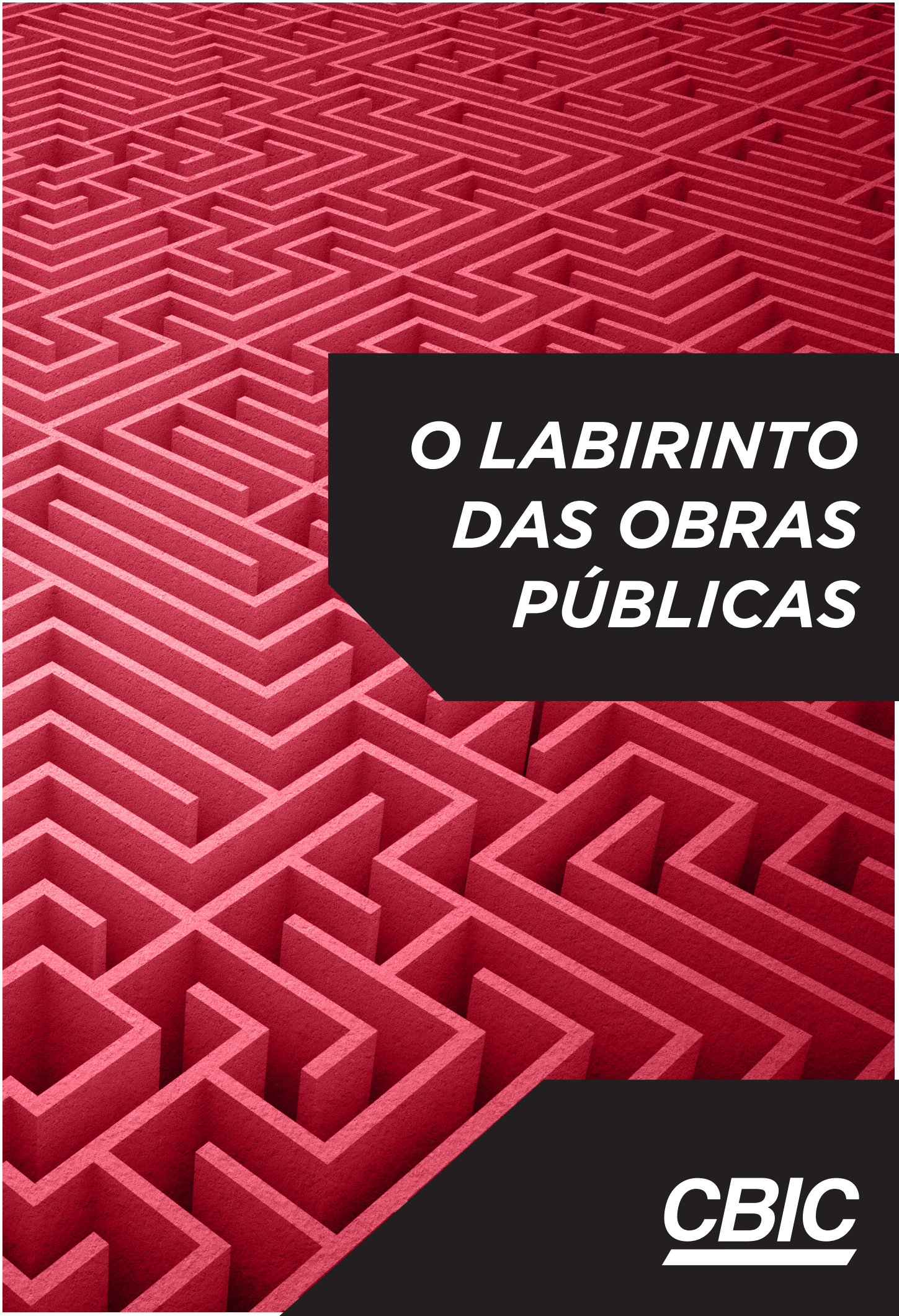


O LABIRINTO DAS OBRAS PÚBLICAS

CBIC

O LABIRINTO DAS OBRAS PÚBLICAS

correalização

Iniciativa da CNI - Confederação Nacional da Indústria

realização

O LABIRINTO DAS OBRAS PÚBLICAS

Brasília-DF, Junho de 2020

Presidente da Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC
José Carlos Rodrigues Martins

Vice-Presidente de Área de Infraestrutura - CBIC
Carlos Eduardo Lima Jorge

Gerente de Negócios e Projetos - CBIC
Geórgia Grace Bernardes

Gestora dos Projetos de Infraestrutura - CBIC
Denise Soares Putzke

Conteúdo
José Eduardo Guidi

Coordenação Editorial
Denise Soares Putzke

Design Gráfico
Diego Soares

www.cbic.org.br
www.cbicservicos.com.br
www.facebook.com/cbicbrasil
www.twitter.com/cbicbrasil
www.instagram.com/cbic.brasil/
www.youtube.com/user/cbicvideos
www.linkedin.com/company/cbicbrasil/
www.fl ickr.com/photos/cbicfotos

Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC
SBN - Quadra 01 - Bloco I
Ed Armando Monteiro Neto, 4º andar
CEP: 70040-913
Telefone: (61) 3327-1013

COINFRA
Comissão de Infraestrutura

SOBRE O AUTOR

José Eduardo Guidi

Eng. Civil pela UFPR. Especialista em Gestão Pública pelo INSPER/SP com anotação de mérito acadêmico. Perito Técnico Judicial TRF-1/TJRO. Membro do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia do Paraná – IBAPE/PR. Consultor com Certificação Profissional em Compliance Anticorrupção pela Legal Ethics Compliance. Coord./Dir. Operacional do DER/RO (2011/14). Instrutor contratado por diversos órgãos da administração para ministrar treinamentos e capacitações na área de gestão pública. Proferiu Aula Magna à 4ª turma de pós-graduação em gestão pública do INSPER/SP. Autor premiado no XX Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias (A Súmula Nº 247 do TCU e o Dilema do Parcelamento do Objeto nas Contratações de Obras Públicas de Engenharia).

SUMÁRIO

PARTE I - BASES CONCEITUAIS

1. O LABIRINTO **8**

2. A GOVERNANÇA E A ENGENHARIA LEGAL **22**

PARTE II - PROPOSTAS METODOLÓGICAS

3. A SÚMULA Nº 247 DO TCU E O DILEMA DO PARCELAMENTO DO OBJETO NAS CONTRATAÇÕES DE OBRAS PÚBLICAS DE ENGENHARIA **38**

4. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS EM OBRAS PÚBLICAS DE ENGENHARIA **58**

5. A SÚMULA Nº 262 DO TCU E O RISCO DAS PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS **92**

01

O LABIRINTO

1.1 O ATUAL CENÁRIO DAS OBRAS PÚBLICAS INACABADAS

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

Obra paralisada tem que ser administrada. Há gastos com manutenção, conservação, vigilância, etc. Existem custos adicionais para sua retomada, esforço imensurável dos agentes públicos de gestão, dos profissionais técnicos, do corpo jurídico. Isso tudo sem contar as intermináveis disputas judiciais e, evidentemente, a forte pressão dos órgãos de controle.

Para além disso, os agentes políticos arcam com o custo de reputação, enquanto os prestadores de contas, públicos e privados, absorvem as multas e débitos imputados pelas instituições fiscalizadoras. Há também os custos individualizados com processos administrativos e/ou judiciais (advogados, peritos, taxas, ...), e claro, os dramas pessoais e a rápida execração pública dos agentes e das empresas.

A sociedade paga também. Tem que arcar com o prejuízo do investimento desastroso e que não vê retorno, a impossibilidade de colocar um filho na creche, a ausência de um posto de saúde em distância razoável, a inexistência do saneamento básico que impeça a proliferação de doenças. Enfim, o custo de um país que ainda não conseguiu pavimentar o melhor caminho para seus cidadãos.

Com esse cenário em mente, no ano de 2017 o Tribunal de Contas da União iniciou esforço para identificar a real situação das obras inacabadas em nosso país, providência que culminou com o Acórdão Nº 1079/19-P. O documento registrou a existência de 14.403 empreendimentos inacabados dentre os 38.412 que foram analisados, ou seja, aproximadamente 37,5% dos contratos.

Na sequência, o então Secretário de Gestão do Ministério da Economia comunicou que àquela oportunidade existiam aproximadamente 100.000 obras públicas contratadas (apenas com recursos da União)[1], de forma que, com base no percentual da amostragem dada pelo TCU, pode-se estimar incríveis 37.000 empreendimentos paralisados.

A bem da realidade, o tormento causado pelos conhecidos "elefantes brancos" remonta a décadas. Com base em alerta emitido pelo TCU, no distante ano de 1995 o Senado Federal criou a *Comissão Temporária de Obras Inacabadas*. Sob a presidência do então Senador Carlos Wilson, a comissão detectou existirem 2.214 empreendimentos paralisados já naquela época[2].

1 TCU. #EuFiscalizo. 7'10". Disponível em https://www.youtube.com/watch?time_continue=3&v=qrd1poplxo4.

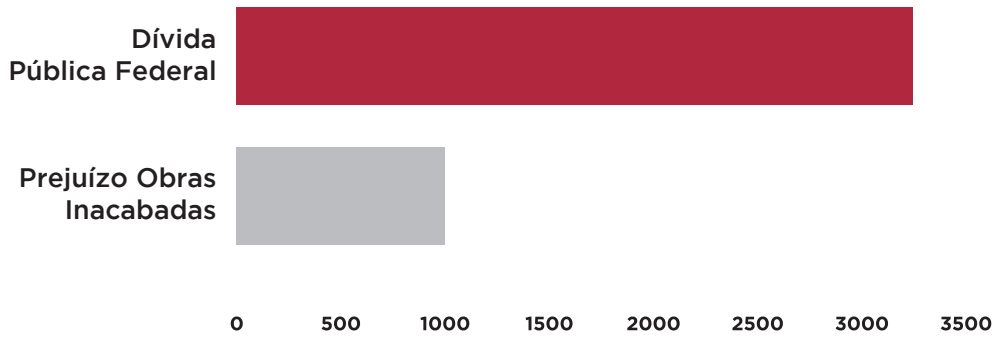
2 https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/178354 (acesso em 28.01.2020)

Doze anos depois o TCU trouxe o assunto à tona novamente. Em 2007 elaborou um diagnóstico acerca das construções inacabadas realizadas com recursos da União, bem como procedeu à verificação de oportunidades para aperfeiçoamento de normativos e da sistemática de fiscalização das obras públicas.

Sequencialmente, um termômetro melhor das dimensões do problema foi dado em 2016 pelo presidente da extinta *Comissão Especial de Obras Inacabadas*, Senador Ataídes de Oliveira, ao declarar que os prejuízos com as obras paralisadas poderiam alcançar a casa de 1 trilhão de reais[3].

A violência desses números pode ser ilustrada no gráfico a seguir, o qual promove o cotejamento entre o valor do estoque da Dívida Pública Federal (DPF) em abril de 2019 com o prejuízo advindo das obras inacabadas. O desperdício representa aproximadamente 30% de toda a dívida contraída pela União[4]. Vale lembrar que em termos de fluxo anual de orçamento, o déficit fiscal da União para o ano de 2019 foi apontado na Lei Nº 13.808/19 (LOA) em R$ 249 bilhões[5].

Comparativo DPF x Prejuízo Obras Inacabadas (em R$ Bilhões)



Como se não bastasse, ainda em 2018 o Poder Legislativo se viu obrigado a aprovar o Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 4 ('*A Regra de Ouro*'[6]), liberando um crédito suplementar de aproximadamente R$ 250 bilhões em virtude da necessidade de reforço das dotações constantes na Lei Orçamentária vigente.

3 Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/14/perdas-com-obras-inacabadas-podem-chegar-a-r-1-trilhao. A estimativa abrange perdas diretas (patrimônio material sem uso) e indiretas (depreciação, custo de oportunidade, custos administrativos, custos com judicialização, etc...).

4 http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/estoque-da-divida-publica-federal-cresce-0-32-em-abril.

5 Fortemente impactado pelo déficit previdenciário de aproximadamente R$ 304 bilhões. O tema da previdência social foi objeto de acalorados debates que culminou com a respectiva reforma.

6 Vedação de realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas pelo Poder Legislativo por maioria absoluta.

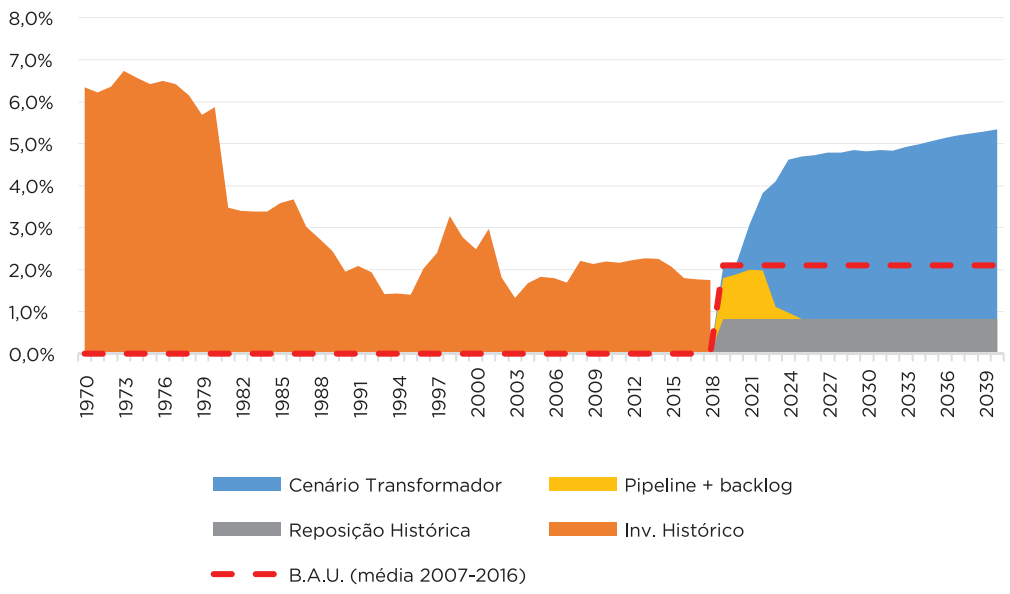
Em face de cenário tão desfavorável, a perda da capacidade de investimento do país era consequência esperada. Já em 2013 a consultoria McKinsey demostrava que o Brasil necessitaria investir anualmente 5,5% de seu produto interno bruto (PIB) no setor de infraestrutura para que no prazo de 20 anos fosse possível alcançar um patamar compatível com o de países desenvolvidos.

Considerando o PIB brasileiro de 2018 na ordem de R$ 6,8 trilhões, o investimento em infraestrutura deveria girar em aproximados R$ 370 bilhões/ano. Contudo, não superou a casa dos R$ 140 bilhões em 2019.

Eis que o desafio está longe de ser simples. Referido grau de investimento ocorreu tão somente na distante década de 70. Nos períodos seguintes esse percentual de investimento foi de 3,62% nos anos 80, 2,27% nos anos 90 e 2,18% nos anos 2000. Na década atual, as estimativas são desalentadoras e giram em torno dos mesmos 2% ou menos[7].

Para se ter uma ideia da perda de competitividade que foi amargada, atualmente o Brasil ocupa a posição de nº 81 no ranking *Global Competitiveness Index* (GCI), e é o último colocado entre os países do BRICS. A China está na posição nº 29, a Rússia na de nº 51, a Índia ocupa a posição nº 63 e África do Sul a de nº 64[8].

Investimento em infraestrutura, histórico, tendência e meta no "Cenário Transformador" - em % do PIB



Fonte: Ministério da Economia

7 http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/Livreto_Pro-Infra.pdf.

8 Bis in idem.

Esse cenário foi um dos principais motivadores da criação da Comissão Externa Obras Inacabadas (CEXOBRAS) em 27 de junho de 2019, cuja relatoria coube ao Deputado José Silva Soares, parlamentar autor da publicação *"Obras Paradas: entrave para o desenvolvimento do Brasil"*[9].

Para além da providência no âmbito do Poder Legislativo, atores como o Tribunal de Contas da União (TCU), Conselho Nacional da Justiça (CNJ), Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), Confederação Nacional da Indústria (CNI), Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON), Confederação Nacional dos Municípios (CNM), entre outros, apresentaram variadas contribuições na busca de soluções para o cenário. Mas, na prática, não há exemplos de providências que tenham redundado em avanço significativo para o tema.

A situação alcançou tal criticidade que foi alvo da 8ª Reunião do Comitê Interministerial de Governança em 28 de agosto de 2019[10]. À oportunidade diversas incumbências foram endereçadas ao Grupo de Trabalho para Investimentos em Infraestrutura, tais como o estudo de alternativas para o enfrentamento de obras paralisadas e o incentivo à conclusão e operação desses empreendimentos[11].

De toda sorte, quaisquer que sejam as iniciativas das autoridades brasileiras em busca de soluções, poucas (ou nenhuma) terão efetividade se uma questão não for imediatamente enfrentada: o fenômeno da *infantilização da administração pública*.

9 SILVA, Zé. Obras paradas: entrave para o desenvolvimento do Brasil / Zé Silva. – Brasília: Ed. do autor, 2019.

10 https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/ata-da-8a-reuniao-do-comite-interministerial-de-governanca

11 Outras incumbências foram a revisão de normativos para desburocratização das transferências voluntárias e formatação de incentivos à entrega de obras.

1.2 O APAGÃO DAS CANETAS

Em janeiro de 2018 o sítio eletrônico de "O Globo" publicou artigo intitulado "*O risco de 'infantilizar' a gestão pública*" de autoria do Ministro Bruno Dantas do TCU[12]. A reflexão carregava um misto de crítica e autocrítica que rapidamente ganhou destaque nos círculos da administração pública e nos mais diversos veículos de imprensa[13].

Tempos depois o Ministro retornou aos meios de comunicação e ratificou sua análise em um novo artigo que foi publicado no sítio eletrônico *Consultor Jurídico*, ocasião na qual descreveu a insegurança dos gestores públicos em tomar decisões que adiante poderão ser objeto de questionamento e sanções por parte dos órgãos de controle, de modo que, frente ao risco percebido, preferem nada decidir.

Eis o "*Apagão das Canetas*"[14].

As consequências dessa dinâmica alcançaram níveis alarmantes para o país e terminaram por atingir em cheio um dos principais motores do nosso desenvolvimento: o setor da infraestrutura.

A bem da realidade, o problema alcançou proporções tão grandes que durante o evento "*E agora, Brasil*?" ocorrido em 27.07.18, o então Secretário Especial do *Programa de Parcerias Público Privadas* chegou ao ponto de defender a necessidade de um pacto entre os Três Poderes e os órgãos de controle externo para "*destravar a infraestrutura*"[15].

---

12 https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401

13 DIÁRIO de PERNAMBUCO: "... Criou-se tantas regras e os órgãos de controle se tornaram tão eficientes em obstaculizar o desenvolvimento e condenar todos os cidadãos brasileiros igualmente de forma democrática e universal, atingindo tanto quem quer gerar progresso como quem quer assaltar os cofres públicos, que **hoje ninguém quer se responsabilizar ou pôr sua assinatura em nada mais de consequências relevantes** ..."

https://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/opiniao/2018/07/28/3433111/o-apagao-das-canetas.shtml

PODER 360: "... Sob suspeita, a agência mergulhou numa fase de paralisia decisória, um fenômeno conhecido como "apagão das canetas". **Receando punições, técnicos deixaram de autorizar coisas que deveriam ser corriqueiras**, como elevar tarifas de pedágio rodoviário para compensar a realização de obras que não estavam previstas no contrato original, mas se mostraram necessárias ao longo do tempo

https://www.poder360.com.br/economia/lei-das-agencias-reguladoras-restringe-aparelhamento-e-voluntarismo/

14 "**São gestores**, políticos ou não, **que têm medo de tomar algum tipo de decisão e acabar responsabilizados** por ela, condenados por improbidade ou até por algum crime. O resultado são licitações que não são feitas, obras que não saem do papel e pessoas que ficam sem o serviço público a que têm direito. No jargão brasiliense, é o "**APAGÃO DAS CANETAS**". Têm ficado cada vez mais comum a cena de prefeitos ou ordenadores de gastos que preferem não contratar um serviço, com **receio de ser cobrados pelo Ministério Público ou pelo tribunal de contas** depois". https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu

15 https://www.valor.com.br/brasil/5691757/apagao-das-canetas-trava-infraestrutura

Nessa esteira, em 17 de fevereiro de 2020 o Poder Judiciário e alguns órgãos fiscalizadores lançaram o programa *Destrava – Programa Integrado para Retomada de Obras*, formando o *Comitê Executivo Nacional para Apoio à Solução das Obras Paralisadas*. O objetivo é identificar o motivo das interrupções e encontrar uma solução consensual adequada para eliminar a causa determinante da paralisação[16].

Contudo, tal iniciativa não é inédita. Há muito as causas do cenário têm sido amplamente discutidas, sendo inclusive objeto de esforço coletivo e alguns aperfeiçoamentos. Dentre essas, merecem destaque: a edição da Lei Nº 13.655/2018[17], a publicação do livro dos professores Floriano A. Marques e Rafael V. Freitas[18] e a iniciativa para formação do *Grupo de Trabalho COINFRA-CBIC/TCU*. Na evolução desses trabalhos foram revelados os dois principais motivadores do fenômeno do *Apagão das Canetas*, quais sejam[19]:

(i) **o rigor das ações do controle externo sobre as atividades-meio e**

(ii) **a falta de assistência jurídica aos atos praticados pelos administradores.**

O primeiro tópico destacado é inconteste e reconhecido pelos próprios controladores. É o que se vê nas palavras do já citado artigo do Ministro Bruno Dantas ao concluir que o modelo de controle externo praticado no país conduz os gestores públicos a uma cautela por demais exagerada, transferindo aos órgãos de fiscalização a incumbência de decidir até mesmo as questões mais simples[20].

