DOUTRINA

CONTRATO DE GERENCIAMENTO — NOVO SISTEMA PARA A REALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS

HELY LOPES MEIRELLES*

1. Considerações preliminares. 2. Conceito e caracteres do contrato de gerenciamento. 3. Objeto do contrato de gerenciamento e atribuições do gerenciador. 4. Responsabilidades e remuneração do gerenciador. 5. Vantagens do contrato de gerenciamento.

1. *Considerações preliminares*

O sistema tradicional de contrato de construção de obra pública, abrangendo unicamente a execução material do projeto, já não satisfaz o desenvolvimento tecnológico, industrial, comercial e institucional de nossos dias, que empolga todas as atividades administrativas e amplia a área dos serviços públicos, exigindo complexos empreendimentos de engenharia para o seu adequado atendimento. Esses empreendimentos públicos, envolvendo obras e serviços de diversificada natureza, requerem especializações para os diferentes projetos e sua execução, e pedem uma *supervisão técnica apropriada,* nem sempre encontrada nos órgãos internos da Administração interessada na sua realização.

Daí a orientação moderna de o Poder Público contratar empresas ou profissionais especializados para a elaboração de projetos e, o que é mais recente ainda, para o *gerenciamento* de sua execução, confiada a terceiros sob o regime de *empreitada, administração contratada* e *tarefa,* ou mesmo sob um regime misto, resultante da combinação desses ajustes.

Neste estudo pretendemos delinear o *contrato de gerenciamento,* dando-lhe o necessário conceito jurídico e apontando o seu objeto, assim como as atribuições e responsabilidades do gerenciador. Antes, porém, permitimo-nos relem-

* Advogado e professor de Direito em São Paulo

brar os caracteres dos contratos usuais de construção de obra pública, a começar pelo de *empreitada,* para depois definir e tipificar o de *gerenciamento.*

Contrato de construção por empreitada é o ajuste pelo qual o construtor-empreiteiro se obriga a realizar a obra projetada, com autonomia na execução técnica do projeto, assumindo todos os encargos econômicos do empreendimento, e o proprietário-empreitador se compromete a pagar um preço fixo, ainda que reajustável, devendo receber a obra concluída nas condições convencionadas. Esta modalidade contratual é caracterizada pela autonomia do construtor na condução dos trabalhos, pela assunção da inteira responsabilidade técnica e econômica da execução do projeto, com prévia especificação do material e serviços a serem empregados na obra, e pela sua entrega ao dono nos prazos e nas condições ajustadas. Daí por que se diz que a empreitada contém uma *obrigação de resultado,* uma vez que o seu objeto é a obra concluída. Esse contrato, no âmbito da Administração Pública, segue os mesmos princípios da empreitada civil, embora admita cláusulas exorbitantes, e muitas vezes seja incluído no regime *turn key,* que é a ampliação das obrigações do empreiteiro para a assunção global de todos os encargos que possam incidir sobre a execução do projeto até a entrega da obra concluída e em condições de imediata utilização e operação de seus equipamentos.

Construção por administração contratada é o ajuste pelo qual o dono da obra confia a sua execução ao construtor para realizá-la segundo o projeto aprovado, mediante remuneração percentual sobre o custo do empreendimento, nele incluído o valor do material e dos serviços, com os encargos correspondentes. Esse mesmo regime, quando utilizado para a contratação de serviços técnicos especializados, como os de elaboração de projeto, consultoria ou fiscalização de obra, recebe a denominação usual de *cost plus,* embora mantenha as mesmas características da administração contratada para execução material do projeto. Tais ajustes diferem fundamentalmente do contrato de empreitada, porque neste o preço é previamente fixado para a obra concluída, e, naqueles, só será conhecido ao final, pois que a remuneração do contratado é quantificada sobre o trabalho realizado no curso da obra ou do serviço ajustado. Há ainda sensíveis diferenças de encargos e responsabilidades das partes nessas últimas modalidades contratuais.

