cada parte do contrato, primando-se pela eficiência desta alocação. Cada contratante deverá arcar com os riscos para os quais esteja mais preparada.

Antevistos nos editais e nos contratos que os impactos naturais sobre as obras deverão ser objeto de estudo e seus efeitos, quando previsíveis, deverão ser suportados por determinada parte, mitigam-se as inseguranças relacionadas aos riscos da obra. Por outro lado, nas hipóteses de falhas na execução da obra, as responsabilidades estarão mais bem definidas, diminuindo-se os custos concernentes à apuração e liquidação dos valores de reparação.

Enfim, o regime normativo contratual e o comportamento da Administração Pública devem se pautar e permitir a melhor elaboração dos instrumentos contratuais, estabelecendo regras estatutárias claras sobre a reponsabilidade de cada parte no contrato e os riscos que cada um deverá assumir.

Quanto aos aspectos envolvendo os riscos do projeto, a orientação acima foi, há muito tempo, validada no âmbito dos contratos de direito privado. Ao comentar o art. 622 do CC, SÍLVIO DE SALVO VENOSA leciona que: *“Na verdade, o que a lei quer dizer com relação ao projetista é que este responde por defeitos intrínsecos em seu projeto e não pela falha na execução, da qual não participa. Ao contratar, as partes devem definir claramente se essa responsabilidade do projetista não executor será de maior amplitude”* (Código Civil Interpretado, Atlas, 2010, p.617).

## 8. Conclusão

A tragédia ocorrida no Rio de Janeiro (RJ), concomitante a uma série de tantos outros problemas, serve como mais um alerta sobre a necessidade de que o modelo de contratação pública seja imediatamente revisto.

Não apenas as normas sobre o setor devem ser aprimoradas, permitindo a escolha de propostas mais seguras e eficientes, mas o próprio modelo de

conduta da Administração Pública deve ser repensado. O Administrador deve levar a sério a regra de elaboração do projeto básico quando lhe toca tal obrigação, assim como da elaboração do projeto executivo. Além disso, faz-se imprescindível que contratos de obras complexas sejam elaborados de forma responsável e analítica, contando com a participação dos *players* do mercado, a fim de que se antevejam riscos, responsabilidades e soluções de problemas comuns na execução de obras.

O modelo atual imputa deveres essenciais à Administração Pública que, se descumpridos, prejudicarão a execução da obra contratada. Nesse modelo, os prejuízos e riscos decorrentes da ausência de cumprimento dos deveres inerentes à elaboração do contrato e fornecimento de informações imprescindíveis à execução do contrato devem ser imputados exclusivamente à Administração Pública.

O contratado só responderá quando ficar provado que os problemas advindos da obra se relacionam diretamente a sua atividade de executor – situação em que restará provada a própria inexecução contratual. Ou seja, quando restar provado o nexo de causalidade entre sua conduta contratual e os danos verificados, o contratado será responsabilizado. O projeto básico poderá ser o elemento que quebra o nexo de causalidade, quando elaborado pela Administração Pública.

#### **Informação bibliográfica do texto:**

BORDA, Daniel Siqueira. Considerações acerca das responsabilidades e riscos sobre a concepção da obra pública (projetos básico e executivo). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 111, maio de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].