Essa '*estratégia*' dos gestores públicos é mais bem compreendida à luz de dados concretos, tal qual o recente estudo promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). A partir da pesquisa de 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, o estudo constatou que menos de 10% das ações de improbidade contra prefeitos têm relação com enriquecimento ilícito[21]. A proporção capturada pelo estudo demonstra que o Poder Judiciário é sistematicamente

16 https://www.conjur.com.br/2020-fev-17/justica-orgaos-controle-lancam-programa-destrava-obras

17 Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

18 Comentários à Lei Nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública).

19 https://cbic.org.br/infraestrutura/2018/08/31/grupo-de-trabalho-cbic-tcu-analisara-sete-pontos-que-influenciam-elaboracao-de-orcamentos-de-obras-publicas/

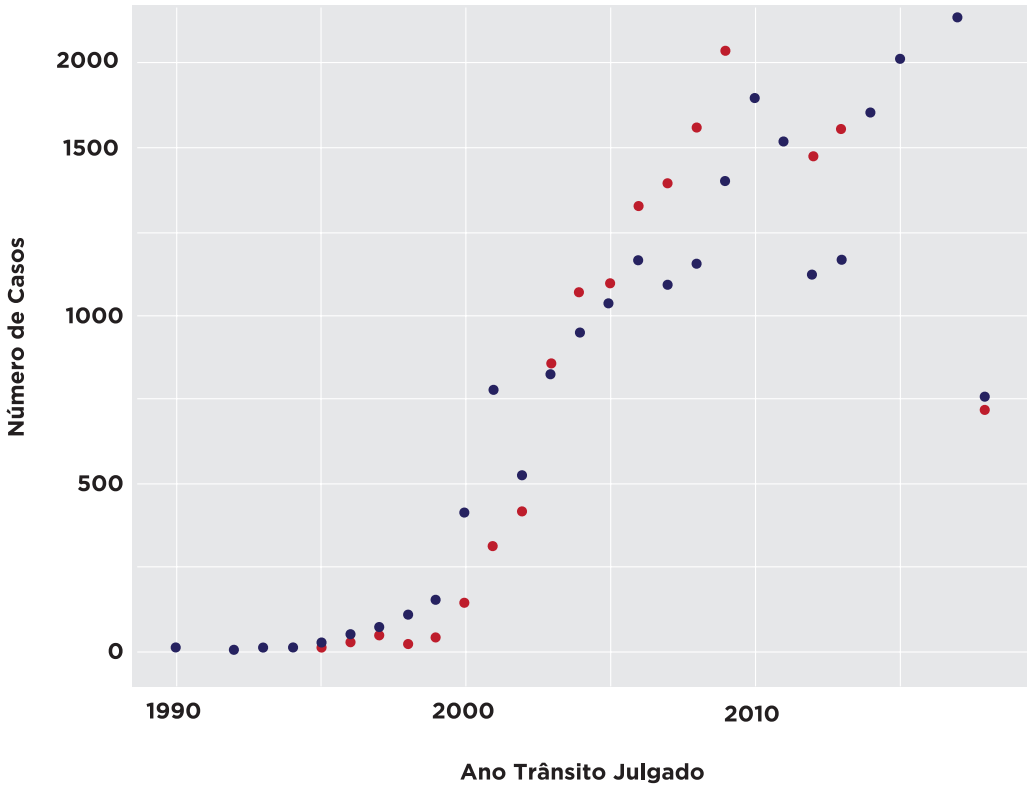
20 Ibidem. "... **A hipertrofia do controle** gera a infantilização da gestão pública. Agências reguladoras e **gestores** públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem atos questionados. Ou pior: **deixam de decidir questões simples** à espera de aval prévio do TCU. ..."

21 https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Cartilha_Probidade%20Administrativa.pdf

acionado por questões que não têm a mesma relevância quando comparadas àquelas altamente reprováveis.

Ocorre que, independente da relevância das irregularidades apontadas, todas as acusações terminam por impor aos gestores um significativo esforço para comprovarem a regularidade de seus atos. Dessa forma, o cotidiano dos agentes públicos acabou se tornando uma prática contínua de responder os inúmeros questionamentos e processos dos órgãos de controle.

Essa mudança de atuação do gestor público, que passou a destinar boa parte de seu tempo para apresentar justificativas e defesas perante as instâncias de controle, fica bem ilustrada no gráfico a seguir, o qual demonstra o significativo salto no número de sanções pecuniárias impostas pelo TCU, evoluindo de aproximadamente 200/aa (duzentas ao ano) na década de 90, para mais de 1500/aa a partir dos anos 2000[22]:



Fonte: Projeto Infra 2038

Se por um lado as evidências estatísticas podem ser interpretadas como sinônimo de eficiência do controle, por outro os jurisdicionados interpretam

22 CARNEIRO. Breno Z. CAJAL. Liana C. H. "Segurança Jurídica na Gestão: A Influência dos Órgãos de Controle na Tomada de Decisão por Gestores Públicos". Disponível em: https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f_d645374be53a426e8383a5d0aa1f80e6.pdf

NOTA: A pesquisa analisou aproximadamente 38.000 casos de agentes públicos e/ou privados condenados em pagamentos de multas e débitos entre os anos de 1990 e 2018.

como uma transferência do poder decisório. Bom exemplo desse conflito pode ser extraído do Acórdão Nº 2488/18-P da Corte de Contas, oportunidade em que o TCU realizou minudente revisão das cláusulas de contrato firmado pela Telebrás e estabeleceu o que deveria ser o "*lucro normal*" do parceiro privado. Ao final, determinou a renegociação do contrato[23].

Os fatos, números e dados apresentados justificam a percepção dos gestores no sentido que grande parte de suas decisões serão alvo de questionamentos dos órgãos de controle, motivo pelo qual cada vez mais estão "*decidindo por não decidir*". Essa realidade permite concluir que o imbróglio do '*Apagão das Canetas*' está muito distante de uma solução satisfatória, o que irá nos conduzir ao segundo ponto suscitado pelo *Grupo de Trabalho COINFRA-CBIC/TCU*, qual seja, a falta de assistência aos atos praticados pelos administradores.

23 No mesmo sentido, André de Castro O. P. Braga: "ao buscar livrar a administração pública de todo e qualquer pecado, o TCU convida os fiéis gestores à sua porta". https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-conforto-espiritual-do-tcu-17042019

1.3 EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE CONTROLADORES E CONTROLADOS

Via de regra, uma obra pública é contratada a partir de um processo licitatório. Já nesse momento é estabelecida a conhecida "*equação econômico-financeira*" e as partes contratantes (administração e empresa) deverão adotar as posturas necessárias para manter essa equação equilibrada ao longo da execução da obra.

Na equação econômico-financeira estarão pactuados os encargos e riscos assumidos por cada uma das partes. A empresa contratada deverá executar a obra mediante as orientações prévias determinadas pelo ente/órgão público contratante (projeto básico e/ou executivo). Por sua vez, a administração contratante deverá remunerar a empresa contratada conforme os procedimentos previstos no contrato.

Mas não é raro que durante o desenvolvimento da execução do contrato ocorram fatos imprevisíveis que afetam a equação econômico-financeira inicialmente ajustada. A consequência dessa eventualidade conduz a um certo desequilíbrio contratual (ora para o lado contratante, ora para o lado contratado). Nesse momento, os gestores públicos têm a incumbência de assim decidir: reequilibrar a equação econômico-financeira por meio de uma alteração contratual (aditamento) ou encerrar o contrato.

Entretanto, a decisão pelo aditamento estará limitada não só pelos parâmetros da Lei, mas também pela interpretação dada pelo TCU ao conteúdo das normas. No caso de extrapolação desses limites, não restará alternativa ao gestor senão a de rescindir o contrato, assim, paralisando a obra[24]. A questão que se coloca é a seguinte: se os limites às alterações são antecipadamente conhecidos, como foi possível à administração iniciar tantos empreendimentos que tiveram de ser paralisados?

Pois bem. De modo generalista, é possível separarmos os motivos determinantes às paralisações das obras públicas em dois grupos: causas internas e causas externas. Apesar de simplória, essa classificação assume importantes contornos quando gestores públicos necessitam decidir sobre os casos concretos.

Os motivos de ordem externa são aqueles que não se relacionam diretamente ao contrato, sendo, portanto, imprevisíveis, mas que acabam por desequilibrá-lo. De modo oposto, os motivos de ordem interna são provocados por questões posicionadas nas entranhas do contrato, as quais, em tese, não deveriam ocorrer, mas, ocorrem.

O exame dos motivos das paralisações oriundos de causas externas (força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração), tem-se que tais ocorrências não são frequentes e tampouco sistemáticas. Sob esse vértice,

24 Exceção feita à hipótese descrita na Decisão Plenária Nº 215/99-P (TCU).

não se justifica análise mais profunda no que tange ao atual cenário das obras inacabadas.

O cerne da questão reside nas causas internas ao contrato, as quais, em essência, são erros, falhas e omissões nos estudos, projetos, contratações e/ou nas execuções das obras públicas. Para uma melhor compreensão dos motivos que conduziram nosso país a essa realidade, uma breve análise da evolução da dinâmica entre controladores e controlados é salutar.

Até o ano de 1993 a legislação nacional permitia alterações contratuais sem limites, desde que o objeto contratado não fosse modificado. Por exemplo, se o projeto básico de uma escola fosse inteiramente revisado e o preço para executá-lo fosse vezes maior, nada impediria o gestor de promover tal alteração (a obra seguiria desde que o objeto permanecesse a escola e o contratado aceitasse o incremento).

A partir da promulgação da Lei Nº 8.666/93 essa possibilidade sofreu contundente restrição, pois o limite de acréscimos passou a ser de 25% do valor contratual[25]. Caso seja necessária alteração que ultrapasse tal limite, a solução imposta pela Lei é o encerramento do contrato e a respectiva paralisação da obra[26].

É bem provável que essa mudança na legislação tinha por objetivo combater os abusos que ocorriam nos contratos de obras públicas, por vezes licitados com projetos básicos precários e que ao final permitiam a realização de 'manobras nada ortodoxas', por assim dizer. Para além de tentar diminuir os espaços de corrupção, cogita-se que o desiderato do legislador era obrigar os gestores a desenvolverem projetos de melhor qualidade e com menor quantidade de erros, falhas e omissões.

Contudo, há uma enorme diferença entre expectativa e realidade. O simples desejo do legislador, por si só, não garante uma boa gestão e/ou a contratação de profissionais qualificados para as tarefas. Ao final, no intuito de incentivar o aperfeiçoamento da gestão pública a mudança legislativa acabou sendo um dos motivadores para o cenário caótico de nossas obras.

No bom jargão popular, "*o tiro saiu pela culatra*". Os projetos continuaram sendo elaborados de forma precária e os problemas na fase de execução/fiscalização permaneceram praticamente os mesmos. Além disso, investimentos na qualificação profissional e no aperfeiçoamento da administração pública não se mostraram prática comum aos gestores, os quais por muitas vezes preferiram optar por artifícios que contornavam as restrições impostas pela Lei, assim, criando anomalias indesejáveis.

25 No caso de reformas o limite de acréscimo é de 50%.

26 Exceção para casos excepcionalíssimos nos termos da DP Nº 215/99 do TCU.

Dentre essas anomalias teve destaque a "*troca de serviços*", artifício que acabou se revelando uma 'janela' para condutas reprováveis tal qual o "jogo de planilhas"[27], o superdimensionamentos de serviços, e várias outras impropriedades. Por essa razão, a partir do ano de 2010 o TCU aboliu o expediente da 'troca de serviços' e proibiu a compensação entre os acréscimos e as supressões de itens nos aditamentos contratuais. O TCU foi além, editando uma série de regras cujo objetivo é nitidamente diminuir a liberdade discricionária dos gestores às contratações públicas, especialmente do tocante às obras de engenharia.

Idos 25 anos da edição da Lei Nº 8.666/93, apesar de todas as restrições e cautelas criadas, bem como a forte atuação fiscalizatória e sancionatória dos órgãos de controle externo, a verdade é que "apertar o cerco" não alcançou resultados ao grau desejado pela sociedade. Os problemas nas fases de estudos, projetos, contratação e execução continuam essencialmente os mesmos e a quantidade de obras paralisadas permanece inacreditavelmente absurda.

Pior. Não sem razão, os agentes públicos tendem a enxergar a atuação dos órgãos fiscalizadores como uma perseguição implacável e arbitrária, eis que, para além das restrições já citadas, diversos outros entendimentos foram impostos em nítida transferência de seu legitimado poder de decidir. Adicionalmente, caso sejam julgados pela má administração da verba pública, respondem com seu próprio patrimônio. De tal sorte, a opção dos gestores tem sido cada vez mais pela inércia, afinal, "*é o meu CPF que está em jogo*".

Por outro lado, em face dos inúmeros escândalos de corrupção experimentados pela sociedade brasileira nos últimos anos, é razoável compreendermos a escolha das instituições de controle por nivelarem os jurisdicionados por baixo.

Na evolução dos acontecimentos, mesmo diante das lições históricas no sentido que "*apertar o torniquete*", por si só, nunca produziu os resultados desejados pela sociedade, no ano de 2013 os legisladores decidiram dar prosseguimento aos entendimentos junto à comunidade internacional e editaram a famosa Lei Anticorrupção Brasileira (LAB)[28].

Instrumento decisivo e amplamente utilizado em investigações como a famigerada "*Operação Lava Jato*", a LAB contribuiu para aquilo que antes era muito raro; a prisão de envolvidos em "*crimes do colarinho branco*". Mas o uso indiscriminado da LAB produziu reflexos em gestores e empresas que não tinham relação com os descalabros, contribuindo ainda mais para a paralisia dos empreendimentos.

27 Alterações contratuais que modificam a planilha orçamentária de modo alterar a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos preços de mercado.

28 Baseada nas assemelhadas Leis americana (FCPA) e britânica (UKBA) aplicadas em casos emblemáticos como aqueles que evolveram as empresas Enron (2001) e Siemens (2006), a LAB trouxe a responsabilidade objetiva das empresas pelos atos de seus colaboradores e o instituto do "Acordo de Leniência" (Lei Nº 12.846/13)

O contraponto veio com a Lei Nº 13.655/18, a qual incluiu na LINDB[29] disposições que impuseram limitações às decisões dos órgãos fiscalizadores em face das possíveis consequências para o interesse geral, além de exigir maior objetividade às fundamentações e consideração das realidades e possibilidades fáticas dos agentes públicos sob escrutínio.

Aplaudida por muitos, a iniciativa provocou imediata reação pelos órgãos de controle, havendo manifestações oficiais tanto por parte do Ministério Público Federal (MPF) quanto do TCU. Em síntese, os argumentos alegavam possíveis retrocessos nas instâncias de controle administrativo e suposta abertura de oportunidade para a impunidade dos malfeitores.

Finalmente, para 'apimentar' ainda mais as divergências entre controladores e controlados, recentemente tivemos a decretação da Lei Nº 13.869/19, a qual dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Novamente, a iniciativa foi alvo de rasgados elogios por aqueles que se entendem perseguidos em contraponto às contundentes reprovações dos órgãos fiscalizadores.

De toda sorte, independente de posicionamentos contra ou a favor, a verdade é que os efeitos desse embate para a sociedade não podem ser desconsiderados.

Com relação aos efeitos positivos, destaque para a consolidação da autonomia e independência das instituições de controle, para as sanções impostas aos agentes público/privados comprovadamente corruptos e para a disseminação de novas e modernas políticas de governança, tal qual a Instrução Normativa Conjunta Nº 01/16–MP/CGU, a Lei Nº 13.303/16 (Lei da Estatais) e o Decreto Nº 9.203/17.

Com relação aos reflexos nocivos, podemos citar o pífio investimento em infraestrutura afetado pela insegurança jurídica, o desincentivo ao ingresso de gestores qualificados no setor público, o desestímulo às iniciativas daqueles que integram os quadros do Estado e as dezenas de milhares de obras paralisadas.

29 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
Confira-se o recente artigo de Paulo Modesto "*MP 966 e a responsabilidade dos agentes públicos*". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/interesse-publico-mp-966-responsabilidade-agentes-publicos

02

A GOVERNANÇA E A ENGENHARIA LEGAL

2.1 RECORTE ÀS OBRAS INACABADAS - CONTRATANTES E EXECUTORES

O Acórdão Nº 1079/19-P do Tribunal de Contas da União é resultado do levantamento produzido pelo seu corpo técnico em esforço conjunto com as demais instituições de controle externo do país. Os critérios, análises e conclusões foram detalhadamente expostos no Relatório de Auditoria que embasou a decisão colegiada.

Dentre as diversas informações valiosas constantes em referido relatório, destacamos as Tabela 1 e 12, abaixo ilustradas. Os dados nelas constantes têm sido bastante referenciados em análises produzidas por diversos profissionais que se dedicam ao tema das obras inacabadas:

Quantidade de obras por banco de dados

Banco de dados	Quantidade	Investimento	%Qtd	%Invest
CAIXA	14.224	R$ 15.087.800.486,65	37,03%	2,07%
PAC	10.666	R$ 663.349.865.888,62	27,77%	91,11%
SIMEC 2.0	9.055	R$ 10.412.537.470,92	23,57%	1,43%
SIMEC SESU	645	R$ 4.729.617.284,14	1,68%	0,65%
SIMEC SETEC	367	R$ 1.153.566.318,89	0,96%	0,16%
DNIT	1.168	R$ 28.512.435.425,57	3,04%	3,92%
FUNASA	2.287	R$ 4.847.271.600,67	5,95%	0,67%
Total Geral	**38.412**	**R$ 728.093.094.475,46**	**100%**	**100%**

Motivos das paralisações das obras constantes do banco de dados do PAC

Motivo da paralisação	Qtd	Total (R$ Milhões)	%Qtd	% Recursos
Técnico	1359	R$ 25.540,58	47%	19%
Abandono pela empresa	674	R$ 5.842,71	23%	4%
Outros	344	R$ 21.678,21	12%	16%
Orçamentário/Financeiro	294	R$ 62.960,61	10%	48%
Órgãos de Controle	93	R$ 4.506,36	3%	3%
Judicial	83	R$ 6.120,61	3%	5%
Titularidade/Desapropriação	35	R$ 3.432,52	1%	3%
Ambiental	32	R$ 2.145,38	1%	2%
Total Geral	**2914**	**R$ 132.226,98**	**100%**	**100%**

Assim, a partir do impressionante trabalho de tabulação de quase 39.000 obras produzido pelos técnicos do TCU, é possível aprofundar ainda mais a análise desses empreendimentos. Dessa forma se pode elucidar "*onde estão*" essas obras, bem como "*quem são*" seus executores. A razão reside no fato de que um empreendimento que alcançará a casa dos bilhões de reais terá incidência de variáveis significativamente distinta de objetos que consumirão quantias que não passam do milhão de reais (exemplo das exigências de habilitação, dos licenciamentos, das dinâmicas de desembolso, dos conflitos judiciais, dos riscos, entre outros).

Em outras palavras, a gestão do projeto para a implantação de uma ferrovia é deveras distinta de um gerenciamento com vistas à ampliação de um posto de saúde. Assim, com base na legislação atual, a tabela a seguir ilustra o universo das obras paralisadas classificadas por critérios financeiros[30]:

Classificação das Obras Paralisadas por Critério Financeiro

CLASSIFICAÇÃO	R$ TOTAL	Nº OBRAS	% INC.	R$ MEDIANA
Acima de R$ 1bi	80.743.369.436,92	16	0,12%	1.848.640.000,00
Grande Vulto	29.912.577.420,07	149	1,08%	152.876.591,00
Concorrência	25.216.595.712,47	1513	10,96%	9.687.848,29
Tomada de Preço	7.044.666.789,79	8014	58,03%	605.964,97
Convite	962.423.702,64	4119	29,82%	250.000,00
TOTAIS	**143.879.633.061,89**	**13811**	**100%**	

Em leitura à tabela vê-se que aproximadamente 8.000 obras paralisadas estão enquadradas como 'tomada de preços', possuindo um valor mediano[31] de contratação de aproximadamente R$ 600.000,00. Igualmente relevante a incidência percentual da modalidade 'convite'. Essas duas modalidades somadas alcançam mais de 12.000 obras inacabadas e correspondem a 87,85% do total.

É bem verdade que o volume financeiro abocanhado pelas demais modalidades é significativamente maior e, de fato, merecedor de máxima atenção. Porém, como dito às linhas anteriores, as variáveis incidentes nos empreendi-

30 A classificação seguiu os critérios do Dec. Nº 9.412/2018 para convite, tomada de preços e concorrência, bem como da Lei Nº 8.666/93 para obras de grande vulto (dividida entre acima/abaixo de R$ 1 bilhão).
O número de 13.811 obras paralisadas é diferente dos 14.403 apurados pelo TCU em virtude da tabulação feita pelo órgão de controle considerar contratos de aquisição, incorreção saneada pela presente análise.

31 A *mediana* é indicador mais robusto que a *média*, eis que menos sensível aos dados extremos da amostra.

mentos de maior porte são bem distintas daquelas que influenciam obras de pequeno porte.

Por exemplo, as obras paralisadas enquadradas na modalidade 'concorrência' possuem mediana acima dos R$ 9 milhões, quase 16x da mediana da modalidade 'tomada de preços'. Tal constatação implica em assumir que empresas mais estruturadas se interessarão e executarão obras de maior porte, enquanto as obras de menor porte ficarão a cargo das empresas menos estruturadas.

Apesar da obviedade da constatação, fato é que o maior percentual de obras paralisadas recai justamente nas empresas menos robustas financeiramente, menos experientes tecnicamente e cuja contratação teve menor grau de exigência. Evidentemente, se os executores estão menos preparados ao desafio, quaisquer imprevistos, erros, falhas e/ou omissões, tendem a produzir um impacto muito maior no desenvolvimento dos contratos, não raras vezes, a consequência é fatal.

Em junho de 2018 a Confederação Nacional de Municípios (CNM) produziu estudo técnico relativo às *Obras Paralisadas Municipais*[32]. As informações produzidas permitem análise acerca ao porte dos municípios que mais são afetados[33]:

Obras Paralisadas por Porte de Município

PORTE	Nº HABITANTES	QTDADE OBRAS PARALISADAS	% INF.
1	até 4.999 hab.	1384	13,56%
2	de 5.000 a 9.999 hab.	1731	16,96%
3	de 10.000 a 19.999 hab.	2371	23,24%
4	de 20.000 a 49.999 hab.	2424	23,76%
5	de 50.000 a 99.999 hab.	1088	10,66%
6	de 100.000 a 299.999 hab.	774	7,59%
7	de 300.000 a 999.999 hab.	349	3,42%
8	acima de 1.000.000 hab.	83	0,81%
TOTAIS	**-**	**10204**	**100%**

32 https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Obras%20paralisadas_revisado.pdf

33 Classificação com base nos critérios do IBGE. Os números referem-se ao ano de 2018 e tem como fonte tão somente a Caixa Econômica Federal.

De modo análogo ao critério financeiro, tem-se um percentual de quase 80%de obras inacabadas residindo justamente nos municípios de pequeno porte, exatamente os menos robustos financeiramente, os menos experientes tecnicamente e com menos recursos (humanos, materiais e equipamentos) para os processos de desenvolvimento de projetos, fiscalização e acompanhamento das obras.

Com base nessas evidências, é razoável concluir que as providências para o destravamento das grandes obras não serão as mesmas para o desbloqueio das pequenas obras. Ainda que determinadas soluções possam ser aplicadas de modo concorrente, não será possível adotá-las de forma generalizada.