Finalmente, *regime de tarefa* é aquele em que a administração pública incumbe terceiros de executar pequenas obras ou serviços, ou partes de um empreendimento maior, por preço certo, global ou unitário, por meio de simples ordem de serviço ou ajuste precário, efetuando o pagamento periodicamente ao término de cada etapa, ou ao final do trabalho realizado. Nesta singela modalidade

contratual as responsabilidades e os encargos do tarefeiro são mínimos e circunscritos, normalmente, à execução material de obras e serviços comuns não-especializados, e de curta duração.[1]

O simples confronto dessas modalidades contratuais até agora utilizadas para a realização de obras e serviços públicos revela que nenhuma delas isoladamente, nem todas elas em combinação, atendem às exigências dos grandes e complexos empreendimentos de engenharia, com construções de tecnologia especial, como são as usinas energéticas, metrôs, ferrovias e rodovias, portos e aeroportos, sistemas de abastecimento de água e de tratamento de esgotos, *campus* universitários e tantas outras realizações públicas que exigem diversificados elementos e equipamentos de sofisticada técnica construtiva, para serem implantados dentro de uma concepção global e nos rígidos prazos estabelecidos pela administração interessada. Esses empreendimentos pelo seu vulto e dificuldades construtivas, pedem uma programação criteriosa, uma supervisão técnica especializada e um comando único altamente capacitado, virtualidades que podem ser obtidas pelo *contrato de gerenciamento,* na sua moderna conceituação e aplicação na área das realizações públicas com obras especiais de engenharia.

2. *Conceito e caracteres do contrato de gerenciamento*

Contrato de gerenciamento (*contract of management,* dos norte-americanos) é aquele em que o dono da obra, no caso o Poder Público, comete ao gerenciador a programação, a supervisão, o controle e a fiscalização de determinado empreendimento de engenharia, reservando a competência decisória final e responsabilizando-se pelos encargos financeiros da execução do projeto.

Nessa moderna modalidade contratual todas as atividades necessárias à implantação do empreendimento são transferidas ao gerenciador — empresa ou profissional habilitado — pela entidade ou órgão interessado, que apenas retém o poder de decisão sobre os trabalhos e propostas apresentados, e, uma vez aprovados, passa a responsabilizar-se pelo seu custo, nas condições ajustadas com seus elaboradores e executores. O *gerenciamento* é, pois, atividade técnica de mediação entre o patrocinador da obra e seus executores, visto que o profissional ou a empresa gerenciadora não executa materialmente o empreendimento, mas propicia a sua execução indicando os meios mais eficientes e econômicos para sua realização. E, após a celebração dos contratos necessários com os respectivos executores, firmados diretamente pelo dono da obra, o gerenciador

[1] Sobre esses contratos — *empreitada, administração contratada* e *tarefa* — ver o nosso *Licitação e contrato administrativo.* 4. ed. São Paulo, RT, 1979. cap. 10, item I, e também nosso *Direito de construir.* 3. ed. São Paulo, RT, 1979. cap. 7, item II.

passa a programar, supervisionar, controlar e fiscalizar todos os serviços contratados.

Essas atividades de gerenciador consubstanciam típicos "trabalhos de engenharia" referidos no art. 7.º da Lei n.º 5.194/66, que regulamenta o exercício da engenharia, arquitetura e agronomia.

No gerenciamento o gerenciador não representa a entidade ou órgão que o contratou, nem age em nome dele, mas atua para ele. Realmente, o gerenciador presta um serviço técnico especializado, em seu próprio nome e sob sua inteira responsabilidade, nos termos do ajustado com o dono da obra e sempre sujeito ao seu controle. Não representando o dono da obra, o prestador do serviço de gerenciamento (que denominamos *gerenciador* para diferençá-lo do *gerente comercial)* não dispõe de poderes para firmar contratos com terceiros, nem para desfazer ajustes celebrados entre estes e o dono da obra, nem para impor penalidades aos contratados inadimplentes. Destarte, as funções de *gerenciamento* não se identificam nem se confundem com as de *gerência comercial,* que a doutrina conceitua como "o ofício ou a função de gerente, sendo, assim, o equivalente à gestão, administração ou direção de negócios".[2] A gerência de negócios públicos por particulares não é admitida em nosso sistema administrativo, embora o seja em outros países, como os EUA que têm municípios administrados por gerentes contratados *(managers),* como já mencionamos em estudo anterior.[3] Todavia, tal impedimento não ocorre com o *gerenciamento de obras públicas,* nos termos em que o conceituamos, porque suas características o enquadram como mero *contrato de prestação de serviços de engenharia,* igual a tantos outros que a Administração Pública ajusta a todo momento com particulares para a realização de empreendimentos públicos.