2.2 AS ORIGENS DO DESARRANJO

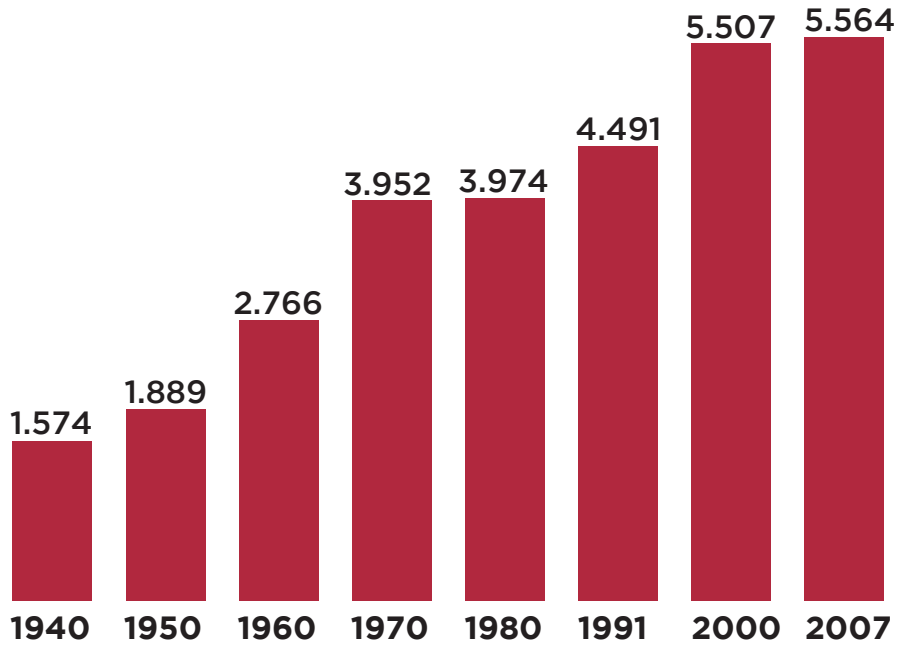
Recentemente o governo federal apresentou a Proposta de Emenda Constitucional (EC) Nº 188 de 2019. Entre diversos tópicos, trouxe a possibilidade de extinção de municípios com populações inferiores a 5.000 habitantes que não atenderem requisitos de sustentabilidade financeira até o ano de 2023. Evidentemente, a proposta é polêmica e foi alvo imediato de nota pública por parte da Confederação Nacional do Municípios[34].

Em síntese, a CNM informa que a medida alcançaria 1.217 localidades que representam aproximadamente 22% do total dos municípios brasileiros. Na prática, a EC reverteria a explosão proporcionada pela Constituição Federal de 1988 (CF) ao serem criados 1.181 municípios entre os anos de 1988 e 2001[35].

A questão como um todo é demasiada extensa e não cabe no presente estudo. Contudo, um recorte a partir das críticas acerca da pulverização de recursos destinados às obras públicas é inevitável.

Como já dito, em 1995 o Senado Federal demonstrou preocupação com o número de obras públicas paralisadas, quantidade que em dezembro daquele ano alcançava 2.214 empreendimentos. Coincidentemente, no ano seguinte o advento da EC Nº 15/96 que dificultou fortemente a dinâmica de criação de novos municípios.

Número de municípios brasileiros



Fonte: Atlas Nacional do Brasil/IBGE

34 https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/nota-sobre-a-proposta-do-governo-federal-de-extincao-de-municipios

35 https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198693/000897816.pdf?sequen

Entretanto, apesar do número de municípios permanecer estável nas duas últimas décadas, a quantidade de obras públicas paralisadas aumentou vertiginosamente. A hipótese, portanto, é que o número de obras paralisadas não deriva tão somente do aumento desordenado de municípios ocorrido na década de 90, existindo, pois, outras relações de causa-efeito.

Uma dessas relações foi muito bem apontada durante audiência na CEXOBRAS[36], oportunidade em que o Eng. Humberto B. Canuso declarou "*Legislação protetiva aos direitos individuais e corporativos determinando que quase tudo, sem limites e acima das possibilidades, seja provido pelo Estado*", referindo-se à um excesso de encargos sociais depositados na competência estatal.

De fato, os avanços produzidos pela CF foram acompanhados de externalidade não desejáveis. Nos últimos 30 anos os deveres do Estado foram significativamente elevados. Contudo, o aparato administrativo dos entes federados, especialmente os dos municípios de pequeno porte, não evoluiu o suficiente para fazer frente ao incremento de seus encargos.

O reflexo dessa dinâmica é bem sentido pelo astronômico número de obras públicas paralisadas, inferência corroborada a partir do estudo desenvolvido pela *Transparência Brasil* em conjunto com o *Observatório Social do Brasil* e apresentado em publicação intitulada "*Obra Transparente: Proinfância ou Problema na Infância? Os desafios na construção de creches e escolas em municípios brasileiros*"[37].

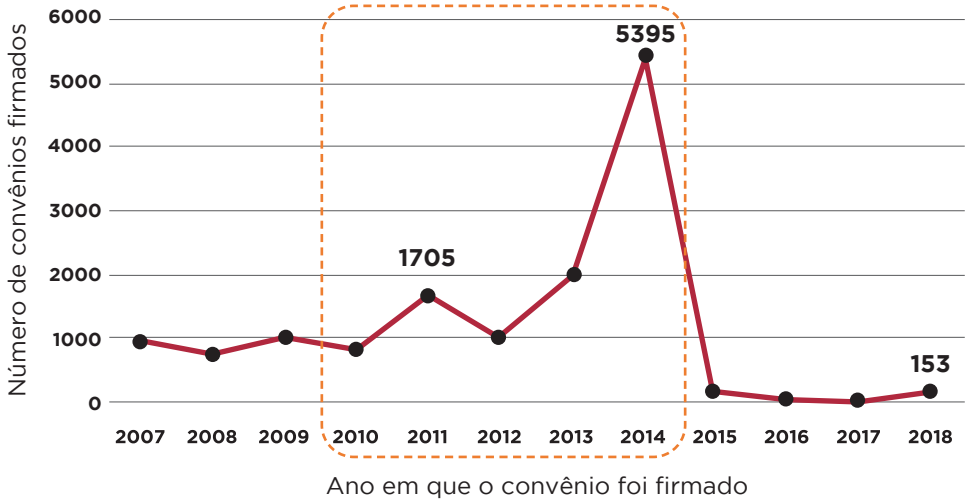
Citado pelo Conselho Nacional de Justiça em publicação intitulada *Diagnóstico Sobre Obras Paralisadas*, o estudo acompanhou 135 obras do Programa Proinfância entre os meses de maio de 2017 e junho de 2019. Dentre as análises produzidas, destaque para o artigo "*59% das obras de escolas e creches com recursos federais a entregar apresentam problemas*" que contém o seguinte gráfico[38]:

36 Comissão Externa de Obras Inacabadas.

37 https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Obra%20Transparente%200706.pdf

38 https://www.transparencia.org.br/blog/wp-content/uploads/2018/12/Relatorio_campanha-TdP_08112018.pdf

Convênios firmados entre governo local e governo federal*

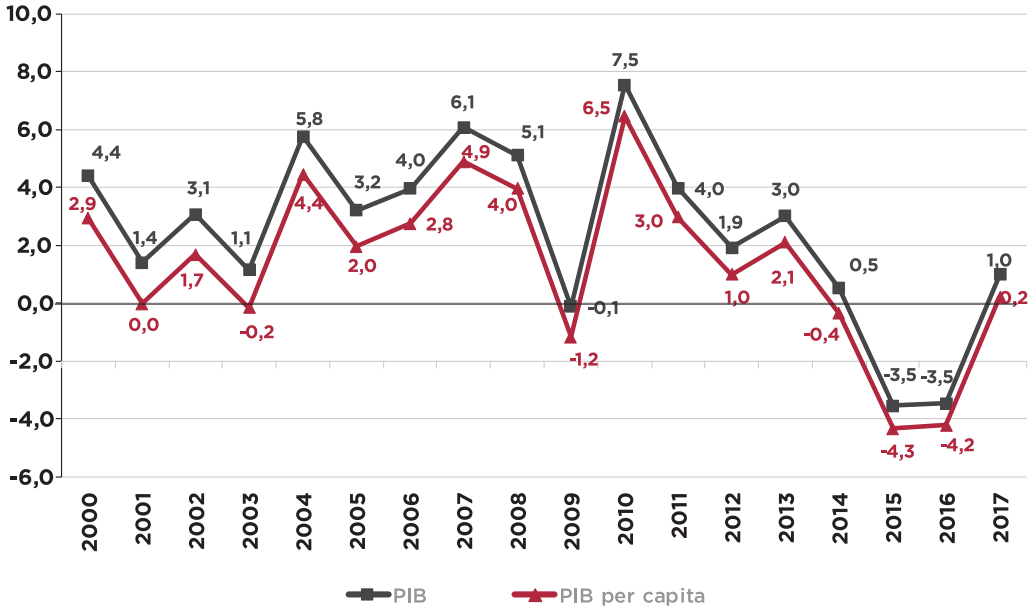


*1,8% das obras não possuem dados sobre o ano do convênio

Fonte: SIMEC. Elaborado pela Transparência Brasil

A ilustração acima demonstra o aumento brusco de convênios firmados pelos governos locais entre os anos de 2010 e 2014. O movimento coincide com a também brusca redução do PIB brasileiro no mesmo período. Veja-se o gráfico do IBGE[39]:

PIB e PIB per capita - Taxa (%) de crescimento anual



Fonte: IBGE

39 https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20166-pib-avanca-1-0-em-2017-e-fecha-ano-em-r-6-6-trilhoes

Na última década, a CNM apontou por inúmeras vezes o grave problema na redução das receitas municipais[40], notadamente acerca do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). A composição do fundo é proporcionalmente atrelada às arrecadações do governo federal, de forma que, existindo crise fiscal no âmbito da União, os reflexos serão sentidos especialmente nos municípios de pequeno porte, muito mais dependentes dessas transferências[41].

Não há como fugir à inferência de que o cerne do problema das obras públicas paralisadas tem seu embrião nas decisões tomadas a nível nacional. Ainda que os reflexos sejam mais profundos para os municípios de pequeno porte, o problema é sistêmico e atinge todos os milhares de entes e órgãos da federação, sem exceção.

Sendo o Estado brasileiro o principal agente causador da desordem, cabe a ele a incumbência precípua da resolução.

Entretanto, em que pese a situação ter sido 'construída' ao longo de décadas, a reversão do atual cenário não ocorrerá de modo dinâmico, necessitando de ações de longo, médio e curto prazo.

No *longo prazo*, a questão passará por extensos debates políticos, eis que, de um lado, é notória a incapacidade do Estado brasileiro em atender de modo satisfatório a missão imposta pela CF. De outro lado, o custo de eventuais minorações de seus deveres imediatamente implicará na percepção da diminuição de direitos. Há quem defenda, inclusive, que diminuições como essas já não podem mais ocorrer em razão do princípio jurídico do "não retrocesso". Portanto, discussões quanto aos aperfeiçoamentos das diretrizes constitucionais não ocorrerão de modo objetivo, muito menos consensual. Impraticável, pois, o estabelecimento de metais temporais, além do que, os resultados dos arranjos futuros são absolutamente imprevisíveis.

No *médio prazo*, os órgãos controladores necessitam promover releituras da atual legislação de forma privilegiar o desempenho dos gestores públicos em contraponto ao rigor formalístico na condução dos processos. Tal providência não anula o desejável e contínuo combate às transgressões que causam prejuízos de toda ordem. Contudo, o jogo de "gato e rato" entre controladores e controlados, definitivamente, não tem servido à sociedade e urge por uma solução.

No *curto prazo*, o governo brasileiro não pode aguardar que a iniciativa de uma administração mais profissional ocorra de modo automático a partir dos operadores da máquina pública (mais ainda com relação aos entes subnacionais). Tal arrojo deve vir do próprio governo federal. Não apenas desenvolvendo plataformas digitais desenhadas nas estações da capital da República, mas, principalmente, fazendo-se presente nos rincões do Brasil. Assim, disseminando conhecimentos, apresentando metodologias e disponibilizando instrumentos capazes de se conectarem às particularidades e realidades regionais.

40 Confira-se: https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/desoneracoes-cnm-divulga-impacto-da-queda-de-receita-nas-financas-municipais

41 Importa repisarmos que um dos principais motivos das paralisações das obras públicas é justamente a incapacidade de entes subnacionais em arcar com as contrapartidas.

2.3 O SUPORTE DA GOVERNANÇA PÚBLICA

Com base em tudo que até aqui foi dito, uma pergunta precisa ser feita: se a Lei não produziu os efeitos desejados pela sociedade, o problema estaria na Lei, naqueles que deveriam segui-la ou naqueles que deveriam fazê-la valer? O mais provável é que resposta abarque as três possibilidades.

A Lei não pode ser tão aberta a ponto de permitir desvios sistemáticos como aqueles outrora observados, mas, ao mesmo tempo, não pode ser tão restritiva a ponto de inviabilizar projetos de reconhecido interesse público.

Quanto aos agentes públicos e/ou privados que militam às obras públicas, é fato que não precisam reunir expertise doutrinária em matéria de Direito. Contudo, devem sim possuir conhecimento adequado acerca do arcabouço legal que disciplina sua área de atuação.

Por sua vez, os fiscais da Lei não precisam adotar postura dissociada da realidade, no sentido de assumir que aqueles que lidam com dinheiros públicos nunca agirão por meio de interesses desvirtuados da boa execução das obras. Porém, precisam cotejar o rigor burocrático e legalista extremados com o melhor interesse da sociedade (que certamente está disposta a tolerar certos graus de erros de seus gestores em troca dos ganhos potenciais).

Assim, tanto as decisões dos gestores quanto as análises dos respectivos controladores deverão ter como norte, além da legalidade, demais postulados de mesmo nível de importância, a exemplo da eficiência, da razoabilidade, da proporcionalidade e da supremacia do interesse público. São esses os pilares que conduzirão a uma melhor relação custo-benefício para a sociedade, dentro de um grau de risco eleito como suportável.

Por sua vez, em face do monumental volume de recursos envolvidos e do número de contratos existentes, o tema das obras públicas dificilmente comportará iniciativas disruptivas. É devido a esse emaranhado que o avanço a partir de soluções específicas e incrementais se apresenta com maior possibilidade de impactos positivos no curto prazo. Simultaneamente, é capaz de disponibilizar exemplos de casos reais como base para implementação de iniciativas nos médios e longos prazos.

Ocorre que até pouco tempo a legislação brasileira não dispunha de suporte legal que permitisse aos gestores públicos fundamentarem suas decisões discricionárias sem o risco de que tais escolhas fossem sancionadas pelos controladores. De fato, caso o controle divirja da solução tomada pelo gestor, o arsenal acusatório é vasto: malversação dos recursos do erário, desperdício de dinheiro público, insuficiência de fundamentação, irregularidades várias e/ou quaisquer outros argumentos são suficientes para balizar a reprimenda. Tais acusações recam tanto no gestor público quanto nas empresas contratadas.

Todavia, o suporte legal às decisões discricionárias foi construído ao longo dos últimos anos e oriundo de um conflito análogo enfrentado pela iniciativa privada: *o problema da agência*.

De modo sucinto, a Teoria da Agência analisa as relações entre os participantes de um sistema onde o principal (proprietário) e o agente (gestor) são pessoas distintas, invariavelmente resultando em conflitos de interesse entre os indivíduos desse sistema.

O fato de serem indivíduos distintos acarreta uma assimetria de informação entre o principal e o agente, havendo o risco de manipulação das informações pelo agente em desfavor do principal, eis que o interesse de ambos não necessariamente é o mesmo (quase sempre não é).

Desse modo, para proteger o interesse do principal e diminuir a assimetria de informações, à solução encontrada pela iniciativa privada deu-se o nome de *governança*, que nada mais é que um processo sistêmico pelo qual uma organização toma suas decisões.

Na esfera pública está-se diante de um duplo problema de agência. Ora se tem a sociedade como o principal e os gestores como os agentes. Ora se tem o controle como o principal e novamente os gestores como os agentes. Ao final, conflitam os interesse de sociedade, controladores e gestores, invariavelmente resultando em grandes problemas como o das dezenas de milhares de obras públicas inacabadas.

Na esteira das boas práticas da iniciativa privada que poderiam ser adaptadas pela esfera pública, o TCU foi pioneiro em difundir os conceitos e premissas da governança, lançando em 2013 o *Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública*[42], além de diversos outros manuais que se seguiram. Atualmente, TCU e CGU[43] atuam fortemente a favor da implementação da governança pública em nosso país.

Na sequência desse esforço foi publicada a importante Instrução Normativa Conjunta Nº 01/16 – MP/CGU, estabelecendo que os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal deveriam adotar medidas para a sistematização de práticas relacionadas a gestão de riscos, aos controles internos e a governança. Ato contínuo, a Lei Nº 13.303/16 (Lei da Estatais) determinou taxativamente que o estatuto da administração pública descentralizada (empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias) deve observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno.

---

42 Brasil. Tribunal de Contas da União. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública / Tribunal de Contas da União. Versão 2 - Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

43 Confira-se apresentação da CGU intitulada "*Boas Práticas de Governança em Obras Públicas*", exibida em Audiência Pública da Comissão Externa as Obras Inacabadas no País (CEXOBRAS) em 30.10.19. https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/documentos/audiencias-publicas/SILVESTREHENRIQUEFERREIRACEREJO.pdf

Por derradeiro, o Decreto Nº 9.203/17 trouxe as disposições sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, determinando à alta administração dos órgãos e das entidades a implementação e manutenção de mecanismos, instâncias e práticas de governança.

Portanto, já existe o suporte legal para amenizar o embate oriundo da assimetria de informações entre controladores, controlados e sociedade, necessitando que os conceitos, premissas e sistemas sejam de fato implementados, mantidos e aperfeiçoados pelos órgãos e entes da administração pública.

Conforme definido anteriormente, a governança é um processo sistêmico pelo qual uma organização toma suas decisões, devendo estar perfeitamente documentado e acessível, atendendo plenamente ao dever de transparência. Assim sendo, estando a sistematização das tomadas de decisão de uma organização pública comprovadamente sob o conhecimento dos principais e dos agentes, não há razão para os gestores públicos temerem represálias dos controladores (ao menos não deveriam), eis que, ainda que subjetivas e discricionárias, remotas são as chances de sanções por decisões que estejam abrigadas pelo sistema de governança.

De grande importância o fato de a legislação brasileira ter orientado a governança com base no gerenciamento de riscos. Isso porque o controle majoritariamente legalista carrega viés equivocado no sentido que a sociedade não está disposta a correr qualquer risco. Essa premissa é desarrazoada, pois toda e qualquer decisão humana está sujeita a certo grau de incerteza. O nível de risco que alguém, que determinada organização ou até mesmo que a sociedade está disposta a aceitar é definido como "*apetite ao risco*", parâmetro nuclear da governança com base no gerenciamento de riscos.

Portanto, havendo o suporte legal dado pelo instituto da governança pública, quando a Lei não ofertar solução para o caso concreto a discricionariedade dos gestores deverá ser privilegiada, cabendo a eles implementarem seus sistemas de governança com base em gestão de riscos e balizados pelo nível de risco aceito pela população administrada. Evidentemente, suas decisões precisarão estar perfeitamente lastreadas nos critérios divulgados e acessíveis à sociedade em geral.

Por sua vez, caberá aos controladores respeitarem as escolhas discricionárias, dotadas de subjetividade, das quais derivam as decisões de gestão. Também merece prestígio a escolha exposição a um certo nível de risco considerado aceitável pela sociedade. O controle, então, não poderá versar sobre o alinhamento das decisões dos gestores às crenças particulares do controlador, mas na verificação se o processo decisório seguiu o estabelecido no sistema de governança.

Por fim, algumas decisões se mostrarão acertadas, outras não produzirão o resultado almejado. Algumas decisões, inclusive, conduzirão a certo prejuízo ao erário, mas, dentro do nível de risco aceito pela sociedade. Quando tal hipótese ocorrer, o gestor público não pode ser alvo de sanções. Ao contrário, será a principal fonte de consulta para o entendimento dos motivos que levaram ao resultado negativo, contribuindo sobremaneira para o aperfeiçoamento dos processos decisórios.

2.4 O SUPORTE DA ENGENHARIA LEGAL

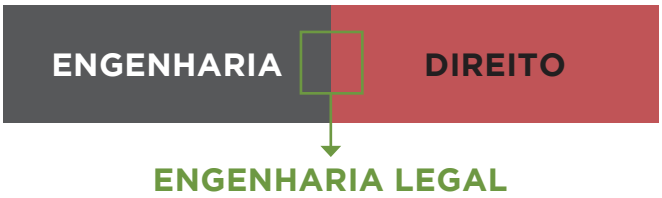
Como já sustentado anteriormente, naquilo que compete às obras públicas é notório que os esforços dos diversos atores envolvidos (gestores, legisladores e/ou controladores) ainda não produziram resultados satisfatórios ao interesse público, razão pela qual o tema merece abordagem para além das soluções usuais.

A hipótese aqui tratada aponta para uma questão que não está adstrita à esfera jurídica, nem tampouco restringe-se à seara técnica. Em realidade, a interface existente entre essas duas disciplinas é uma questão que ainda não foi suficientemente enfrentada, providência que o presente trabalho se propõe a apoiar a partir dos preceitos da *engenharia legal*.

Isso porque o desamparo dos gestores e demais agentes públicos e/ou privados não repousa tão somente nas questões jurídicas, sendo também constatados problemas nas questões de cunho técnico. É exatamente esse o campo de esforço da engenharia legal, disciplina que foi didaticamente descrita por Herbert A. Carvalho e Honayran S. Santos no artigo "*A importância da engenharia legal no processo civil: a interface Direito-Engenharia*"[44]:

> **A ausência de informações técnicas e cientificas na área da construção civil por parte do Poder Judiciário**, acaba dificultando as tomadas de decisões, uma vez que por não conhecer da área, fatos e dados sem provas comprobatórias, podem ser levados aos autos, resultando num provimento jurisdicional equivocado. **Daí surge a necessidade de haver uma interdisciplinaridade entre Direito e Engenharia** auxiliando-as reciprocamente na busca de soluções de processos judiciais.

É por essa razão que as soluções dos conflitos inerentes à infraestrutura brasileira não são alcançadas tão somente pelo trabalho característico dos operadores do direito, pois necessitam da contribuição dessa outra área do conhecimento humano. A bem da realidade, há muito tempo a legislação brasileira reconhece a disciplina da engenharia legal[45], sendo taxativamente prevista no Decreto Nº 23.569 de 11 de dezembro de 1933.



44 Revista Jurídica - http://revistas.unievangelica.edu.br/RevistaJurídica/ v.19, n.1, jan-jun. 2019. p.105.

45 Ramo de especialização da engenharia dos profissionais registrados nos CREA que atuam na interface direito-engenharia, **colaborando** com juízes, advogados e as partes, para esclarecer aspectos técnico-legais envolvidos em demandas. (NBR 13752 - Perícias de engenharia na construção civil, ABNT).

Em leitura à definição da disciplina dada pela ABNT é deveras importante destacar a palavra "*colaborando*", pois a engenharia legal pode ser compreendida como um canal de diálogo entre o mundo objetivo da engenharia e o mundo subjetivo do direito, bastante distintos e com suas próprias linguagens. Dessa maneira, quando aplicada possibilita que tais mundos coexistam de modo mais harmônico, mitigando e/ou até mesmo neutralizando os conflitos inerentes às obras de engenharia.

Nesse sentido, entende-se que o potencial de contribuição da engenharia legal para o cenário exposto é de grande valia, eis que tem o condão de aproximar duas disciplinas de comunicação muitas vezes custosa, além de possibilitar soluções mais lógicas e com maior aderência às normas; em especial, tem o condão de favorecer a eficiência administrativa associada ao próprio interesse público.

Para compreender como essa aproximação é possível, apresenta-se uma brevíssima reflexão conceitual às provas periciais a partir dos postulados do Código de Processo Civil (CPC) e do próprio Regimento Interno do Tribunal de Contas da União dado pela Resolução nº 246/11 (RITCU), documento que regulamenta a Lei Orgânica do TCU e norteia os ritos processualísticos para os procedimentos de prestação de contas.

2.4.1 Teoria do Conhecimento, o Método e o Conceito de Prova Pericial

Em seu artigo 162, e tão somente neste dispositivo, o RITCU discorre de forma sucinta acerca da dinâmica de produção das provas, restando tão somente a determinação para que: "As provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros.".

Complementarmente, o texto informa que "*§ 1º São inadmissíveis no processo provas obtidas por meios ilícitos*" e "*§ 2º O relator, em decisão fundamentada, negará a juntada de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias*", finalizando, assim, todo o arcabouço normativo acerca das provas.

De toda sorte, o RITCU foi taxativo em determinar que as provas juntadas pelas partes não poderão ser sumariamente desentranhadas, sendo obrigatório que eventual descarte seja devidamente fundamentado. É por essa razão que as provas periciais ganham relevo, pois são munidas de fé pública e presunção de veracidade reconhecidas pela própria corte de contas.

Contudo, o RITCU é omisso quanto à forma de apreciação e respectiva valoração da prova pericial, fato que implica o socorro aos postulados do CPC, nos exatos termos da Súmula Nº 103 do próprio TCU[46]. Mas, para ser válida, a pro-

46 SÚMULA Nº 103: Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil.

va pericial deverá ser produzida e apresentada conforme as premissas estampadas no CPC, sob pena de impossibilitar sua apreciação e consequente valoração. Nesse passo, o seguinte protocolo é indispensável:

> Art. 473. O laudo pericial deverá conter:
> I - a exposição do objeto da perícia;
> II - a **análise técnica ou científica** realizada pelo perito;
> III - a **indicação do MÉTODO** utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser **predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento** da qual se originou;
> ...
> § 1º No laudo, o perito deve apresentar sua **fundamentação** em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.

Com relação às diferenças entre análise técnica e científica, o aprofundamento do tema extrapolaria o objetivo central do presente estudo, sendo suficiente alinharmos o raciocínio com vários autores que defendem o conhecimento de caráter técnico e o conhecimento de caráter científico serem espécies do conhecimento especializado. Contudo, a questão do *método* é da mais alta relevância.

Retornando ao RITCU, apesar de concisa a redação contida no Art. 162, § 2º, é perfeita para destrinchar o conceito de prova pericial, razão pela qual cumpre reproduzir o excerto novamente:

> O relator, em decisão fundamentada, negará a juntada de provas ilícitas, impertinentes, DESNECESSÁRIAS ou protelatórias.

De fato, sendo desnecessária, não há motivo sequer para se produzir uma prova pericial, quiçá juntá-la aos autos. Desta sorte, a questão que se coloca é: quando a prova pericial será necessária? A resposta imediata é dada pelo próprio CPC, art. 156, ao determinar que o *juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico*, o que conduz à inferência acaciana que o julgador carece da expertise necessária para extrair, ele mesmo, a prova do fato.

Bom exemplo pode ser emprestado a partir dos processos de verificação de paternidade onde a prova do fato necessita de exame do DNA. Nesse caso, o julgador não detém o conhecimento necessário à produção da prova, nem tampouco está habilitado à leitura de um exame científico[47], necessitando, pois, da assistência profissional dos peritos da disciplina em questão.

47 De modo resumido, a prova científica é aquela que produzirá um novo elemento de prova para o processo, enquanto a prova técnica se destina a "traduzir" uma prova que já consta no processo.

Enfim, o que permite aos experts das diversas áreas preencherem as lacunas que os julgadores não dão conta pode ser resumido no domínio do método, essa a razão da exigência categórica trazida pelo Art. 473, Inc. III, CPC.

Evidente, o método que se está a tratar é o método científico (método do conhecimento[48]), que de forma bastante resumida pode ser definido como um conjunto de regras com o objetivo de produzir novos conhecimentos, ou, corrigir/aperfeiçoar os conhecimentos já disponíveis.

Entre os diversos autores de destaque, Henri Poincaré demonstrou a indispensável função da linguagem para a tradução dos fenômenos cientificamente analisados, sustentando que, se a ciência serve como regra de ação, indispensável que suas regras e princípios adotem uma linguagem uniforme, o método[49].

De fato, apenas o método é capaz de evitar subjetividades e arbitrariedades, direcionando os esforços à produção de conhecimentos válidos, ou seja, científicos, o cerne da prova pericial. Assim, seja na esfera judicial ou administrativa, seja na iniciativa pública ou privada, o conceito de prova pericial pode ser sintetizado na *aplicação do conhecimento cientificamente comprovado em um caso concreto*.

Assim sendo, ao aplicar uma metodologia o agente estará livre de opiniões pessoais, eis que seu mister será demonstrar e empregar, no caso concreto, o conhecimento humano acumulado naquela área específica. Desse modo, suas conclusões não podem ser sumariamente desconsideradas, total ou parcialmente, salvo equívoco na escolha da metodologia ou por falhas na aplicação do método.

Enfim, o campo mais conhecido da engenharia legal é sem dúvidas o desenvolvimento de provas periciais junto ao Poder Judiciário. No entanto, a utilidade da disciplina vai muito além. Ao fazer uso de metodologias científicas, a engenharia legal afasta os riscos inerentes às convicções dos particulares e ilumina as diversas demandas a partir do conhecimento acumulado pela humanidade. Assim, evita subjetivismos e arbitrariedades, ao tempo em que qualifica as análises e permite aos interessados apreciarem informações com alto grau de objetividade.

Tais atributos conferem à engenharia legal grande utilidade à governança pública, vez que os gestores podem encontrar parâmetros adequados às tomadas de decisão e se sujeitar aos riscos a elas inerentes. Existindo balizamento comum às análises, os conflitos atinentes à dinâmica entre controladores e controlados são minimizados, estabilizando os processos e contribuindo significativamente para o aumento da segurança jurídica.

A seguir, o presente estudo apresenta sugestão de algumas metodologias que visam dar suporte às principais decisões acerca das obras públicas de engenharia.

---

48 CIÊNCIA. ETIM lat. scient a,ae 'conhecimento, saber, ciência, arte, habilidade'.

49 *"A ciência prevê, e é porque prevê que pode ser útil, e servir de regra de ação ..."*. POINCARÉ, Henri. O valor da ciência. Rio de Janeiro: Contraponto, 1995. p. 140. Confira-se também a obra "Ciência e método".

03

A SÚMULA Nº 247 DO TCU E O DILEMA DO PARCELAMENTO DO OBJETO NAS CONTRATAÇÕES DE OBRAS PÚBLICAS DE ENGENHARIA

3.1 ENUNCIADO, OBJETIVO E DILEMA

O projeto de súmula que versou *acerca da obrigatoriedade da adjudicação por item e não por preço global, nas licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, com objeto divisível* foi apreciado na Sala de Sessões do TCU em 10 de novembro de 2004. O texto aprovado foi o seguinte:

> **SÚMULA Nº 247**
> **É obrigatória** a admissão da **adjudicação por item** e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, **desde que** não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, **tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes** que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Os principais fundamentos apontados pelo TCU ao conteúdo da Súmula Nº 247 foram ancorados em nossa Constituição Federal (Art. 37. Inc. XXI) e na Lei de Licitações e Contratos Nº 8.666/93 (Art. 3º. § 1º, Inc. I e Art. 23, §§ 1º e 2º). O conjunto de precedentes está detalhado no Acórdão Nº 1607/04-P.

O objetivo esculpido no diploma em destaque é cristalino e categórico, não existindo interpretação dúbia, qual seja: "*propiciar a ampla participação de licitantes*". O fundamento central é a busca da competitividade dos certamente licitatórios, atributo por demais reforçado na Lei Nº 8.666/93. O próprio TCU materializou esse objetivo de modo explícito ao analisar o mérito que conduziu à aprovação da súmula, "*... é inegável a importância da orientação nela plasmada, tendente à ampliação da competitividade do certame e à obtenção de menores preços*".

De fato, na prática dos processos licitatórios a inclinação pela busca dos "*menores preços*" é perseguida ferozmente pelos gestores assim também como pelos controladores. Contudo, em que pese o princípio da "*seleção da proposta mais vantajosa*", o "menor preço" não necessariamente será o "melhor preço"[50].

50 *"O menor preço é, sem dúvidas, critério de seleção da proposta da melhor proposta, porém não reina absoluto, sendo integrante de uma equação de custo/benefício que atenda às expectativas da Administração Pública. Deve-se, assim, analisar qual a proposta mais vantajosa – que ofereça o melhor preço – mantendo-se a objetividade da licitação. Isto é possível se conhecidos os fatores que podem influir na relação custo/benefício, tendo no preço seu fator primordial, porém não único a nortear a contratação."*

STOEVER, Carlos A. D.; ZAMBARDA, Maicon R. M. "O MENOR PREÇO vs. O MELHOR PREÇO NAS LICITAÇÕES". Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM. Julho de 2007 – Vol. 2, N.2, p 95.

Apesar do comando sumular obrigar a instrumentalização do parcelamento do objeto em busca do "*menor preço*", há um limite que não poderá ser ultrapassado e foi expresso pelas seguintes condições: "*... desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala ...*".

Portanto, revela-se considerável o desafio dos agentes públicos em decidir entre parcelar ou o não parcelar o objeto, pois as opções são necessariamente excludentes e qualquer das alternativas deverá ser adequadamente justificada com vistas à obtenção da melhor relação custo-benefício à administração.

É exatamente esse o dilema que persegue os gestores. Caso parcelem o objeto, correrão o risco de os controladores entenderem por ofensa à economicidade devido aos potenciais ganhos oriundos da economia de escala. De modo oposto, caso não parcelem, poderão incorrer numa eventual restrição à competitividade. Esse risco é bem exemplificado a partir de dois acórdãos extraídos do compêndio de autoria do ex-presidente da própria Corte de Contas, Ministro Valmir Campelo[51]:

> VISTOS, relatados e discutidos estes autos de levantamento de auditoria, realizada na Concorrência nº 004/2002/DT/DESO, relativa às obras da adutora do Alto Sertão e Sertaneja.
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:
> 9.1. determinar à Companhia de Saneamento de Sergipe que:
> ...
> 9.1.3. **parcele**, na nova licitação relativa às obras da adutora do Alto Sertão e Sertaneja, o **item "Fornecimento de tubulações, conexões, válvulas, acessórios e equipamentos",** nos termos do § 1 do art. 23 da Lei nº 8.666/93; (AC Nº 159/03-P. Min. Rel. Benjamin Zymler)

Adiante, trecho do Voto-Condutor do Acórdão Nº 2.544/2011-P:

> "45. Como asseverei no Voto condutor do Acórdão n. 1.808/2011 – Plenário, a prática em obras de sistemas de abastecimento de água em capitais e centros urbanos de porte médio é a opção pelo não-parcelamento."(AC Nº 2.544/11-P. Min. Rel. Marcos Bemquerer)

Em ambos os casos o TCU analisou objetos que tratavam de sistemas de abastecimento de água e a oportunidade de que os materiais atinentes às obras fossem licitados de modo apartado dos serviços correlatos. Ao fim, as decisões emanadas foram diametralmente opostas, restando a evidência categórica que justifica o receio dos gestores públicos traduzido no já citado fenômeno do "*Apagão das Canetas*".

51 CAMPELO, Valmir. Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU / Valmir Campelo; Rafael Jardim Cavalcante; prefácio e Marçal Justen Filho. 4. ed. rev. e atualizada – Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pgs. 601 e 603.

3.2 BREVE CONCEITUAÇÃO. OBJETO, OBRA, SERVIÇO E COMPRA

Ao tratar do processo das contratações públicas, Renato Geraldo Mendes aponta que o objetivo nuclear é o atendimento a uma necessidade/problema da administração[52]. Para serem resolvidos de forma eficiente, tais necessidades e problemas precisam ser adequadamente identificados. Assim, as soluções escolhidas serão traduzidas na forma de um objeto a ser adquirido (caso das compras) ou executado pela própria administração, ainda que indiretamente (caso das obras e serviços):

> "Para todo problema deve haver, pelo menos, **uma solução**, pouco importando se ela já foi concebida e está **disponível no mercado ou** deve ser **produzida sob encomenda** para atender à necessidade. (Renato G. Mendes)

Dessa forma, em seu artigo 2º a Lei Nº 8.666/93 discriminou os tipos de objetos que atenderão às necessidades da administração e que poderão serem contratados junto a terceiros que detenham condições de entrega. São eles: *obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações*. Mais adiante, a Lei de Licitações e Contratos utilizou de seções diferentes para tratar as '*Obras e Serviços*' das '*Compras*'[53]. Também são relevantes as definições encartadas no artigo 6º da Lei, o qual não indicou possibilidade de parcelamento de obras e/ou serviços, porém, foi categórico no caso das compras[54].

De fato, o cerne que distingue esses tipos de objetos é que, no caso das '*obras e serviços*' a administração necessariamente precisará executá-los (ainda que indiretamente) e, no caso das '*compras*', os bens de que necessita serão simplesmente adquiridos no mercado.

Portanto, '*obras e serviços*' são objetos personalíssimos, singulares, únicos; não estão à regular disposição do mercado consumidor. Existindo necessidade por uma obra ou serviço, a administração deverá produzi-los. Por sua vez, há objetos que podem ser adquiridos por meio de uma '*compra*', eis que estão perfeitamente disponíveis no mercado, assim, não existindo esforço à sua produção por parte da administração. Eis a razão pela qual a Lei contém previsão expressa quanto a possibilidade de aquisição de forma parcelada das '*compras*'.

---

52 MENDES, Renato Geraldo. O Processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos / Renato Geraldo Mendes. Curitiba: Zênite, 2012. Pgs. 45-48.

53 Capítulo I – Das Disposições Gerais, Seção III – Das Obras e Serviços
Capítulo I – Das Disposições Gerais, Seção V – Das Compras.

54 Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por ...;
II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, ...;
III - Compra - toda **aquisição** remunerada **de bens** para fornecimento **de uma só vez ou parceladamente**;

Por exemplo, se a necessidade da administração apontar para a aquisição de 200 computadores, a princípio, não há óbice que tais equipamentos sejam entregues em lotes de 10, 20, 50 unidades. Mesmo que o objeto contratado seja recebido de modo fracionado, cada unidade adquirida é capaz de prontamente ser usufruída pela administração. De outro giro, caso uma obra fosse parcialmente executada, é bastante razoável imaginar a existência de dissabores e até prejuízos, bem como, ao menos em parte, a necessidade da administração restaria frustrada.

Ainda assim, lastreada pelo Art. 23, § 1º da Lei Nº 8.666/93[55], a Súmula Nº 247 do TCU determinou ser "... *obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível* ...."

Porém, em se tratando de obras de engenharia, a questão repousa numa interface técnico-jurídica atravancada e que ainda não foi suficientemente enfrentada. Nesse sentido, relevante o contraponto da orientação determinada pelo Decreto-Lei Nº 2.300/86, norma que precedeu a atual Lei de Licitações e Contratos:

> Art 7º A execução das obras e dos serviços devem programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.
> § 1º **É PROIBIDO o parcelamento da execução de obra ou de serviço**, se existente previsão orçamentária para sua execução total, **salvo insuficiência de recursos ou** comprovado **motivo de ordem técnica**. (original sem grifos)

Com a evolução da legislação, aquilo que era exceção na vigência do Decreto-Lei Nº 2.300/86 virou regra com o advento da Lei Nº 8.666/93. Antes o parcelamento de uma obra era proibido, agora, é obrigatório.

Tal qual a legislação anterior, a regra atual carrega dois pormenores que necessitam da máxima atenção dos gestores, bem como uma melhor compreensão por parte dos controladores. O primeiro ponto é o fato dessa decisão não ser discricionária[56]. O segundo, é a existência de condicionantes para se parcelar ou não o objeto. Tais condicionantes serão a seguir tratadas.

55 Art. 23. § 1º As **obras**, serviços e compras efetuadas pela Administração **serão divididas em tantas parcelas** quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

56 ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, ...

9.3. determinar à Secretaria de Defesa Civil do Piauí (Sedec/PI) , com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, **caso pretenda promover nova licitação com recursos federais**, faça sanar as irregularidades apontadas no subitem anterior, **devendo**, adicionalmente, **justificar** técnica e economicamente **a viabilidade, ou não, do parcelamento do objeto**.

ACÓRDÃO Nº 2750/2018-P. Min. Relator: Benjamin Zymler.

3.2.1 CRITÉRIOS PARA PARCELAMENTO DE OBRAS DE ENGENHARIA

Estabelecidos os diferentes conceitos para *'objeto', 'obra', 'serviço' e 'compra'*, o interesse aqui perseguido se volta exclusivamente para os critérios de parcelamento das obras públicas de engenharia. Nesse norte, para a segmentação desse tipo de objeto a Lei impôs dois requisitos cumulativos e de não tão simples atendimento. A eventual partição deverá comprovar ser viável técnica e economicamente.

Com relação à exigência de ordem econômica, em leitura à legislação anterior tinha-se bastante perceptível que a preocupação do legislador era não dispor de modo pleno dos recursos necessários à execução do objeto, razão pela qual autorizava o parcelamento em caso de insuficiência dos recursos à execução total da obra. Por seu turno, o regulamento atual aperfeiçoou tal hipótese ao apontar que *"... as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso..."*[57].

Já com relação à exigência de ordem técnica, a norma permaneceu hígida, pois sendo inadequado tecnicamente, não há que se falar em parcelamento do objeto. É forçoso, pois, concluir que o requisito primevo permanece sendo o de ordem técnica, eis que deveras inócuo o parcelamento ser viável economicamente e não o ser tecnicamente. As possibilidades são as seguintes:

i. **O parcelamento é viável tecnicamente e viável economicamente, de modo, o objeto deverá ser parcelado;**
ii. **O parcelamento é viável tecnicamente e inviável economicamente, de modo, o objeto não será parcelado;**
iii. **O parcelamento é inviável tecnicamente, de modo desnecessária a análise econômica e o objeto não deverá ser parcelado;**

Apesar da obviedade dos cenários possíveis os regulamentos não oferecem métodos e/ou critérios de como alcançar tais inferências. Por isso, na prática existem decisões conflitantes acerca da mesma temática, ora concluindo que o objeto deveria ser parcelado, ora concluindo pelo contrário, tal qual os *cases* das obras de saneamento já citadas anteriormente.

Conclusões conflituosas como essas não são lançadas somente pelos controladores, mas também por todos os que atuam na seara de obras públicas. Uma hipótese bastante crível é que tais inferências derivam de análises promovidas sob os aspectos técnicos e econômicos de forma conjunta, eis que a leitura ao já citado texto do artigo 23, § 1º da Lei Nº 8.666/93 é bastante indutiva nesse sentido.

57 Lei Nº 8.666/93, Art. 7º, Inc. III.

Um exemplo prático onde os gestores concluíram pelo não benefício econômico do parcelamento, porém, o aspecto técnico foi apontado como preponderante pelo controle externo, pode ser verificado no Acórdão Nº 2.282/2011-P do TCU. Na ocasião os controladores analisaram objeto que possuía obras de naturezas distintas (barragem e ferrovia) e o procedimento licitatório terminou sendo anulado.

Nesse caso, deliberaram pela insuficiência da fundamentação prestada pelos gestores públicos quanto à inviabilidade econômica de se parcelar o objeto. Mesmo assim, entenderam que o objeto deveria ter sido parcelado tão somente por ser composto por obras de naturezas distintas. Contudo, evidenciou-se raciocínio apressado que não contou com os elementos mínimos de convicção se tal procedimento era ou não vantajoso sob o aspecto econômico.

Com base no exemplo, vê-se que ao adotar premissa equivocada (análise conjunta dos aspectos técnicos e econômicos) o analista estará exposto ao risco de inverter a lógica de seu exame, priorizando o requisito econômico em detrimento do requisito técnico. Como se demonstrará adiante, forçar um parcelamento (ou um não parcelamento) poderá resultar em inúmeros problemas à administração pública.

Em face ao potencial risco de erro, o enfoque mais acertado é oferecido pela engenharia legal, separando a análise técnica da análise econômica[58]. Conforme já sustentado, o parcelamento do objeto deverá ser analisado sob uma ordem lógica das duas condicionantes; primeiramente a técnica, inclusive podendo ser assumida como pré-requisito; em seguida a econômica. Ao final, estando atendido de forma cumulativa, o parcelamento deverá ser operado. Do contrário, não.

3.2.1.1 Da Viabilidade Técnica do Parcelamento do Objeto

Para melhor compreensão do que é a viabilidade técnica do parcelamento de um objeto, oportuno reprisar o comando inicial da Súmula Nº 247 do TCU que determina ser *"... obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível ..."*

Conforme definido anteriormente, uma "obra" é um tipo de "objeto", e, por sua vez, o objeto é uma solução capaz de satisfazer uma necessidade da administração. Assim, toda obra pública será parte de um objeto, podendo, inclusive, tal obra confundir-se com o objeto em si. Contudo, o contrário não

58 MENDES, André. Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas / André Mendes. São Paulo. Pini, 2013. Pg. 137.

BONATTO, Hamilton. Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação/Hamilton Bonatto. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pg. 176.

é verdadeiro, pois é perfeitamente possível que o objeto seja constituído por um conjunto de obras.

Portanto, a análise repousa na divisibilidade ou não do objeto, não da obra. Essa é a primeira análise a ser desenvolvida, pois, sendo o objeto uma solução para determinada necessidade da administração, sua divisão somente será possível quando propiciar solução efetiva para essa necessidade (ainda que parcialmente), do contrário, o objeto será indivisível.

O atributo da divisibilidade, portanto, não é uma característica física do objeto, mas, funcional. O caso das obras de engenharia exemplifica e elucida de modo muito didático o tópico em destaque. Via de regra, a realização de uma obra geralmente é complexa, exige esforço multidisciplinar e ocorre ao longo de diversas etapas. Tais características impõem a necessidade de serem executadas em partes.

Entretanto, o proveito funcional à sociedade das partes de uma obra de engenharia deverá ser ponto de análise cuidadosa dos gestores públicos. A título de exemplo, a conclusão da etapa das fundações de uma escola nem de longe possibilita que os estudantes dela façam uso. Diferente é a conclusão de 10km de pavimentação asfáltica entre municípios distantes 50km um do outro. Essa sim é etapa que oferece plenas condições de utilização pelos usuários, assim, revelando plenas características de divisibilidade.