São ainda incipientes, entre nós, os contratos de *gerenciamento,*[4] mas não são raras as avenças abrangendo um de seus aspectos, a *fiscalização de obras,*

[2] Plácido e Silva assim conceitua a gerência comercial: "No conceito jurídico, entanto, gerência tem sentido próprio, revelando o *mandato,* convencional ou contratual, em que se investe a pessoa para que possa desempenhar a administração *dos negócios* de um estabelecimento ou de uma sociedade comercial, no qual se contêm poderes amplos para que se possa cumprir os objetivos do próprio estabelecimento ou da sociedade comercial. Quando se firma, em cláusula contratual, a gerência se promove por *delegação,* ou seja, por *mandato legal,* em virtude do qual o sócio-gerente personifica a própria sociedade, em cujo nome age. Na que decorre de *mandato convencional,* a gerência é representação simples, e o gerente age em nome do mandante, como mero mandatário." (In: *Vocabulário jurídico.* Rio, 1967. II/738, verbete *gerência*).

[3] Cf. nosso *Direito municipal brasileiro.* 3. ed. São Paulo, RT, 1977. p. 22 e segs.

[4] Ao que nos consta, o primeiro *contrato de gerenciamento* no Brasil foi celebrado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP, com firma de engenharia, em 28 de novembro de 1977, para "gerenciamento de empreendimentos do Programa de Esgotos da Região Metropolitana de São Paulo — 1977/1983 — Plano SANEGRAN".

usualmente denominada "acompanhamento da execução de projeto", legalmente permitida até mesmo a seus autores (Decreto federal n.º 73.140/73, art. 6.º, XII, e Lei paulista n.º 89/72, art. 5.º, parágrafo único). Menos comuns, mas também encontradiços, são os ajustes objetivando a *programação e a direção* da execução de trabalhos de engenharia.

Em todos esses casos, no que concerne aos serviços de engenharia, tais contratos encontram respaldo jurídico na Lei n.º 5.194/66, que, como já vimos, defere aos profissionais e empresas de engenharia, arquitetura e agronomia, os trabalhos pertinentes a essas profissões em todas as suas modalidades e em todos os campos de sua atuação, atribuindo-lhes expressamente "a fiscalização de obras e serviços técnicos" e "a direção de obras ou serviços técnicos" (art. 7.º alíneas "e" e "f"). Observe-se que o termo "direção", tal como o emprega a citada lei, engloba as atividades de *programação, supervisão, controle e fiscalização,* ou seja, o planejamento da progressão da obra (programação), a orientação dos trabalhos em plano superior e a sua coordenação (supervisão) e o poder de correção dos serviços (controle), o que se realiza através de permanente vigilância de sua execução (fiscalização). Daí por que consideramos atribuições do gerenciador as atividades de *programação, supervisão, controle e fiscalização* de todo o empreendimento gerenciado, ficando com a entidade ou órgão patrocinador da obra o poder supremo e geral de acompanhamento e decisão sobre sua conduta e seus trabalhos, de modo a coibir qualquer inadimplemento de suas obrigações e a assumir as suas funções em caso de inexecução do contrato de gerenciamento, revelado pela incapacidade técnica para o correto desempenho dos serviços ajustados.

Finalmente, é de se esclarecer que o *gerenciador* tanto pode ser o autor do projeto, como qualquer outro profissional ou empresa de engenharia com capacitação técnica para bem desempenhar as complexas e múltiplas funções do gerenciamento objetivado, como também pode executar uma parte da obra e gerenciar o restante a cargo de terceiros. Sendo profissional ou empresa de notória especialização admite contratação direta, com dispensa de licitação.

3. *Objeto do contrato de gerenciamento e atribuições do gerenciador*

O *contrato de gerenciamento* objetiva a realização de uma obra de engenharia na sua expressão global. Isto não significa que o gerenciador deva executar diretamente todos os elementos e serviços do empreendimento. Absolutamente, não. Suas atribuições são *globais* no sentido de que lhe incumbe preparar todos

os documentos necessários, programar e coordenar todo o desenvolvimento da obra, supervisionar, controlar e fiscalizar todos os trabalhos requeridos para a implantação do empreendimento, indicando os meios e os agentes aptos a realizá-los eficiente e economicamente nas condições e prazos fixados pela entidade ou órgão interessado. Para tanto, deverá equacionar os problemas técnicos, administrativos, jurídicos e financeiros que se apresentarem à execução do empreendimento, consubstanciando-os num programa integral, e conduzindo todas as atividades necessárias à implantação dos projetos aprovados pelo patrocinador da construção. O gerenciador é, assim, o condutor do empreendimento na sua globalidade.