No Acórdão Nº 1540/2014-P o TCU enfrentou o tema de modo bastante esclarecedor. Atendendo à consulta do Congresso Nacional quanto a uma eventual caracterização de *"fracionamento de despesa, na hipótese das obras referentes aos parques infantis serem distintas, situadas, inclusive, em zona geográfica diversa"* a Corte de Contas assim manifestou:

> "Na situação hipotética I apresentada na consulta, de emenda parlamentar destinada à construção de cinco parques infantis em que, por ausência de recursos orçamentários, é celebrado convênio no início do exercício para construção dos dois primeiros parques, complementado por um segundo convênio no final do exercício para construção dos três parques restantes, entendo que **os cinco parques infantis são cinco obras independentes, capazes de, individualmente, CUMPRIR FINALIDADE SOCIAL, sendo irrelevante sua localização geográfica** para a análise da situação.
>
> ...
>
> 9.2.6. **é vedado o desmembramento** do plano de trabalho **de uma obra pública** em dois convênios distintos, ..., **sempre que** a execução integral desses dois ajustes for indispensável ao alcance das metas pactuadas e o objeto do primeiro convênio **não constituir, por si só, algo utilizável pela sociedade**."

Para além da situação enfrentada pelo TCU em que o objeto se revelava um conjunto de obras assemelhadas a serem edificadas em pontos geográficos distintos, também existem situações nas quais obras distintas serão parte de um mesmo objeto e executadas no mesmo local (endereço).

É o caso de escolas públicas com áreas de vivência concebidas juntamente com ginásios e/ou quadras poliesportivas. Também há hipóteses como complexos hospitalares compostos de módulos independentes e até mesmo de um conjunto de edifícios administrativos projetados para operarem de modo autônomo.

Nessas situações tem-se um objeto composto por diversas obras de engenharia, o que notadamente confere (ao objeto) o atributo da divisibilidade. Contudo, o limite dessa divisão é condicionado pela possibilidade de proveito imediato à sociedade, premissa a partir da qual a partição do objeto não mais será possível.

3.2.1.1.1 Considerações acerca da impossibilidade do parcelamento de objetos em função da natureza das obras de engenharia

Em seu artigo 23, § 5º, a Lei Nº 8.666/93 proibiu o artifício conhecido como '*fracionamento de despesa*'[59], conceito distinto ao do parcelamento do objeto, mas que, na prática, não raras vezes são confundidos. Entretanto, a ressalva apregoada no § 5º, "*exceto para as parcelas de natureza específica*" é tema de especial atenção, principalmente devido à jurisprudência do Tribunal de Contas da União que foi materializada na Súmula Nº 253:

> **Comprovada a inviabilidade** técnico-econômica de **parcelamento do objeto** da licitação, nos termos da legislação em vigor, os **itens** de fornecimento de materiais e equipamentos de **natureza específica** que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra **devem apresentar incidência de** taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - **BDI reduzida** em relação à taxa aplicável aos demais itens.

59 "O fracionamento da despesa implica a divisão do objeto de forma que, ao licitá-lo, a Administração utilize uma modalidade de licitação que exija valores do orçamento menores que o valor do objeto na sua totalidade." (BONATTO, 2018, p. 171)

Art. 23. § 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, **exceto para as parcelas de natureza específica** que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Ou seja, não há dúvida de que os itens ou as parcelas de natureza específica fazem parte de um todo maior; o objeto. E repousa sempre no objeto a análise de eventual parcelamento. Conforme já dito, para que a partição do objeto seja tecnicamente viável, cada uma das parcelas deverá oferecer utilidade à sociedade, independentemente se a parcela é representada por apenas um item, equipamento ou um conjunto de serviços.

Portanto, não importa se a parcela em questão aponta para itens ou serviços de natureza específica. A eventualidade do parcelamento não guarda relação com o nível de especialização de quem executará determinada parcela do objeto. Todavia, até mesmo os controladores produzem julgados truncados. Como exemplo, temos a decisão estampada no Acórdão Nº 1544/06-1C do TCU:

> 4 Determinar à Unidade da INFRAERO em Manaus que:
>
> ...
>
> 4.3 **proceda ao parcelamento do objeto, sempre que a natureza da obra**, serviço ou compra **for divisível**, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes, devendo as exigências quanto à habilitação dos mesmos ser proporcionais ao parcelamento.

O caso ilustrado demonstra o equívoco dos controladores ao utilizarem a premissa de que a natureza de uma obra seria condição determinante para o parcelamento do objeto, em flagrante contraste com decisão anterior quando analisaram processo outro da mesma INFRAERO[60].

> A grande **interdependência entre os diversos sistemas existentes** na estrutura de um aeroporto transforma as obras num **conjunto indissociável**, em que obras e serviços em diversas frentes devem ser executadas de forma absolutamente sincronizada, sob pena de comprometer-se o resultado esperado, tanto em termos de cumprimento do cronograma das obras - prazo para conclusão - quanto em relação à qualidade dos serviços e à perfeita delimitação da responsabilidade técnica.

Assim, conforme demonstrado nas linhas anteriores, o atributo da divisibilidade não é uma característica física do objeto (não se trata de sua natureza). Não existindo proveito à sociedade, não há que se falar em parcelamento. O fato de determinado objeto ser constituído por uma ou mais obras de naturezas distintas (ex: escola + ginásio esportivo + pista de atletismo) não lhe confere o atributo da divisibilidade de modo auto-

60 Acórdão Nº 1.692/04-Plenário. Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues

mático, quiçá do parcelamento, eis que, dado o caso concreto, ainda necessitará da análise da sua viabilidade econômica.

3.2.1.2 Da Viabilidade Econômica do Parcelamento do Objeto

Diferentemente da objetividade da análise técnica, a análise de viabilidade econômica é caracterizada por certo grau de incerteza. Não será possível aos gestores públicos prever o futuro, mas é salutar que estejam aptos a precificarem os cenários mais prováveis. Seja qual for a decisão que se seguir, o importante é demonstrar os pressupostos que embasarem suas escolhas, bem como os motivos pelos quais as outras opções foram descartadas.

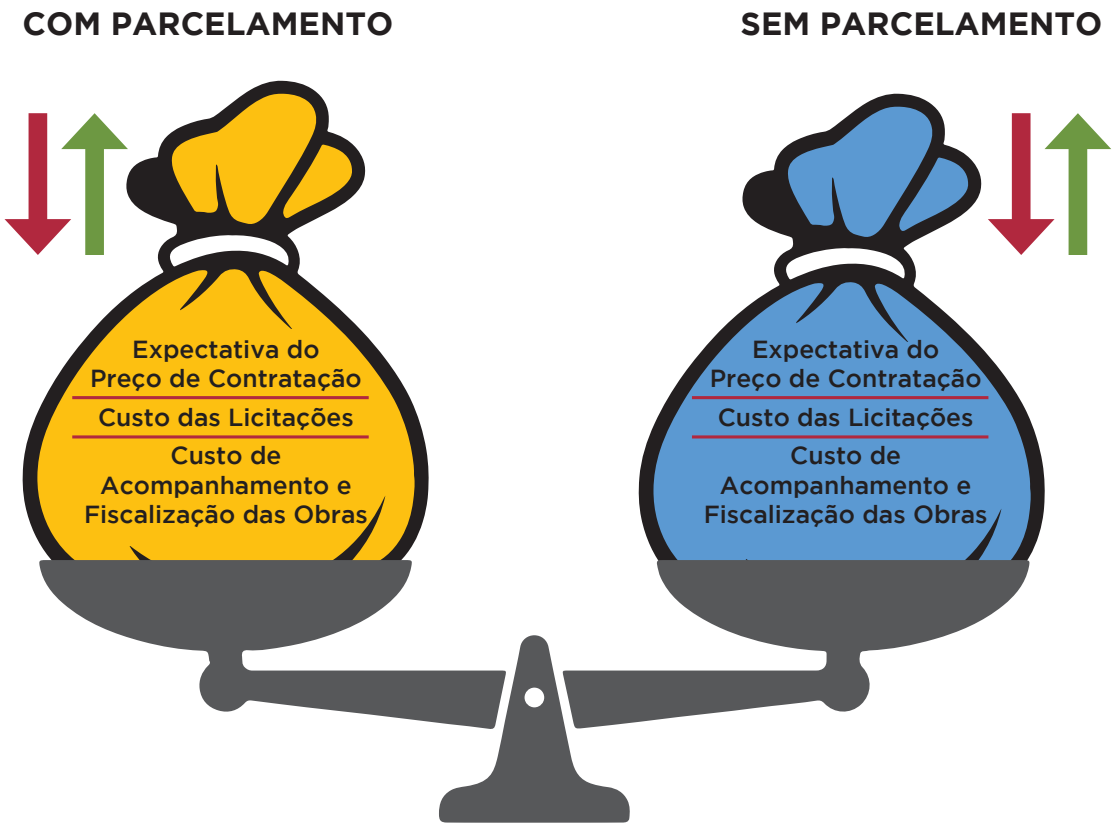
Conforme relatado anteriormente, o objetivo da Súmula Nº 247 é *"... propiciar a ampla participação de licitantes ..."* de modo permitir aos certames uma maior competitividade e, em tese, a obtenção de melhores preços à contratação. Contudo, a súmula traz duas condicionantes, *"..., desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala ...."*

Com relação à salvaguarda da *economia de escala*, trata-se de encontro de contas que poderá ser estimado a partir de simples contas aritméticas. Com relação ao eventual *prejuízo para o conjunto/complexo*, trata-se de análise subjetiva e com resultado de difícil mensuração. Em quaisquer dos casos, existirão riscos que deverão estar adequadamente demonstrados. A questão requer análise em tópicos separados.

3.2.1.2.1 Ampliação da Competitividade X Perda de Economia de Escala

Trata-se de estimativa matemática a partir do cotejamento entre o potencial preço que seria alcançado com um número maior de empresas habilitadas no certame (função do parcelamento do objeto) versus a expectativa de valor que seria obtido na licitação do objeto como um todo.

Em ambas as hipóteses os custos necessários ao desenvolvimento dos processos licitatórios, bem como aqueles inerentes ao acompanhamento e fiscalização das obras, deverão ser adicionados. Ao final, a resposta será obtida pela alternativa que resultar em menor dispêndio aos cofres da administração.



Em quaisquer das hipóteses, o cômputo dos potenciais preços que poderão serem alcançados nas licitações poderá se basear no histórico das licitações anteriores. É também possível fazer uso de dados a partir de certames de outros órgãos/entes da federação que tenham contratado objetos assemelhados em locais próximos ao de execução do objeto. Enfim, o modo de obtenção desses valores não está adstrito a um critério hígido, e nem é desejável que esteja. Ao contrário, o ideal é que cada ente/órgão da administração desenvolva e valide seu próprios indicadores.

Evidentemente, para que se obtenha a melhor precisão possível, as análises necessitam do suporte de ferramentas estatísticas e matemáticas a partir de metodologias consagradas, evitando o risco de desvios oriundos da utilização de dados não consistentes.

Vale anotar que o orçamento de referência do objeto como um todo não será igual à soma algébrica das parcelas que se revelarem tecnicamente viáveis. Caso o parcelamento se demonstre viável tecnicamente, cada parcela deverá contar com orçamento específico, respeitados os atributos inerentes às peças orçamentárias (especificidade, temporalidade, vinculação ao contrato, precisão)[61]. De igual importância, o custo de-

61 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas / Tribunal de Contas da União, Coordenação-Geral de Controle Externo da Área de Infraestrutura e da Região Sudeste. – Brasília : TCU, 2014. Pgs. 18/19.

verá considerar os pressupostos trazidos pelo TCU em seu Acórdão Nº 2.622/13-P, notadamente acerca dos canteiros de obras, mobilização/desmobilização, administração local, benefícios e despesas indiretas.

Enfim, caso reste comprovada a perda na economia de escala, desnecessário empreender análise de eventual prejuízo ao conjunto/complexo, devendo o gestor promover a licitação em lote único[62]. Ao contrário, em sendo vantajosa a ampliação da competitividade, há que se verificar os eventuais prejuízos ao conjunto do objeto.

3.2.1.2.2 Ampliação da Competitividade X Prejuízo ao Conjunto/Complexo

Recentemente esse tema foi abordado pelo Ministro Benjamin Zymler em seu voto condutor do Acórdão Nº 2.750/18-P:

> 45. Trata-se de uma **questão delicada** que deve ser melhor avaliada pelo gestor à luz do caso concreto, **não devendo o Tribunal se imiscuir na esfera discricionária do gestor**, a menos que haja o cometimento de alguma ilegalidade. **Se, por um lado, a realização de duas licitações poderia em tese ampliar a competitividade, por outro, há RISCOS que devem ser mensurados e considerados na tomada de decisão.**
>
> Problemas como a necessidade de se compatibilizar os cronogramas, a vulnerabilidade no armazenamento/estoque dos tubos e a dificuldade na definição dos responsáveis pelas falhas de execução devem ser considerados.

Com razão o ministro, eis que, uma vez desprovido de informações inerentes ao cenário específico, impraticável a terceiro qualquer (incluindo os próprios controladores) julgar qual seria a decisão mais acertada. Em outras palavras, o momento em que o gestor decide por quaisquer das opções (parcelar ou não parcelar o objeto) é o mesmo momento em que fará uma renúncia.

De forma reduzida e generalizada, ao decidir pelo não parcelamento do objeto o gestor público opta por uma menor exposição aos riscos, assim, aceitando o custo econômico de sua escolha. Lado outro, optando pelo parcelamento do objeto o nível de risco aumentará, mas pode ser recompensado em face de um menor custo econômico para execução da empreitada.

62 De forma não fulminar de plano o caráter competitivo das disputas, o artigo 33 da Lei Nº 8.666/93 previu a possibilidade de formação dos consórcios de empresas, instrumento que permite um número maior de licitantes em face da possibilidade do somatório de suas condições de habilitação

De toda sorte, ao longo da execução das obras os riscos poderão ou não se materializar. Assim, se a decisão tomada foi ou não a mais acertada é uma resposta impraticável de ser prestada. Portanto, dado o caso concreto, a questão central repousa em como tomar essa decisão.

Avançando nesse tema, em 22 de novembro e 2017 o governo federal editou o Decreto Nº 9.203 que "*dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*". Esse comando determinou aos órgãos e entidades da administração direta e indireta a necessidade de instituírem sistemas de gestão de riscos no âmbito de suas organizações. Acerca do tema, eis a definição encartada no manual intitulado "*Metodologia de Gestão de Riscos*" de autoria da Controladoria Geral da União (CGU)[63]:

> **Risco: possibilidade** de ocorrência de um evento que tenha impacto no atingimento dos objetivos da organização;

A partir desse conceito, a análise dos gestores quanto aos eventuais prejuízos do parcelamento do objeto terá dois parâmetros a serem considerados. A *probabilidade* de ocorrência dos diversos riscos (possibilidade) e o *grau de influência* caso esses riscos se materializem (impacto).

O cerne de tal providência consiste em identificar e mensurar os diversos eventos capazes de dificultar o bom andamento da execução do objeto. Assim, o nível de exposição (prejuízo potencial) será obtido pela relação entre a probabilidade de ocorrência do risco e a intensidade de seu impacto sobre o objeto como um todo.

Para cada caso concreto, o gestor público precisará analisar se o risco é possível de ser assimilado, seja pela neutralização da ameaça, seja pela mitigação de seus efeitos, seja pela irrelevância de seu impacto. Na eventualidade dos riscos serem considerados insuportáveis e/ou demasiado impactantes ao ponto de sua mitigação não ser suficientemente satisfatória, então o cenário de eventual prejuízo ao conjunto/complexo estará estabelecido e o objeto não deverá ser parcelado.

Entre as diversas ferramentas e instrumentos de auxílio aos gestores para análise dos aspectos sobre descritos, destaque para a "*Matriz de Riscos*", taxativamente prevista na Lei das Estatais[64] e assim definida pelo então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão[65]:

63 BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Metodologia de Gestão de Riscos. Brasília. CGU, 2018. Pg. 08.

64 Lei Nº 13.303/16. Confira-se o Art. 42, Inc. X.

65 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Matriz de Riscos – Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão. Assessoria Especial de Controle Interno. Brasília. 2017. Pgs. 04/05.

> "... a matriz de riscos é uma **ferramenta que permite aos gestores mensurar, avaliar e ordenar** os eventos de riscos que podem afetar o alcance dos objetivos do processo da unidade ...
> ...
> A matriz de riscos é uma ferramenta que classifica, **qualitativamente**, os pesos de impacto e probabilidade."

Um exemplo didático da construção de uma Matriz de Riscos pode ser extraído da já citada publicação da CGU "*Metodologia de Gestão de Riscos*", pg. 21:

Matriz de Riscos

IMPACTO	Muito Alto 10	10 RM	20 RM	50 RA	80 RE	100 RE
	Alto 8	8 RB	16 RM	40 RA	64 RA	80 RE
	Médio 5	5 RB	10 RM	25 RM	40 RA	50 RA
	Baixo 2	2 RB	4 RB	10 RM	16 RM	20 RM
	Muito Baixo 1	1 RB	2 RB	5 RB	8 RB	10 RM
		Muito Baixa 1	Baixa 2	Média 5	Alta 8	Muito Alta 10
		PROBABILIDADE				

Onde:

Classificação	Faixa
Risco Baixo - RB	0-9,99
Risco Médio - RM	10-39,99
Risco Alto - RA	40-79,99
Risco Extremo - RE	80-100

Fonte: Gestão de Riscos - Avaliação da Maturidade (TCU, 2018)

No caso da classificação apresentada pela CGU, os níveis Risco Baixo (RB) e Risco Médio (RM) foram categorizados como dentro do *apetite ao risco* (nível de risco que a unidade está disposta a aceitar). Já os níveis Risco Alto (RA) e Risco Extremo (RE) foram apontados como além do *apetite ao risco*.

Retornando à esfera das obras públicas de engenharia, um parcelamento do objeto estará sujeito a diversos eventos de risco, dentre os quais, alguns destaques:

i. Objetos caracterizados por obras aeroportuárias compostas de pistas de pouso/decolagem e terminal de passageiros, têm o risco de, ao serem parcelados, eventual atraso na entrega de uma parcela impedir a utilização pela sociedade da outra parcela já entregue, gerando altos custos de manutenção e conservação à administração.

O mesmo poderá ocorrer em objetos de características funcionais assemelhadas, tal qual um edifício escolar conjugado com um ginásio esportivo. O atraso na entrega da parcela destinada às salas de aula impede o uso do ginásio (ou ao menos o torna subutilizado).

ii. Objetos nos quais a administração poderia optar pela aquisição de equipamentos/insumos em separado das obras civis poderão gerar enormes transtornos. Existindo atrasos no cronograma de quaisquer das parcelas, sobrevirão custos em face da depreciação, guarda, perdas e/ou reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (nos casos de frentes de trabalho ociosas por culpa da administração ou para as quais o contratado não tenha concorrido).

iii. Imbróglios judiciais poderão trazer enormes tormentos à administração nos casos em que uma parcela do objeto avançou e a outra não. Nesses casos a administração não poderá fazer uso do objeto e mesmo assim será compelida à sua manutenção, conservação e guarda. Tais situações perduram anos até o desenlace na justiça.

iv. A depender do tipo de objeto, eventual parcelamento poderá permitir a disputa de empresas desprovidas da robustez necessária para satisfazer às necessidades da administração. Essa é uma eventualidade não rara nos rincões do país, muito em face da legislação que privilegia o preço em detrimento da garantia de entrega.

v. O acompanhamento e fiscalização dos múltiplos contratos de cada ente/órgão da administração tem seu próprio limite operacional. Se à época da licitação o gestor estiver diante de um número excessivo de contratos simultâneos derivados de compromissos já assumidos e/ou existentes, o parcelamento poderá agravar ainda mais esse cenário. Nesse caso, haverá o risco de um número maior de não conformidades durante a execução do objeto que poderão causar danos ao erário.

Enfim, dado o caso concreto, cada gestor poderá aplicar metodologias de gestão de riscos à sua escolha, de forma analisar e demonstrar nos autos do processo os pressupostos que o conduziram a decisão pelo parcelamento ou não do objeto.

3.3 CONCLUSÃO

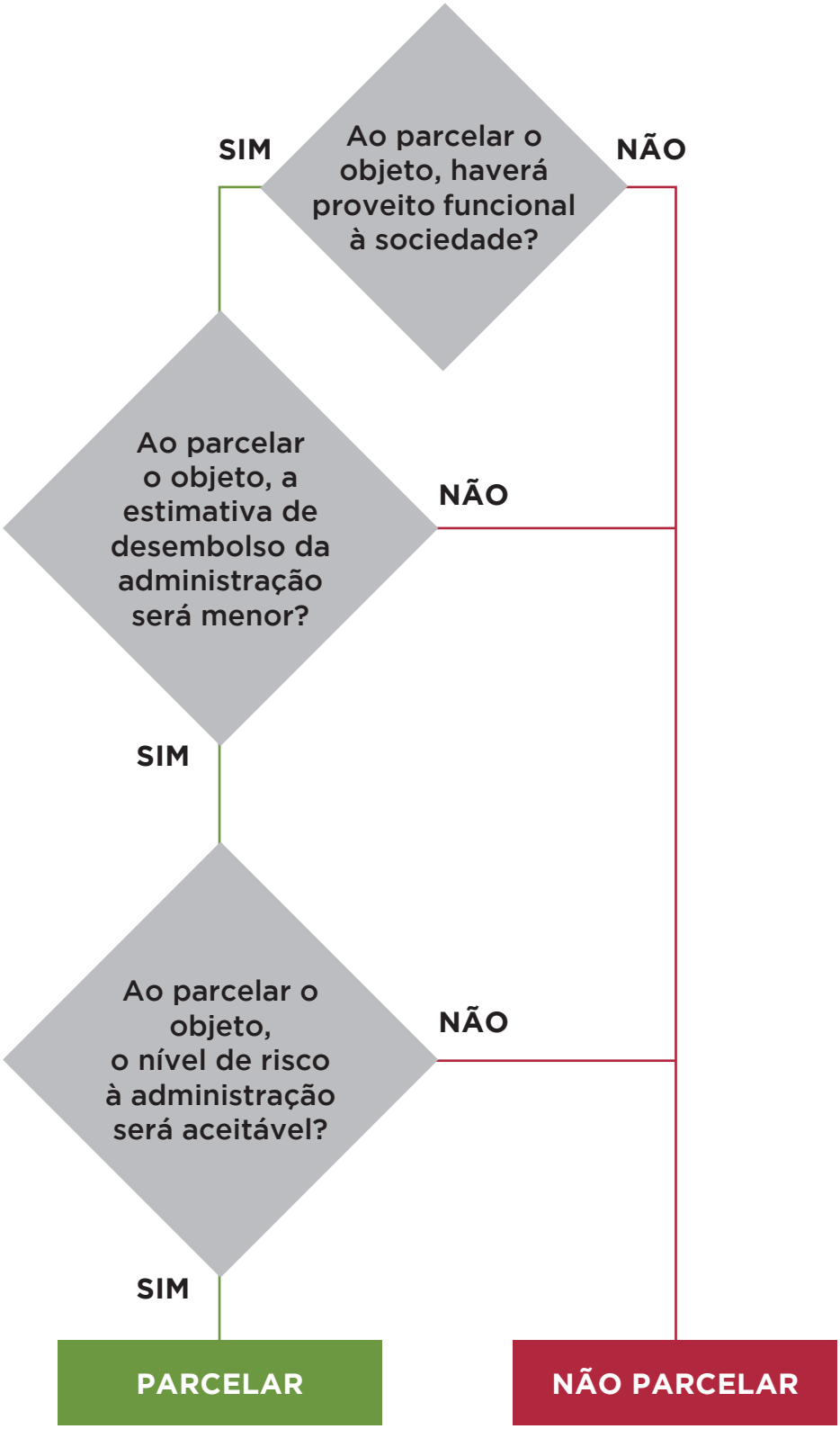
Existindo decisões conflitantes do TCU naquilo que compete à aplicação da Súmula Nº 247 em obras públicas de engenharia, a proposta metodológica aqui tratada partiu da investigação dos potenciais motivos pelos quais os entendimentos acerca do parcelamento ou não dos objetos alcançam conclusões distintas.

A hipótese mais provável apontou para o equívoco de se promoverem análises conjuntas acercas das viabilidades técnica e econômica. Por sua vez, a metodologia propôs uma análise separada dos requisitos, devendo a análise de viabilidade técnica preceder a análise de viabilidade econômica.

Ficou demonstrado de forma inequívoca que a análise da viabilidade técnica guarda parâmetro objetivo (possibilidade de uso de parcela do objeto pela sociedade), bem como o primeiro requisito à viabilidade econômica é perfeitamente atendido pela utilização de ferramentas matemáticas e/ou estatísticas (opção pelo menor custo estimado). Para análise do último requisito (prejuízos ao conjunto/complexo), a gestão de riscos oferece parâmetros bem mais adequados às tomadas de decisão. Se por um lado não existirá uma resposta categórica e a decisão será de fato discricionária, por outro os gestores estão obrigados a fundamentar sua opção de modo convincente.

Ao final, o objetivo da metodologia se mostrou comprovadamente viável, sendo plenamente possível satisfazer o comando sumular dado pelos controladores e ao mesmo tempo oferecer a segurança jurídica desejada pelos jurisdicionados.

FLUXOGRAMA DE DECISÃO



04

ALTERAÇÕES CONTRATUAIS EM OBRAS PÚBLICAS DE ENGENHARIA

4.1 UM MARCO HISTÓRICO ÀS OBRAS PÚBLICAS

No ano de 1992 o TCU "*detectou a realização de uma licitação sui generis ... para 'aquisição de um imóvel pronto ou para entrega futura'* "[66]. Tratava-se da licitação para construção do fórum trabalhista de São Paulo (TRT-SP), episódio protagonizado pelo juiz Nicolau dos Santos Neto e pelo ex-senador Luís Estevão, ambos presos. As polêmicas de corrupção se notabilizaram na sociedade.

Durante a fiscalização os auditores do TCU calcularam um custo à reprodução da edificação na ordem de R$ 62 milhões, ao mesmo tempo em que informaram a existência de um sobrepreço de R$ 170 milhões, ou seja, quase quatro vezes o orçamento de mercado para a construção.

À época da licitação, o Decreto-Lei Nº 2.300/86 já distinguia objetos do tipo '*obras*' daqueles do tipo '*compras*', bem como previa a possibilidade de '*compras para entrega futura*". Caso a necessidade da administração fosse pela aquisição de imóvel destinado ao serviço público, a licitação poderia ser dispensada[67].

Uma interpretação possível da norma que à época vigia, permitia o entendimento de que imóveis são bens a serem adquiridos, mesmo que futuramente. Desse modo, ter-se-ia o argumento que o novo edifício sede do TRT/SP não seria uma *obra* a ser executada indiretamente pelo poder público, mas sim uma *compra* realizada por meio de uma aquisição futura.

Em 1996 o TCU determinou que se procedessem ajustes no processo licitatório aos moldes da recente Lei Nº 8.666/93. Mas, em 1998 o Ministério Público verificou que a determinação do TCU não havia sido cumprida, fato que motivou o aprofundamento das investigações. A obra terminou sendo paralisada e assim permaneceu por 4 anos.

O caso chama a atenção para um *dilema* que acaba implicando diretamente o interesse público. Se por um lado as irregularidades foram combatidas com o devido vigor pelos órgãos fiscalizadores, por outro a sociedade amargou período elevado para perceber o retorno de seu investimento (existem casos onde o retorno não mais será possível).

De qualquer forma, tanto para os controladores quanto para os prestadores de contas, a construção do TRT/SP foi um marco às obras públicas. A partir desse empreendimento os tribunais se deram conta do tamanho do poder que tinham em suas mãos. Não apenas do controle técnico em si, mas, em especial, o poder de impor interpretações próprias aos procedimentos de gestão que entendem mais adequados à realização das obras. Com isso, consolidaram sua autonomia, desprenderam-se dos Poderes da União, tornaram-se *players* na dinâmica política e adquiriram impressionante influência nos processos decisórios.

66 Brasil. Tribunal de Contas da União. Fiscobras: 20 anos / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2016. Pg. 41/42.

67 Confira-se o Decreto-Lei Nº 2300/86. Incs. I e III do Art 5º, Inc. X do Art 22 e § 3º do Art. 32.

4.2 OBJETIVOS E RESULTADOS ESPERADOS

O episódio do TRT/SP é emblemático para demonstrar o dilema que não está adstrito à esfera legal e nem tampouco restringe-se à seara técnica. Quando analisado sob a ótica do interesse público, a sociedade urge pela entrega de resultados. É o que o homem médio entende por *Princípio da Eficiência* e certamente espera de seus representantes, resultados.

Desse ponto de vista, não se mostra razoável que alterações contratuais sejam obstáculos para o atendimento às necessidades da sociedade. Independentemente dos motivos que ensejam uma modificação contratual, há que se ter dinamismo nos procedimentos cabíveis, sob pena de incorrer na *ineficiência administrativa*[68].

Portanto, é sob a perspectiva da entrega de resultados que se pretende uma análise crítica do dispositivo legal que delimita os casos onde estão autorizadas as alterações contratuais (Lei Nº 8.666/93, Art. 65). Em tempo, será apresentado um indicador compatível com as regras vigentes e que simultaneamente permita aos gestores públicos e controladores uma análise mais alinhada à busca pela eficiência na execução de obras públicas.

Em que pese às competências do Poder Judiciário, na prática são os tribunais de contas que interpretam o arcabouço legal que regulamenta as contratações da administração, assim, determinando os rumos das obras públicas. É especialmente o TCU o guardião da jurisprudência prevalecente, constituindo, por essa razão, na principal fonte de análise do presente estudo e cuja metodologia é proposta a seguir:

i. Analisar as normas e entendimentos derivados que implicam em alterações de contratos de obras públicas, de modo apresentar uma leitura mais alinhada ao interesse público e ao princípio da eficiência;

ii. Criação de indicador que incorpore aspectos técnicos, financeiros e de impacto, possibilitando, em cada caso concreto, decisões lastreadas em critérios para a entrega de resultados;

68 *"É relevante, enfim, repensar o nosso sistema de controle e revisitar os entendimentos (principalmente, jurisprudenciais) que lhe vêm dando conotações extensivamente rígidas e ortodoxas. Afinal, os sinais da* ***ineficiência administrativa*** *estão mais visíveis do que nunca. E, como se disse no início desse texto, a superexposição do gestor público aos riscos jurídicos derivados da cultura acrítica do controle está impondo-lhe o ônus da inércia.* ***Chegou a hora****, enfim,* ***de investigarmos o custo do controle****."* (Fernando Vernalha Guimarães)

http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle em 31.01.2016.

iii. Testar o indicador em dois contratos de obras públicas; um primeiro, no qual as alterações contratuais não foram validadas pelo controle externo e outro com decisão oposta;

A justificativa para a criação de um indicador deriva do fato de o TCU ter forçado critérios para as alterações contratuais que claramente limitaram a discricionariedade dos gestores. Porém, tais critérios não alcançaram os resultados esperados pela sociedade, de modo que a construção do indicador proposto tem início com uma releitura dos seguintes postulados do TCU:

(i) Decisão Plenária Nº 215/99, que em casos excepcionais permitiu à administração ultrapassar o limite financeiro de 25% do valor contratual para acréscimos e supressões de serviços que se fizerem necessários[69].

(ii) Acórdão Nº 749/10-P , que proibiu o mecanismo da "*troca de serviços*" para o cômputo do limite mencionado no tópico anterior[70].

(iii) Acórdão Nº 1977/13-P, que repisou a necessidade de aditamentos contratuais sempre que o equilíbrio econômico financeiro for afetado, independente do regime de execução.

Nessas emblemáticas decisões o TCU elencou requisitos a serem cumpridos para a concessão das alterações contratuais, razão pela qual são essas as exigências que o estudo pretende transformar em um indicador numeral.

Ao final, o resultado esperado é que o indicador informe se, nos casos reais a seguir apresentados, as alterações contratuais promovidas pelos gestores públicos estiveram em harmonia com o eficiência administrativa sob a ótica da sociedade.

69 A Lei excetua os contratos para REFORMAS, cujo limite é de 50% para os acréscimos.

70 "Troca de Serviços" era uma prática hodierna onde certos itens das Planilhas de Serviços eram suprimidos, enquanto outros eram acrescentados. Por meio desse mecanismo era possível que a partir de uma pequena variação financeira os gestores promovessem grandes modificações no contrato. Tal artifício possibilitava alterações contratuais que em inúmeros casos terminavam por desnaturar o objeto contratado.

4.3 REVISITANDO O ARCABOUÇO LEGAL

4.3.1 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE VERSUS A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Tendo em vista a extraordinária criatividade de agentes mal intencionados em "driblar" a legislação e promoverem um verdadeiro festival com o dinheiro público, o caso do TRT/SP foi importante ao expor de modo mais transparente os vários problemas na administração de nosso país; aliás, essa engenhosidade de grupos parasitas perdura até os dias de hoje.

Alguns desses problemas foram enfrentados nas décadas seguintes, com destaque para orçamentos baseados em tabelas oficiais de custos[71] e para alterações contratuais com critérios além do texto seco da Lei[72]. Contudo, outros temas permanecem em profundo silêncio, a exemplo da questão relacionada aos critérios que possam informar o grau de interesse público por certo empreendimento.

Em certa medida, essa desatenção é possível de ser entendida devido ao fato que esse tipo de esforço não é competência direta do controle externo[73]. Assim, é possível se perguntar o porquê de o controlador se preocupar em controlar a eficiência, se o legislador com isso não se preocupou? Assim foi que, desobrigados da incumbência do controle da eficiência, os tribunais de contas se voltaram para o forte controle da legalidade.

Diferentemente da iniciativa privada, na qual falhas e prejuízos são tolerados em certa medida, o controlador brasileiro optou por não aceitar qualquer "desobediência" de seus jurisdicionados, independente dos efeitos à sociedade. Na prática, tem-se como irrelevante para o controle se as irregularidades detectadas são de consequências inócuas ou de grande impacto. Existindo o menor erro, a reprimenda dos tribunais é praticamente certa.

De modo agravante, ao longo da evolução desse processo, a jurisprudência dos tribunais de contas foi construída a partir de casos pontuais, que nem de longe representam a pluralidade da realidade brasileira. Mesmo assim, tais entendimentos têm sido aplicados de modo genérico a toda e qualquer situação que seja submetida ao crivo dos controladores.

---

71 Confira-se o Decreto Nº 7.983/13

72 Confira-se os seguintes julgados do TCU: DP Nº 215/99, AC Nº 749/10-P e AC Nº 1977/13-P.

73 A competência legal que recai sobre o controle externo a cargo do tribunal de contas diz respeito apenas à legalidade, legitimidade e economicidade, não havendo previsão categórica acerca da eficiência.

*CF. Art. 70. **A fiscalização** contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, **quanto à legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, **será exercida** pelo Congresso Nacional, **mediante controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

Preocupação deveras maior surge nos temas onde os critérios legais têm carga subjetiva. Nesse contexto, as decisões dos tribunais de contas cada vez mais afastam a legitimada discricionariedade do gestor, entendendo como válidas somente as escolhas que faria se gestor fosse. Ao não aceitar interpretações desiguais para os temas subjetivos, o controlador termina por gerar uma brutal insegurança jurídica.

Evidentemente, o risco percebido pelos gestores públicos é cada vez maior, de modo que a velha máxima "*é o meu CPF que está em jogo*" nunca foi tão verdadeira. Enfim, o país vive uma dinâmica na qual tanto os controladores quanto os administradores públicos tendem ao esforço extremo para o cumprimento dos diplomas eminentemente legalistas, em patente preterição à eficiência administrativa. O resultado pode ser sentido pelas dezenas de milhares de obras inacabadas.

Não é difícil compreender a razão pela preferência do controle legalista em detrimento do controle da eficiência: o controle legal é simples, direto e cronologicamente curto. Por seu turno, o controle da eficiência exige investimentos em recursos dos mais diversos, criação de indicadores, monitoramento ao longo do tempo, aprimoramento contínuo, análise de resultados e gestão avançada à implementação e execução das inúmeras providências correlatas.

A bem da verdade é que a eficiência administrativa não apareceu como uma preocupação central do legislador brasileiro, permanecendo igualmente descartado das diligências de nossos controladores. Por consequência, a eficiência é também secundarizada na ação da maioria dos gestores públicos, especialmente no tocante às obras públicas.

Todavia, sob a ótica da sociedade é difícil contrapor a premissa de que a eficiência administrativa é do interesse público majoritário (ainda que tais conceitos não sejam plenamente compreendidos e/ou consensuais), de modo que o seu desprestígio não tem contribuído para a justiça social. Possivelmente, o maior descumprimento ainda não tratado no âmbito da gestão e do controle público, talvez seja, justamente, a desconsideração daquilo que o homem médio entende por princípio da eficiência.

4.3.2 O INTERESSE PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Como narrado anteriormente, idos mais de 20 anos do episódio do TRT/SP e apesar dos imprescindíveis esforços prestados pelas Cortes de Contas, o cenário das obras públicas não se revelou melhor. O número de investimentos paralisados é monumental e segue na mesma proporção às críticas da "*ditadura do controle externo*", realidade que culminou com a decretação da Lei Nº 13.655/18 que dispõe sobre a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público[74].

74 A Lei Nº 13.655/18 modificou o Decreto-Lei Nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Em contraponto o TCU afirma que a parcela de obras paralisadas em virtude de sua atuação é pequena[75] e os demais motivos seriam muito mais relevantes, a exemplo das falhas de projeto, falta de orçamento, disputas judiciais, abandonos de canteiros de obras, insolvência de empresas contratadas, entre outros. Entretanto, essa leitura desse ser feita com reservas. Para tanto, veja-se a definição encartada pelo próprio TCU em seu sítio digital[76].

> **O TCU ..., tem como meta ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável.**

Com base na definição em destaque e dado o cenário das obras públicas, parece claro que o modo de atuação do controle não conseguiu alcançar a declarada missão de aperfeiçoamento da administração pública. Duas hipóteses se destacam: ou o país sofre de uma curiosa síndrome que repetidamente nos remete à escolha de gestores públicos incapazes ou o modo de aplicação das normas está desalinhado com o desejo da legislação.

Apesar de remotamente possível, à primeira hipótese cabe outra vertente de análise, não encontrando guarida no presente estudo. Por sua vez, a segunda alternativa é plenamente possível de ser enfrentada, desde que seja empreendido um esforço conjunto, ou seja, por todos que de alguma maneira participam do processo de execução das obras públicas, sejam representantes do Poderes do Estado, dos respectivos órgãos autônomos, da iniciativa privada, dos estudiosos do tema, bem como pelos profissionais atuantes na disciplina da engenharia legal.

Eis a razão principal para uma releitura no modo de aplicação da legislação atinente às obras públicas. Estando a interpretação das normas adstrita ao controle externo, os agentes à frente dos empreendimentos públicos são coagidos à aplicação das normas a partir dos entendimentos construídos em gabinetes centralizados e desconectados das inúmeras realidades.

Em que pese a dimensão e pluralidade do estado brasileiro, o *dilema* que se coloca é deveras desafiador. Se os cenários são inúmeros e variados, como definir de modo horizontal o "interesse público"? Entre os doutrinadores que se dedicam ao tema, Luiz Eduardo Altengurb nos apresenta duas correntes: "*para alguns é a dimensão pública dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade e para outros a satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos*"[77].

---

75 Confira-se o evento *Diálogos* TCU-CBIC em 24.09.2018. Apresentação do Sr. Bruno Martinello Lima, Secretário de Infraestrutura Urbana do TCU às 2:20'00". Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=uTz0RRSoHBg.

76 https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/

77 Vários Autores. O Contrato Administrativo e os Princípios da Boa-Fé, Justiça Contratual e Função Social do Contrato. Organizador: Silvio L. F. Rocha ... [et. al.]. 1ª Ed. RJ. Lumen Juris, 2017. Pgs. 205/206.

A segunda corrente doutrinária permite um melhor parâmetro para o presente estudo, pois temos os direitos fundamentais dos cidadãos categoricamente descritos na cabeça do artigo 5º de nossa Constituição Federal, quais sejam; *inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.*

Compreendido assim o interesse público, avança-se ao princípio da eficiência administrativa. Tal análise pode ser feita pelos lições de Emerson Gabardo[78]:

> **5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E SEU CONTROLE**
>
> Ponto chave inerente ao **princípio da eficiência administrativa** e seus mecanismos de controle é a sua **relação com a atuação discricionária do administrador público**; e particularmente importante é o tema do controle judicial, por si só muito caro à doutrina do Direito administrativo brasileiro...
>
> No espaço da vinculação, **a importância do princípio da eficiência é aplacada pela preponderância pragmática do princípio da legalidade**[79].
>
> Sendo assim, **é notadamente no campo da discricionariedade que a inclusão expressa do princípio da eficiência vem ultrapassar as barreiras** da impossibilidade de sindicabilidade total dos atos administrativos.

O magistério trazido pelo doutrinador é de grande relevo. Emerson Gabardo não se furta à análise de um suposto conflito entre os princípios da legalidade e da eficiência administrativa. De modo contrário, demonstra de forma convincente a inexistência de qualquer choque entre os postulados.

Em síntese, o doutrinador esclarece que princípio da eficiência se revela a partir do momento em que a Lei oferta soluções discricionárias ao gestor público. Nessas situações os controladores não podem julgar com base em suas crenças pessoais, haja vista não estão revestidos de tal legitimidade. Contudo, como já citado alhures, na prática essa lógica não tem sido obedecida.

---

78 Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico) : direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, pgs. 14/15.

79 Concorda-se, portanto, com a conclusão de Marcelo Harger: "Os **atos vinculados** normalmente **não são afetados pelo princípio da eficiência**. É que, nesses casos, **a lei já determina qual a única solução possível para o atingimento do interesse público**. A solução ótima, nesses casos, já está prevista em lei." Cf.: HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. Boletim de direito administrativo.

4.3.3 A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

Dos temas mais sensíveis no campo das obras públicas, têm-se as decisões de gestores e controladores acerca das alterações contratuais. O estudo a seguir enfrenta esse tópico sob a ótica da eficiência administrativa como elemento à satisfação do interesse público. Tal qual dado às linhas anteriores, considera-se a motivação para o ato, os desequilíbrios contratuais derivados e os limites quantitativos vigentes.

4.3.3.1 O Interesse Público como Motivador às Alterações Contratuais

A criação de um indicador às alterações contratuais de obras públicas objetiva uma aplicação concreta da eficiência administrativa. Considera além dos aspectos técnicos e financeiros, especialmente o interesse das parcelas da sociedade alcançadas por eventuais modificações. Para isso, tem lastro em análises com parâmetros objetivos e transparentes, tanto para gestores quanto para controladores.

Em outras palavras, eventual alteração contratual de uma obra de engenharia necessita alcançar um grau de interesse público que a justifique. Do contrário, não há razão para ser feita. Aliás, trata-se de obrigação materializada na própria Lei de Licitações e Contratos[80].

A partir da leitura linear da norma, tem-se que sendo legalmente possível e estando devidamente comprovado o interesse público, a alteração contratual somente não será possível se a modificação atingir a esfera de direitos da empresa contratada[81] (eis que incabível o poder coercitivo do Estado nessa situação). Essa lógica é mais nítida quando analisada de forma inversa; estando os direitos do contratado assegurados e havendo comprovado interesse público, a decisão mais eficiente do gestor não pode ser outra senão a de modificar o contrato.

Contudo, a jurisprudência do TCU extrapolou as premissas autorizadoras das modificações contratuais e introduziu requisitos adicionais, os quais não necessariamente estarão conectados ao interesse público. Para melhor compreensão, importante uma análise da evolução dos principais entendimentos do TCU.

---

80 *Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para* ***melhor adequação às finalidades de interesse público****, respeitados os direitos do contratado;*

81 Comando final do Inc. I, Art. 58, Lei Nº 8.666/93, acima negritada "... respeitados os direitos do contratado".

A Lei Nº 8.666/93 ainda é o mais importante diploma acerca do tema das contratações públicas[82], e, no caso das alterações contratuais, a Lei de Licitações e Contratos é soberana[83]. Especificamente o artigo 65 é o dispositivo que versa sobre as modificações dos pactos firmados pela administração pública. De rápida leitura, o artigo 65 contém dois incisos (subdivididos em duas e quatro alíneas, respectivamente) e oito parágrafos[84]. Apesar do texto sucinto, sua importância é imensa, especialmente quando estamos a tratar de obras públicas.

Tal ênfase é importante em razão do dispositivo ser aplicado também para contratos de *prestação de serviços* e *compras* da administração, conceitos muito distintos às obras de engenharia. Em outras palavras, não importa se um contrato público objetiva a aquisição de rolos de papel higiênico, a prestação de serviços de vigilância ou a execução de uma linha de metrô. Caso haja necessidade de alterações contratuais, as diretrizes normativas são as mesmas.

A partir dessa constatação uma questão ganha impulso: a evolução de um contrato para aquisição de rolos de papel higiênico deveria ser norteada pelas mesmas diretrizes que a execução de uma linha de metrô? Não, foi a resposta prestada pelo TCU por meio da Decisão Plenária Nº 215/99[85].

Em leitura à referida decisão, dois tópicos são de especial interesse. O primeiro ponto relevante foi o TCU ter excluído as *compras* das hipóteses que classificou como *excepcionalíssimas*, tratando de diferenciar a evolução de contratos do tipo execução (*obras e serviços*) daqueles do tipo aquisição (*compras*). O segundo ponto foi o estabelecimento de 6 requisitos que necessitam serem satisfeitos *cumulativamente* para aplicação da nova inteligência.

---

82 Ao longo do tempo foi exigido de nosso arcabouço legal uma melhor e maior regulamentação. Entre os postulados que se seguiram temos a Lei Nº 10.520/02 (Lei do Pregão), Lei Nº 11.079/04 (Leis das PPPs), Lei Nº 12.462/11 (RDC), Decreto Nº 7.892/13 (Sistema de Registro de Preços) e Lei Nº 13.303/16 (Lei das Estatais).