Para esse desiderato o gerenciador pode ser encarregado de elaborar as diretrizes básicas do empreendimento ou mesmo os seus projetos executivos, e de promover a sua implantação nas condições aprovadas pelo patrocinador da obra, como pode receber os projetos já elaborados por outrem e incumbir-se de selecionar os seus executores, que contratarão diretamente com o dono da obra. Em ambos os casos, a missão do gerenciador é a de orientar a realização do empreendimento e assegurar a sua correta conclusão, mas nem por isso o *gerenciamento* se confunde com a *empreitada,* ainda que em regime *turn key* em que o empreiteiro recebe o *package* e se incumbe de executá-lo materialmente, entregando a obra concluída, com seus equipamentos e serviços em funcionamento, consoante os projetos recebidos. O empreiteiro é o executor dos projetos aprovados; o gerenciador é o condutor do empreendimento projetado.

Segundo essa conceituação, o objeto do *contrato de gerenciamento* não é a obra em si mesma, mas sim os *serviços técnicos especializados do gerenciador* para levar a bom termo o empreendimento, que poderá ser realizado materialmente por qualquer modalidade de contrato de construção ou montagem com os executores dos projetos parciais ou setoriais.

O *gerenciador* é o programador e coordenador absoluto de todas as atividades necessárias à execução da obra na sua globalidade, tornando-se responsável pelo correto desempenho das medidas aprovadas para a consecução do empreendimento. Sua missão fundamental é o preparo dos documentos que antecedem e acompanham a realização dos trabalhos estruturais da construção, apresentando-os no devido tempo ao dono da obra para sua aprovação e oportuna utilização. Assim, os encargos do gerenciador podem abranger desde a concepção integral do empreendimento até a sua conclusão material realizada por terceiros sob seu controle, como pode iniciar-se com o recebimento do projeto global e de sua programação executiva já aprovados pelo patrocinador da obra, para o devido preparo das contratações que se fizerem necessárias

mediante licitação ou por ajuste direto, e o subseqüente acompanhamento de sua execução.

Nessa linha de entendimento, as atribuições do gerenciador podem sem resumidas nos quatro itens seguintes: a) preparação dos documentos técnicos, administrativos, financeiros e jurídicos necessários à realização do empreendimento; b) assessoramento para as licitações e contratações de obras, serviços e compras para o empreendimento; c) programação e coordenação geral dos trabalhos de implantação do empreendimento; d) acompanhamento das obras e serviços contratados pelo patrocinador do empreendimento, para sua completa e correta realização.

Nesta síntese de atribuições do gerenciador incluem-se todos os encargos de *supervisão, controle e fiscalização* do empreendimento, os quais devem ser especificados no contrato de gerenciamento, atendendo às peculiaridades das obras e serviços a serem executados pelos construtores e montadores de equipamentos. Obviametne, o gerenciador — profissional ou empresa de engenharia — há que ser altamente capacitado para o desempenho de suas atribuições, dispondo de *know how* adequado e acervo técnico de seu pessoal especializado, bem como de estrutura administrativa e gerencial compatíveis com o vulto e complexidade do empreendimento objetivado. Em se tratando de profissional ou empresa de *notória especialização,* sua contratação poderá ser feita diretamente, com dispensa de licitação, pois que as atribuições do gerenciamento enquadram-se nos serviços técnicos especializados de engenharia.

4. *Responsabilidades e remuneração do gerenciador*

O gerenciador — empresa ou profissional capacitado — como vimos, não é o construtor material da obra, e pode até mesmo não ser o autor do projeto que se vai executar, mas será sempre o seu condutor, responsável pela regular implantação do empreendimento projetado. Sua responsabilidade é eminentemente técnica, mas diversa e independente da dos construtores, que respondem pelas obras e serviços que executarem e pelos danos que causarem ao proprietário ou a terceiros. Diversamente, o gerenciador só responde pela realização global do empreendimento, nos termos do contrato de gerenciamento, pois que sua missão é a de propiciar o normal desenvolvimento da obra e assegurar a perfeição dos trabalhos sujeitos à sua programação, supervisão, controle e fiscalização.