83 Lei Nº 8.666/93, Capítulo III – DOS CONTRATOS, Seção III – Da Alteração dos Contratos. Art. 65.

84 O parágrafo sétimo foi vetado.

85 O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
...

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e **excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços**, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, **desde que satisfeitos cumulativamente** os seguintes pressupostos:

Com relação às *hipóteses excepcionalíssimas*, trata-se de pressuposto criado pelo controle externo sem qualquer previsão no texto legal. Em realidade, desde muito existem doutrinadores que sustentam que as alterações qualitativas não estão sujeitas aos limites legais trazidos pelo artigo 65 da Lei Nº 8.666/93, tão somente as alterações de cunho quantitativo[86].

Mas, a bem da realidade, a verdade é que antes do "*freio de arrumação*" imposto pelo TCU vários gestores deliberadamente utilizavam esse pressuposto para classificar diversas das modificações contratuais como sendo de caráter qualitativo, produzindo diversos prejuízos ao erário público.

É bastante provável que essa 'estratégia' seja a razão pela qual, naquilo que importa às alterações contratuais, o TCU distinguiu os contratos do tipo *execução* daqueles do tipo *aquisição*. Porém, para sustentar sua tese, o controlador criou os requisitos a seguir transcritos:

> I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
>
> II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;
>
> III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;
>
> IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;
>
> V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;
>
> VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

Ocorre que o controlador determinou atendimento cumulativo às novas exigências, o que implica igual dosimetria para todos os preceitos. Assim, não existe alternativa mediana para o gestor público.

86 Acerca do tema, confira-se artigo de SILVA. Hugo da Costa. *As limitações das alterações unilaterais dos contratos administrativos* (01.03.2017). Disponível em https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/as-limitacoes-das-alteracoes-unilaterais-dos-contratos-administrativos/

Contudo, os requisitos II, III e IV não têm uma relação direta e/ou imediata com o interesse público[87]. Assim, com base nos já citados pressupostos constantes no artigo 58 da Lei Nº 8.666/93, essas premissas não poderiam figurar em mesmo grau de importância dos requisitos I, V e VI, esses sim esculpidos à premissa do princípio.

Por seu turno, os requisitos I, V e VI também não guardam mesmo grau de importância entre si. As premissas I e V trazem o *interesse público* e os *benefícios sociais* de modo genérico. O requisito VI aponta de forma explícita a necessidade de atendimento ao interesse público primário, conceito de relevo superior e de extrema importância às alterações dos contratos administrativos[88].

Portanto, a modificação contratual não é uma discricionariedade livre ao gestor público. Ao contrário, sempre que verificado um interesse público afetado, seja ele primário ou secundário, os efeitos positivos e negativos da alteração ou não do contrato precisam ser analisados sob a ótica da necessidade que ensejou a obra pública.

4.3.3.2 Os Limites às Alterações Contratuais e o Espaço da Discricionariedade

Na evolução da inteligência das alterações contratuais o TCU analisou processo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT),

87 Os requisitos II, III e IV são formalidades que podem afetar a esfera de direitos do contratado, hipótese na qual a alteração contratual estaria fulminada, vez que o Estado não poderia fazer uso de seu poder de coerção.

Com relação ao requisito II, mesmo que o contratado julgue sua esfera de interesses não restar prejudicada, há que se ter cautela por parte dos gestores públicos. Existirá a possibilidade da modificação pretendida guardar características e exigências técnicas que extrapolam a qualificação operacional e/ou profissional do contratado (parcial ou completamente).

Com relação ao requisito IV, eventual transfiguração do objeto não necessariamente afeta a justificativa que motivou a execução da obra pública. Cumpre reforçar que o objeto é uma solução capaz de atender à determinada necessidade da administração. Assim, modificações no objeto, mesmo que profundas, não necessariamente implicam no desatendimento à necessidade da administração.

88 *Os **interesses públicos primários** são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os **interesses públicos secundários** são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Esses interesses secundários são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos. Também são mencionados como manifestação de interesses secundários os atos internos de gestão administrativa, ou seja, as atividades-meio da Administração, que existem para fortalecê-la como organismo, mas que só se justificam se forem instrumentos para que esse organismo atue em prol dos interesses primários.*

ALEXANDRINO, Marcelo Alexandrino. PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 18ª ed. Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 187

em decisão que afetou o cerne dos demais contratos de obras públicas. Trata-se do emblemático Acórdão Nº 749/10-P[89].

Ainda é plenamente possível suprimir até 25% do valor do contrato, bem como nada impede os gestores acrescerem 25% sobre o valor desse mesmo contrato[90]. Porém, o TCU tornou impossível ir além desses percentuais, pois a compensação entre supressões e acréscimos não está mais autorizada.

A bem da realidade, essa compensação continha uma "brecha legal" que de fato permitia práticas censuráveis como o desvirtuamento do objeto contratado, licitações de obras sem os requisitos mínimos de projeto, correções superlativas de erros de planejamento, "*jogos de planilha*", entre outras.

Foi com base nisso que o TCU novamente extrapolou o texto legal e impôs interpretação particular ao artigo 65 da Lei Nº 8.666/93, proibindo taxativamente a compensação financeira para todo e qualquer tipo de ajuste.

Contudo, esse tipo de inciativa causa reflexos. Ainda que o desejo do TCU possa ser considerado louvável e justificável do ponto de vista dos recursos públicos, ao interpretar a Lei de forma particular e impor seu desejo a todos os contratos administrativos sob quaisquer circunstâncias, os controladores avançaram em seara que não é de sua competência, retirando o poder de escolha legitimamente concedido àqueles que estão à frente da operacionalização do Poder Executivo.

Para se ter uma ideia de como essa iniciativa pode gerar resultados opostos aos imaginados pelo controlador, tome-se como exemplo uma situação na qual a administração tenha especificado um determinado tipo de revestimento cerâmico quando da elaboração do projeto básico, mas, no momento de sua efetiva aplicação, o mercado disponha de outro produto melhor e de mesmo preço (situação muito comum). Veja-se que eventual mudança na especificação será enquadrada como uma "*troca de serviços*", raciocínio que, no mínimo, mereceria atenção mais aprofundada para além da matemática básica imposta pelos controladores e que nem de longe enfrenta aspectos próprios de uma obra pública de engenharia.

Imagine-se outro exemplo: um serviço de movimentação de terra para construção de uma rodovia que previa inicialmente a escavação de jazidas localizadas a uma distância média de 30Km dos locais de aplicação. Quando do início dos serviços, constatou-se possível a liberação ambiental de jazida de igual qualidade e disponibilidade quantitativa a apenas 10Km dos locais. De acordo com o critério matemático seco sugerido pelos controladores,

89 *9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, em futuras contratações, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, passe a* ***considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada****, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e* ***sem nenhum tipo de compensação entre eles****, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal;* (TCU. Acórdão Nº 749/2010. Plenário. Min. Relator: Augusto Nardes)

90 Para o caso de REFORMAS o limite de acréscimos é de 50% (cinquenta por cento).

uma alteração com evidente vantagem para o erário seria enquadrada como uma "*troca de serviços*".

Pois bem. O fato de existirem gestores públicos mal intencionados não implica dizer que todos os gestores públicos o são. O fato de existirem gestores públicos ineficientes, não implica dizer que todos assim o serão. E ainda, o fato de o controlador impor à *mão de ferro* que os milhares de gestores públicos atuem conforme sua convicção particular, não implica dizer que tal desiderato seja factível.

Exigir do prefeito de um pequeno município uma estruturação e manutenção de equipes técnicas aos moldes dos times disponíveis em grandes centros urbanos não é razoável, pois desconsidera inúmeras variáveis intervenientes que não são do conhecimento do controlador, em que pese não ser esse o seu mister.

Não por outra razão, nos temas onde a Lei permite juízos particulares, a competência legítima para o exercício dessa discricionariedade repousa nos gestores locais, jamais nos controladores remotos.

Sob tal ótica, ao contrário da atual obsessão formalística perseguida por controladores e jurisdicionados, muito mais lógico que o controle incida sobre os resultados obtidos pelos gestores, respeitados tanto os limites legais de sua atuação quanto a discricionariedade legalmente concedida para seu ofício, e, principalmente, no alinhamento de suas ações com o interesse público aqui defendido, sempre considerada a realidade fática na qual o gestor público está inserido.

Tudo isso porque a eficiência na administração pública é uma construção específica que deve partir de cenários reais. É por essa razão que as decisões dos respectivos gestores deveriam considerar a situação concreta, e não os critérios invariáveis e generalistas impostos pelo controle externo, os quais, rememore-se, não perseguem a eficiência administrativa.

Assim sendo, em virtude dos incontáveis cenários possíveis, acréscimos e supressões de itens contratados precisam ser analisados caso a caso, respeitada a discricionariedade dos gestores e exigida a devida fundamentação para sua efetuação. Em tempo, caso sejam verificadas ilicitudes, as penalidade cabíveis continuam perfeitamente possíveis de serem aplicadas.

4.3.3.3 O Desequilíbrio Contratual, a Não Caracterização da Teoria da Imprevisão e a Mudança na Orientação Trazida pela Lei Nº 8.666/93

Na esteira dos acontecimentos o governo federal baixou o Decreto Nº 7.983/13 estabelecendo *regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia*. Em seu artigo 13, inciso II, ao tratar de questões específicas às empreitadas por preço global, o decreto apresen-

tou redação nebulosa aos casos de alterações contratuais, exigindo que o TCU, às pressas, se debruçasse sobre o tema. O fez por meio do emblemático Acórdão Nº 1.977/13-P[91].

De modo análogo à Decisão Nº 215/99, para concessão de eventual alteração contratual o TCU exigiu análise de 5 requisitos que deverão estar cumulativamente atendidos (novamente todos no mesmo grau de dosimetria). Os quatro primeiros já foram enfrentados nas linhas anteriores do presente estudo, mas vale a anotação da subjetividade entranhada no acórdão ao discorrer acerca das superestimativas e subestimativas *relevantes*, sem, contudo, definir o que se entende como *relevante*.

O quinto e último requisito versa sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conduzindo à análise pormenorizada do tema.

Partindo da premissa que determinado objeto (obra, serviço ou compra) foi licitado com vistas ao atendimento de um interesse público qualquer, sempre que o pacto firmado entre a administração e o contratado perceber um desequilíbrio a relação deverá ser reequilibrada.

Esse eventual desequilíbrio poderá ocorrer de maneira ordinária ou extraordinária. Para fins legais, o reequilíbrio em virtude das situações ordinárias não se caracteriza como uma alteração contratual, vez que os critérios de reajuste são obrigatoriamente previstos em contrato[92].

Por outro lado, as situações extraordinárias derivam da superveniência de fatos imprevisíveis, ou, previsíveis, porém, de consequências incalculáveis. De modo uníssono, os estudiosos da *Teoria da Imprevisão* apontam as seguintes situações: caso de força maior (ex: forças da natureza como inundações, vendavais, etc...), caso fortuito (ex: greve dos caminhoneiros), fato do príncipe (ex: alteração na legislação tributária) e fato da administração (ex: atraso no processo de desapropriação de terreno, atraso na emissão de alvarás, etc ...).

Nas quatro hipóteses sobre descritas temos situações alheias à vontade das partes e de origem externa ao contrato, mas, que terminam por afetá-lo diretamente causando seu desequilíbrio. Contudo, na eventual ocorrência de quaisquer destes cenários o interesse público que embasou o contrato permanecerá, em tese, hígido, não sendo afetado em grau algum.

---

91 *"9.1.8. excepcionalmente, de maneira a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, como também para garantia do valor fundamental da melhor proposta e da isonomia, caso, por erro ou omissão no orçamento,* ***se encontrarem subestimativas ou superestimativas relevantes*** *nos quantitativos da planilha orçamentária,* ***poderão ser ajustados termos aditivos*** *para restabelecer a equação econômico-financeira da avença, situação em que se tomarão os seguintes cuidados: ..."*

(TCU. Acórdão Nº 1.977/2013. Plenário. Min. Relator: Valmir Campelo)

92 Confira-se à Lei Nº 8.666/93, Art. 40, Inc. XI, Art. 55, Inc. III e Art. 65, § 8º.

Portanto, situações ordinárias e/ou extraordinárias que desequilibrem a avença provocam o reequilíbrio contratual de forma automática[93], eis que, via de regra, o interesse público que originou o pacto entre as partes permanecerá incólume.

Mas existem aquelas "*situações extraordinárias*" que derivam de erros, falhas e omissões nos projetos e/ou na execução dos objetos contratados. São exatamente essas as principais fontes de problemas que terminam por dar causa a um sem número de obras inacabadas.

De fato, obras de engenharia são caracterizadas por uma imprecisão intrínseca, entendimento pretérito[94] à legislação vigente e recepcionado pela Lei Nº 8.666/93.

Porém, a atual Lei de Licitações e Contratos teve uma mudança basilar. Antes de sua vigência, se o objeto do contrato fosse mantido, os acréscimos contratuais poderiam extrapolar os limites percentuais; a partir de sua vigência, a extrapolação de tais limites não foi mais permitida[95].

Assim, se por um lado a Lei Nº 8.666/93 protegeu o contratado de encargos adicionais oriundos de incorreções da administração, por outro retirou da sociedade uma ferramenta capaz de corrigi-las em tempo e condições melhores que as atuais.

É plausível deduzirmos que o desiderato do legislador fosse, por meio da "*mão de ferro*" da Lei, impor à administração pública a utilização de práticas cotidianas que possibilitassem projetos de melhor qualidade, com menos erros, falhas e omissões, assim, reduzindo a necessidade de aditamentos. A bem da realidade, hipótese que nunca passou de mera esperança desprovida de uma estrutura pública capaz de atender referido desejo[96].

---

93 As circunstâncias que motivam a alteração estão agasalhadas pelas normas legais, contudo, caso o ajuste extrapole o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) para acréscimos e supressões (50% no caso de acréscimos às reformas), a concretização da alteração contratual dependerá da verificação da possibilidade do contratado cumprir com as novas condições econômicas-financeiras.

94 No caso de acréscimo de obras, serviços ou compras, **os aditamentos contratuais poderão ultrapassar os limites** previstos no § 1º deste artigo, desde que não haja alteração do objeto do contrato.

(Decreto-Lei Nº 2300/86. Art. 55. § 4º)

95 Excetuam-se as hipóteses excepcionalíssimas dadas pelo TCU.

96 A título ilustrativo, confira-se o edital para contratação de engenheiro civil publicado pela Prefeitura de Cerejeiras/RO e que oferta a remuneração de R$ 2.798,64 para uma jornada semanal de 40h.

Disponível em https://www.inforondonia.com.br/noticia/prefeitura-de-cerejeiras-lanca-edital-para-concurso-publico-confira-as-vagas-disponiveis-e-o-salario.

Ao final, em que pese diversos países desenvolvidos também são atingidos por intercorrências do tipo[97], o resultado prático da mudança legislativa foi:

(i) os projetos de uma enorme gama de obras públicas permanecem com elevada incidência de erros, falhas e omissões;
(ii) os controladores externos continuam aplicando o texto legal sob a ótica majoritariamente legalista;
(iii) os gestores públicos passaram a ter grande receio de decidir em face da reprimenda quase certa do controle externo;
(iv) a quantidade de empreendimentos paralisados atingiu números incrivelmente alarmantes;

Enfim, naquilo que diz respeito aos desequilíbrios contratuais provocados por erros, falhas e omissões da administração, a Lei Nº 8.666/93 trocou a possibilidade de correções a partir do manifesto interesse público (alternativa outrora prevista no Decreto-Lei Nº 2.300/86), por uma limitação balizada em percentuais arbitrários e sem nenhuma conexão lógica com a necessidade da administração que motivou a execução da obra pública.

97 A exemplo da Estação Oculus (WTC) do metrô de Nova Iorque, com custo inicial em US$ 2 bi, mas que ao final computou a cifra de US$ 4 bi. Disponível em https://cultura.estadao.com.br/noticias/artes,calatrava-inaugura-polemica-estacao-do-world-trade-center-em-nova-york,10000019619.

4.4 METODOLOGIA PROPOSTA À ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS EM OBRAS PÚBLICAS DE ENGENHARIA

Como já demonstrado, tanto as alterações ordinárias quanto as extraordinárias não estão em discussão, pois, nesses casos, o interesse público que motivou a obras pública é mantido intacto.

Resta analisarmos as questões "*extraordinárias*" dos contratos eivados de problemas, aqueles contaminados por incorreções nos projetos e/ou na execução da obra, que, em tese, deveriam ocorrer de modo brando (nos limites da Lei Nº 8.666/93), porém, na prática, não raramente ocorrem de modo bem mais impactante.

A fundamentação do escopo é baseada no monumental prejuízo originado pelas obras inacabadas, repisando-se o fato que o atual modo de aplicação das normas legais não trouxe resultados satisfatórios ao interesse público. Nesse sentido, perfeita a lição dos doutrinadores Egon B. Moreira e Fernando V. Guimarães[98]:

> **O problema**, portanto, **não reside na exigência legal** do processo de licitação pública – **mas**, sim, **em seus desvios**, **tais como** os excessos burocráticos, os formalismos inférteis, as exigências desproporcionais e **o desprezo à eficiência** (isso sem falar das ilicitudes). Como consignou Adilson Abreu Dallari[99], "*a licitação não é um mal, não é um procedimento necessariamente lento, complicado, burocratizado, puramente formal e sem resultados práticos. Não se pode confundir a licitação com a patologia da licitação*". Pode-se afirmar sem hesitação que editais eficientes tendem a atenuar os custos externos e produzir contratações vantajosas: a Administração, preocupada em realizar bons negócios, certamente diminuirá os respectivos custos de transação. **O eventual problema não está na LGL** (nem no RDC), **mas na forma como** muitas vezes **os diplomas normativos são mal-aplicados**.

Assim, a partir dos pressupostos a seguir apresentados e estribado pelo desinteresse da sociedade em gerenciar prejuízos desnecessários, o indicador de-

98 2015. MOREIRA, E.; GUIMARÃES, F. A Lei Geral de Licitações – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. 2ª Edição, atual., rev. e aum. Malheiros Editores, 2015. São Paulo. SP. Pg. 122.

99 DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 18.

verá responder a seguinte pergunta: o que melhor atende ao interesse público: a alteração ou a rescisão contratual?

4.4.1 PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DO INDICADOR

Repise-se que o indicador aqui proposto pretende balizar processos decisórios a partir da constatação de erros, falhas e/ou omissões em projetos/execução de obras públicas, os quais, em certo momento, evidenciarem a necessidade de modificações no objeto, seja pela alteração no pacto contratual, seja pela sua rescisão.

Conduto, antes da aplicação do indicador alguns pressupostos deverão ser observados pela administração. É que o desatendimento a qualquer dos tópicos a seguir listados inviabilizará o uso da metodologia, pois tem potencial suficiente para afetar o cerne das análises que validam o indicador.

i. Motivação e fundamentação do ato quanto ao enquadramento da alteração pretendida ao interesse público (primário e/ou secundário);

ii. Análise técnico-econômica dos serviços necessários e respectivos preços com aplicação de ferramentas estatísticas de auditoria (Análise de Pareto, Curva "S", Análise de Benford, entre outras);

iii. Correções que se fizerem necessárias em virtude de eventuais sobrepreços, "jogos de planilha", "jogos de cronograma", superdimensionamentos, entre outras impropriedades causadoras de superfaturamentos;

iv. Confirmação que os direitos do contratado estão assegurados;

v. Verificação da capacidade econômica da empresa para suportar o incremento contratual;

4.4.2 O INDICADOR PROPRIAMENTE DITO

Pressupostos verificados, o indicador será composto a partir de 5 análises para as quais haverá pontuação específica. Os critérios e a fundamentação que as alicerçam estão detidamente expostos a seguir:

4.4.2.1 Capacidade Técnico-Operacional em Face do Incremento Contratual

Importante anotar que capacidade técnico-operacional[100] não se confunde com a capacidade econômica ou com a capacidade técnica-profissional do contratado. Como já indicado nos pressupostos para aplicação do indicador, caso a empresa não disponha de recursos suficientes para suportar o incremento contratual (capacidade econômica), então será impraticável avançarmos com a alteração do contrato.

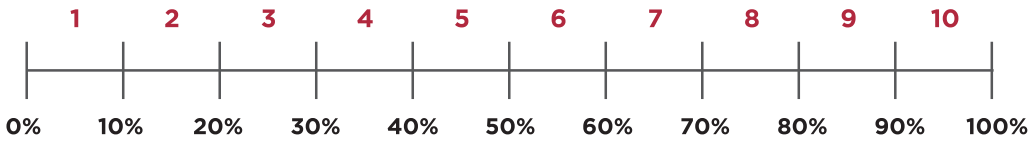
A lógica reside no fato que a administração assumiria um risco deveras maior ao manter um parceiro que não tenha condições econômicas para fazer frente ao encargo adicional. Na prática, o problema seria apenas "*empurrado adiante*", possivelmente redundando em prejuízo maior ao interesse público.

Por sua vez, a capacidade profissional diz respeito ao corpo técnico que está à disposição da empresa contratada. Trata-se de qualificação pessoal de cada um de seus membros, portanto, é variável de acordo com o ingresso e/ou o desligamento dos profissionais de sua equipe técnica.

Para a capacidade operacional o TCU parametrizou tal análise em números relativos correspondentes aos empreendimentos de mesma natureza já executados pela empresa, ao tempo em que limitou tal exigência ao máximo de 50% da dimensão do objeto que se pretende contratar[101].

Exemplificando, caso a administração licite uma ponte de 1.000m de extensão, os interessados deverão comprovar terem executado 500 metros lineares de uma obra assemelhada. Então, caso fosse necessária uma alteração contratual para que a ponte passasse a ter 1.400m, a administração poderia exigir que a contratada comprovasse ter executado um mínimo de 700m de objeto assemelhado.

Desse modo, após considerado o incremento contratual, a primeira parcela do indicador é construída a partir de uma escala de 1 a 10 da seguinte forma:



Se a contratada possuir entre 0-10% à nova capacidade operacional exigida, anotaremos a nota 1. Se possuir entre 10-20%, anotaremos a note 2 e assim por diante até a nota 10, hipótese que a contratada tenha entre 90% ou mais da exigência necessária. Em outras palavras, quanto maior a capacidade técni-

100 *"A capacidade técnico-operacional ... busca-se examinar a capacidade que a licitante – pessoa jurídica – tem de reunir mão de obra, equipamentos e materiais, devidamente coordenados, para a perfeita execução do objeto, na quantidade, qualidade e prazos exigidos." (CAVALCANTE, 2018; p. 402)*

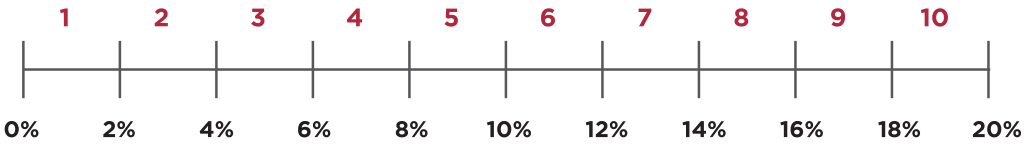
101 O TCU entende que exigências acima de 50% da dimensão são restritivas à competitividade, de forma que, a depender do caso concreto, é plenamente possível à administração solicitar acervos técnicos menos exigentes.

co-operacional da contratada, mais próximos estaremos de optar pela alteração do contrato.