Já dissemos, e convém repetir, que a missão do gerenciador não é a de construir direta e materialmente as obras projetadas; é a de promover a sua construção de acordo com os projetos e cronogramas aprovados pelo dono

do empreendimento, e nas condições técnicas e financeiras ajustadas com as partes executantes. O gerenciador é o impulsionador das obras e serviços necessários à implantação do empreendimento, para o que deve propor os meios e medidas convenientes à sua consecução no tempo e nas condições prefixadas.

Assim sendo, a responsabilidade do gerenciador restringe-se às suas *atividades técnicas na condução do empreendimento,* incidindo apenas sobre as suas recomendações, propostas, verificações e demais atos de acompanhamento das obras e serviços gerenciados, visando à correta execução dos projetos. É uma responsabilidade técnico-contratual firmada entre o gerenciador e o dono do empreendimento, sem se estender a terceiros, a executores de obras e serviços, a fornecedores de material ou equipamento para as construções. Não há, assim, identidade ou solidariedade alguma entre a responsabilidade dos construtores e a do gerenciador visto que cada um atua em área própria, como profissional ou empresa independente, respondendo cada qual pelo seu trabalho. Mas se os erros ou falhas no gerenciamento acarretarem prejuízos patrimoniais ao dono do empreendimento, responderá ele pela indenização devida, na forma da lei civil e em razão de sua culpa (Código Civil, arts. 159 e 1.059), como também responderá por faltas ético-profissionais, nos termos da Lei n.º 5.194/66 (art. 72) e do Código de Ética Profissional (Resolução CONFEA n.º 205/71).

Quanto à remuneração do gerenciador, pode ser estabelecida num percentual sobre o custo do empreendimento ou em quantia fixa para os trabalhos até a entrega da obra concluída, pagável nas épocas ou etapas ajustadas. A forma de pagamento é indiferente à caracterização do contrato de gerenciamento, pois o que o tipifica são os encargos técnicos de condução da obra em todas as fases de seu desenvolvimento.

5. *Vantagens do contrato de gerenciamento*

Do exposto, conclui-se facilmente que o *contrato de gerenciamento* visa propiciar à Administração Pública uma condução *técnica especializada* dos grandes e complexos empreendimentos de engenharia, que exigem tecnologia especial e diversificada para sua realização. É notório que os órgãos públicos, as autarquias e as entidades paraestatais destinados a outras atividades, nem sempre possuem um corpo de especialistas para esses trabalhos de engenharia, com obras especiais e equipamentos sofisticados, ainda pouco generalizados e conhecidos no serviço público.

Já se disse, e é a realidade, que esses empreendimentos envolvem tamanha variedade de fatores a serem controlados e dominados, que se torna impossível implantá-los corretamente sem o concurso de especialistas em administração,

planejamento, programação e tecnologias especiais, e sem a integração operativa do *know how* de projetistas, construtores, fabricantes e montadores de equipamentos, fornecedores de materiais, e, em muitos casos, até mesmo técnicos em pré-operação.

Daí por que a execução desses empreendimentos requer uma autoridade única e capacitada para dirigir os diversos segmentos da obra, dando pronta solução aos problemas técnicos e administrativos que forem surgindo no decorrer dos trabalhos. Para tanto, são necessários recursos humanos qualificados e estrutura organizacional apropriada para planejar, dirigir, coordenar, controlar, fiscalizar e corrigir os múltiplos e diversificados desempenhos de todos os que se engajarem no projeto global da obra.

Além disso, é notório que o formalismo burocrático impõe, muitas vezes, sistemática e procedimentos técnicos e administrativos inadequados e superados para os trabalhos de tecnologia especial, tornando a construção morosa, onerosa e sem a funcionalidade objetivada pela Administração Pública, bem diferente do que ocorre na iniciativa privada e na prática empresarial em que a especialização e a simplificação de métodos e rotinas agilizam os serviços e reduzem os custos construtivos e operacionais. E por derradeiro é de se considerar que o traspasse da *condução da obra pública* a uma organização particular especializada assegura a melhor técnica e alivia a Administração do aumento de servidores para um departamento estranho às suas atividades-fins.

Todas essas vantagens podem ser obtidas com a entrega da condução do empreendimento a uma empresa de engenharia, com capacitação técnica para gerenciar a obra e implantar o projeto na sua globalidade.