4.4.2.2 Custo da Rescisão do Contrato em Relação à sua Alteração

Em seguida, analisaremos o custo de uma eventual rescisão contratual em contraponto a alteração pretendida. Esse valor deverá ser calculado e será composto por diversas despesas, tais como: administração da obra paralisada, indenizações à contratada, elaboração de novo edital, adicionais oriundos de reajustes setoriais, depreciações, vigilância, entre outros.

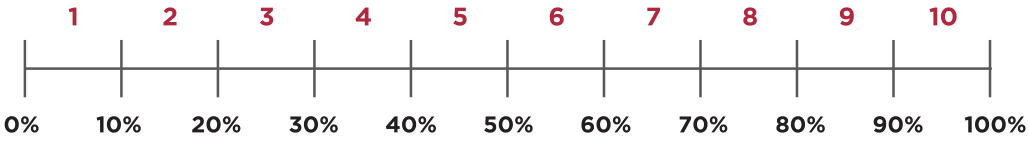
De modo análogo ao tópico anterior, a relação é escalável de 1 a 10:



Assim, após considerado o incremento contratual, se o custo da rescisão em relação a alteração pretendida estiver entre 0-2% anotaremos a nota 1, se estiver entre 2-4% anotaremos a nota 2 e assim por diante até a nota 10, hipótese em que o referido custo alcança entre 18% ou mais. Em outras palavras, quanto maior o custo de rescisão, mais próximos estaremos de optar pela alteração do contrato.

4.4.2.3 Percentual de Avanço das Obras

Sempre sob a ótica do interesse público, não há como se furtar o fato que uma obra que apresente 5% de avanço não pode receber tratamento com a mesma dosimetria que uma obra que conta com 95% de execução. Assim sendo, de modo análogo aos tópicos anteriores, esse indicador é computado em uma escala de 1 a 10:



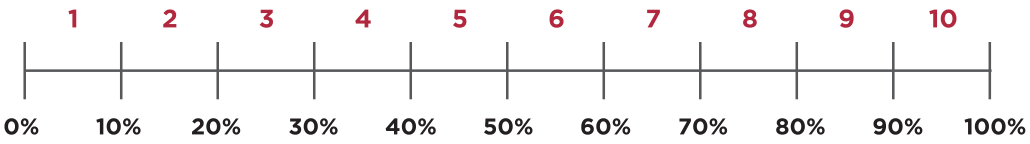
Portanto, após considerado o incremento contratual, se a obra apresentar um avanço entre 0-10% anotaremos a nota 1. Se o avanço for entre 10-20% anotaremos a nota 2 e assim por diante até a nota 10, hipótese em que a obra aponta mais de 90% de execução. Em outras palavras, quanto maior o percentual de avanço da obra, mais próximos estaremos de optar pela alteração do contrato.

4.4.2.4 Tempo Estimado para Retomada dos Serviços

Via de regra, em nosso país os processos de licitação e respectivas contratações de obras públicas não são conhecidos por sua dinâmica; ao contrário, não é incomum nos depararmos com situações que avançam por meses, quiçá anos, até o desenlace final de uma contratação.

Os objetos que se traduzem em remanescentes de obra guardam obstáculo adicional à sua contratação, eis que necessitam de refazimento do projetos básicos[102] reprogramações orçamentárias, preparação de novos editais, renovação de licenças, diversas providências jurídico-administrativas, e, tudo isso sem contar eventuais disputas judiciais promovidas pela empresa que viu seu contrato ser rescindido.

Tal qual os anteriores esse indicador é traduzido em escala de 1 a 10 a partir da relação entre o tempo total para conclusão das obras (considerado o incremento contratual) e o tempo necessário para sua eventual retomada.



Por exemplo, consideremos uma obra prevista para ser executada em 9 meses e que num cenário otimista poderíamos arbitrar o tempo de retomada em 4 meses. Teríamos um atraso na ordem de 44% que atribuiria uma nota 5 na escala.

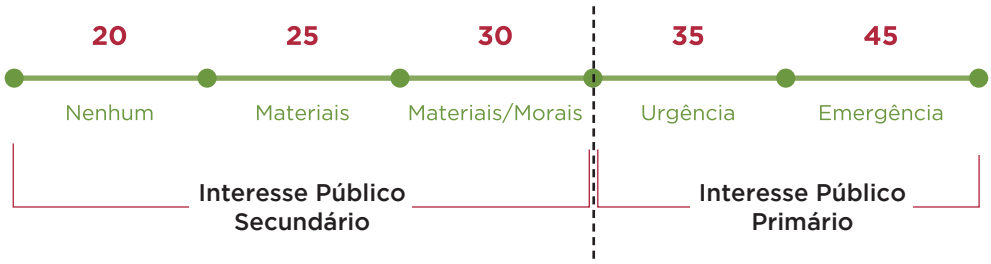
Tomando o mesmo exemplo da obra prevista para ser executada em 9 meses, mas, agora com um cenário mais realista para o tempo de retomada das obras na ordem de 6 meses. O atraso seria então de 67%, atribuindo uma nota 7 na escala.

Assim, quanto maior o atraso estimado para retomada das obras, maior a pontuação na escala. Em outras palavras, quanto maior o tempo de retomada dos serviços, mais próximos estaremos de optar pela alteração do contrato.

4.4.2.5 Nível de Sacrifício Imposto à População em Face da Eventual Rescisão

Por fim, iremos analisar o sacrifício para o qual a população estará submetida na eventualidade de uma rescisão contratual. Essa será a nota de partida do indicador e será graduada numa escala qualitativa de 20 a 45 conforme o esquema a seguir:

102 Peças gráficas, orçamentos, memoriais, especificações, baixas e nova anotações de responsabilidade técnica



O indicador considera interesse públicos primários como aqueles que alcançam os direitos fundamentais dos cidadãos e que estão categoricamente descritos no artigo 5º de nossa Constituição Federal, quais sejam, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Situações urgentes são aquelas onde a questão necessita de intervenção dinâmica do poder público, porém, o cenário ainda não alcançou o nível emergencial (ex: intervenções em trechos de rodovias no limite da capacidade operacional – ameaça à segurança dos usuários).

Situações emergenciais são aquelas onde a não intervenção poderá causar danos irreparáveis (ex: caso de imóveis/áreas que observam inundações constantes – ameaça à vida e à propriedade).

Os interesses públicos secundários residem em aspectos materiais do Estado e não atingem os interesses públicos primários de forma direta. Nesses casos, poderão ocorrer meros dissabores à sociedade (ex: demora à implantação de uma praça de lazer), até sacrifícios de menor impacto que não afetam suas garantias fundamentais (ex: custos maiores de deslocamento de seus filhos enquanto a obra de uma escola não for concluída; necessidade de convivência temporária em ambiente desarrumado em virtude da paralisação das obras).

4.4.2.6 Cálculo do Indicador

Finalmente, a partir da graduação dos cinco critérios sobre descritos, bastará computarmos as pontuações obtidas para alcançarmos um resultado entre 24 (vinte e quatro) e 85 (oitenta e cinco) pontos.

Em seguida, em que pese toda a fundamentação trazida no presente estudo, os marcos referencias de decisão tem sua dose de subjetividade, reservada a discricionariedade de cada gestor para analisar sua própria realidade. Evidente, sem deixar de detidamente motivar e justificar os parâmetros adotados.

Para esse estudo foram utilizadas as seguintes referências:

Soma de Pontos **entre 24 e 48**: o contrato deverá ser **rescindido**.
Soma de Pontos **entre 49 e 85**: o contrato deverá ser **alterado**.

A lógica da pontuação tem como parâmetro uma situação emergencial, onde alguma garantia fundamental da população que necessita da obra está

inegavelmente ameaçada, conferindo ao critério uma nota de partida de 45 (quarenta e cinco) pontos.

Desse modo, uma vez que a pontuação mínima dos demais critérios é 1 (um), a soma final mínima para o indicador seria 49 (quarenta e nove), sendo esse o marco que autorizaria o gestor a proceder uma alteração contratual mesmo em contratos eivados de vícios oriundos dele próprio.

De modo razoável, a outra ponta da nota de partida (20 pontos) exigirá uma média acima de 7 (sete) nos requisitos quantitativos para alcançar os 49 (quarenta e nove) pontos, oferecendo à administração um bom patamar de convicção quanto a entrega do contrato afim de evitar a paralisação das obras.

Por fim, as irregularidade e/ou ilegalidades eventualmente cometidas permanecem devendo ser devidamente averiguadas por aqueles competentes, bem como a responsabilização dos agentes que de algum modo concorreram as não conformidade.

4.5 APLICAÇÃO DO INDICADOR EM CASOS REAIS

4.5.1 CASO 01 - CONSTRUÇÃO DO PARQUE PAINEIRAS EM JI-PARANÁ/RO

O projeto em destaque previa a *Construção do Parque Paineiras com regularização e revestimento do leito, requalificação ambiental, urbanística e paisagística do Igarapé Pintado* no município de Ji-Paraná, sendo firmado o Contrato N° 008/13/GJ/DER/RO no importe de R$ 7.924.319,70.

Em síntese, tratava-se da execução de um parque linear, instrumento dos mais eficazes no âmbito do saneamento ambiental, em especial na recuperação de áreas de fundos de vale degradadas. Acrescenta-se o fato do parque linear possuir papel de destaque no auxílio da drenagem urbana, na proteção de recursos naturais, no combate às ocupações irregulares, no controle de doenças relacionadas à falta de saneamento, além de fomentar o estímulo a coesão social e a educação ambiental, trazendo ainda benefícios econômicos para as cidades por meio da indução do comércio e valorização de seu entorno.

As ilustrações a seguir demonstram o antes e o depois da intervenção.

Para além da recuperação da área degradada estavam previstas obras de requalificação urbanística e paisagística do igarapé, permitindo atividades de esporte e lazer. No entanto, tais serviços dependiam de diversas desapropriações que ficaram a cargo do poder público municipal (posses irregulares), o que não veio ocorrer a contento; o impacto na concepção original foi imediato, acarretando a necessidade de modificações significativas no projeto. Foram acrescentados 68% de novos serviços e suprimidos 85%; ao final, o contrato observou uma redução de 17% em relação ao seu valor original.

A partir dos números em destaque é possível visualizarmos a extrapolação dos limites percentuais de 25% previstos no Art. 65, § 2º, da Lei Nº 8.666/93, sendo certo que no caso das supressões o contratado manifestou acordo. Des-

se modo, os gestores detinham a discricionariedade para alterar ou rescindir o contrato em face dos acréscimos e supressões necessárias.

Dado o cenário, façamos a aplicação do indicador proposto:

PRESSUPOSTOS À APLICAÇÃO DO INDICADOR:

i. Motivação e fundamentação do ato quanto ao enquadramento da alteração pretendida ao interesse público; **OK**

ii. Análise técnico-econômica dos serviços necessários e respectivos preços com aplicação de ferramentas estatísticas de auditoria (Análise de Pareto, Curva "S", Análise de Benford, entre outras); **OK**

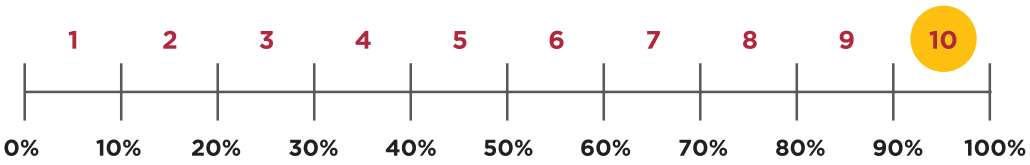
iii. Correções que se fizerem necessárias em virtude de eventuais sobrepreços, "jogos de planilha", "jogos de cronograma", superdimensionamentos, entre outras impropriedades causadoras de superfaturamentos; **OK**

iv. Confirmação que os direitos do contratado estão assegurados; **OK**

v. Verificação da capacidade econômica da empresa para suportar o incremento contratual; **OK**

Capacidade técnico-operacional em face do incremento contratual

No caso concreto a natureza técnica do objeto não sofreu alteração (revestimento de canais em concreto), sendo certo que a contratada dispunha de qualificação técnico-operacional superior àquela exigida para execução da obra, inclusive consideradas as modificações necessárias. Nesse contexto, foi atribuído 10 (dez) pontos para o quesito em análise.

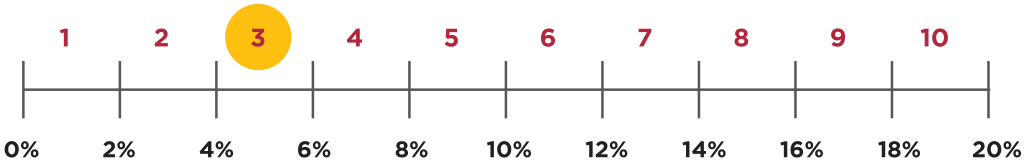


Custo da rescisão do contrato em relação a sua alteração

O custo depende de condições específicas aplicadas a cada caso concreto, tais como: recursos humanos e/ ou equipamentos disponíveis para levantamentos e procedimentos necessários, vigilância das obras paralisadas, depreciações, eventuais disputas jurídicas, despesas correntes do órgão/ente, entre outros.

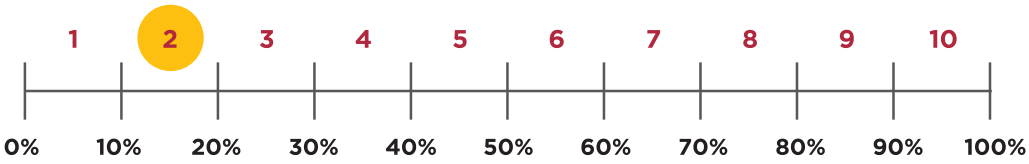
O presente trabalho não comporta tal nível de detalhamento, de forma far-se-á uso de indicador relativo derivado de estudo do Tribunal de Contas da

União (AC Nº 2.622/13-P), o qual estabelece um percentual médio para custos com Administração Central (3,45%), Seguro+Garantia (0,48%), Riscos (0,85%) e Despesas Financeiras (0,85%), totalizando uma estimativa de 5,63% para uma rescisão contratual seguida de nova licitação, de forma atribuirmos 3 pontos no quesito em análise.



Percentual de Avanço das Obras

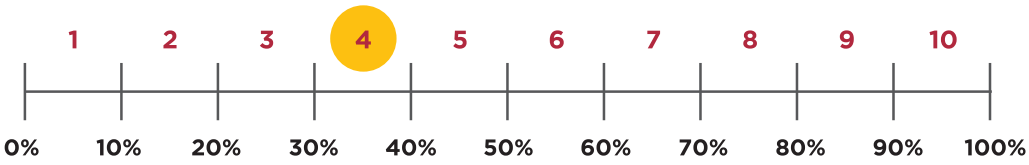
O contrato em destaque apresentava um avanço de 13,71% das obras quando da decisão dos gestores pela necessidade de alteração contratual e os aditamentos não provocaram extrapolação do valor pactuado, de forma atribuirmos 2 (dois) pontos no quesito em análise.



Tempo Estimado para Retomada dos Serviços

Entre a data de envio à Superintendência Estadual de Licitações em 06.06.12 e a Ordem de Serviço para entrada no local em 08.03.13 são computados 275 (duzentos e setenta e cinco) dias, de forma estimarmos o mesmo período para a eventual retomada do serviços.

Considerando que o prazo de execução das obras incluindo o aditamento foi de 811 (oitocentos e onze) dias, teríamos um atraso de 33,91% para retomada das obras, de forma atribuirmos 4 (quatro) pontos no quesito em análise.



Nível de sacrifício imposto à população em face da eventual rescisão

Repise-se que os interesses públicos primários são aqui considerados como aqueles que alcançam os direitos fundamentais dos cidadãos, quais sejam, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Nesse sentido, a reportagem/imagem onde o então prefeito municipal Jesualdo Pires faz um apelo ao Governo do Estado falam por si próprias[103], de forma atribuirmos 45 (quarenta e cinco) pontos como nota de partida da análise.

Publicado em Segunda, 28 de Janeiro de 2013 - 09h00

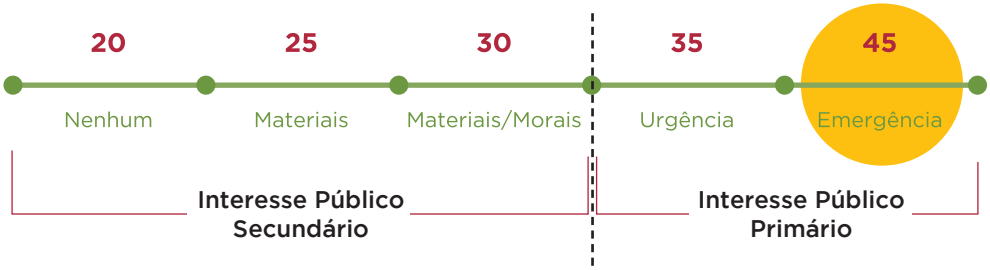
Jesualdo pede agilidade no inicio das obras do Igarapé Pintado

Decom/Ji-Paraná

Tweetar Curtir Compartilhar Seja o primeiro de seus amigos a curtir isso.

O prefeito de Ji-Paraná, Jesualdo Pires (PSB), esteve na manhã de domingo visitando famílias que residem às margens do Igarapé Pintado, no segundo distrito, onde parte de uma residência, localizada entre k-04 e k-05, foi arrastada pela forte correnteza que se formou após quase cinco horas de chuva no último sábado.

Jesualdo manteve contato ainda na noite de sábado com o governador Confúcio Moura e com o diretor de DER-RO, Lúcio Mosquini, relatando a situação dos moradores e pedindo agilidade no inicio da obras de canalização e revitalização das margens do igarapé.



Cálculo do Indicador

Fazendo, pois, o somatório dos cinco critérios (10 + 3 + 2 + 4 + 45), alcançaremos um total de 64 (sessenta e quatro) pontos. Assim, uma vez posicionando no intervalo entre 49 e 85 pontos, o indicador oferece supedâneo aos gestores públicos para promoverem uma ***ALTERAÇÃO*** no contrato.

4.5.2 CASO 02 - CONSTRUÇÃO DA REGIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, MUNICÍPIO DE CACOAL

O projeto em destaque previa a *Construção da Superintendência do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia TCE/RO* no município de Cacoal, sendo firmado o Contrato N° 16/TCE-RO/2009 no importe de R$ 950.004,31.

103 https://www.rondoniagora.com/geral/jesualdo-pede-agilidade-no-inicio-das-obras-do-igarape-pintado

Em síntese, tratava-se da execução de sede regional do TCE/RO integrante de um programa de interiorização do controle externo estadual com implantação de 5 unidades em municípios estratégicos. O programa objetiva permitir ao tribunal atender com maior proximidade os seus jurisdicionados. A ilustração a seguir demonstra a obra entregue.

Porém, tão logo ocorreu a homologação do certame licitatório os gestores decidiram pela modificação do local onde a obra seria edificada. Tal iniciativa gerou a necessidade de supressões e acréscimos de serviços que conduziram a um aditamento percentual da ordem de 39,08% (bem acima do limite preconizado no Art. 65, § 2º, da Lei Nº 8.666/93). Desse modo, com base em duas alterações contratuais o valor final alcançou o montante de R$ 1.321.292,55.

Dado o cenário, façamos a aplicação do indicador proposto:

PRESSUPOSTOS À APLICAÇÃO DO INDICADOR:

i. Motivação e fundamentação do ato quanto ao enquadramento da alteração pretendida ao interesse público; **OK**

ii. Análise técnico-econômica dos serviços necessários e respectivos preços com aplicação de ferramentas estatísticas de auditoria (Análise de Pareto, Curva "S", Análise de Benford, entre outras); **OK**

iii. Correções que se fizerem necessárias em virtude de eventuais sobrepreços, "jogos de planilha", "jogos de cronograma", super-

dimensionamentos, entre outras impropriedades causadoras de superfaturamentos; **OK**

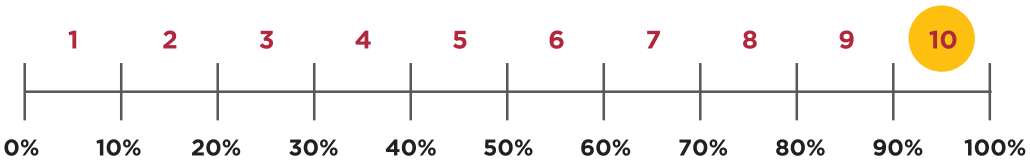
iv. Confirmação que os direitos do contratado estão assegurados; **OK**

v. Verificação da capacidade econômica da empresa para suportar o incremento contratual; **OK**

Capacidade técnico-operacional em face do incremento contratual

No caso concreto a natureza técnica do objeto não sofreu alteração (estrutura em concreto armado), sendo certo que a contratada dispunha de qualificação técnico-operacional adequada ao exigido à execução da obra, inclusive consideradas as modificações necessárias (basicamente de lay-out e características internas).

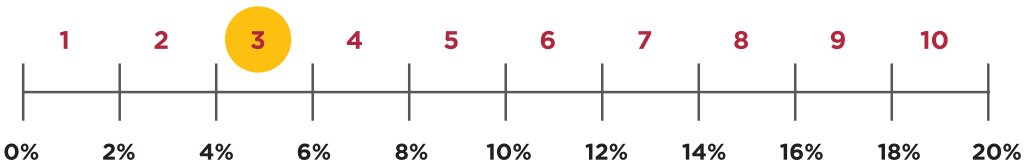
Em que pese não existir informação quanto a capacidade econômica da contratada suportar o incremento financeiro, é razoável assumirmos que tal condição foi atendida (a obra foi entregue). Nesse contexto, foi atribuído 10 (dez) pontos no quesito em análise.



Custo da rescisão do contrato em relação a sua alteração

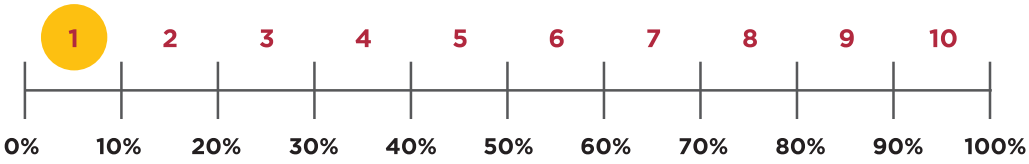
Como já narrado às linhas anteriores, o custo depende de condições específicas aplicadas a cada caso concreto, tais como: recursos humanos e/ ou equipamentos disponíveis para levantamentos e procedimentos necessários, vigilância das obras paralisadas, depreciações, eventuais disputas jurídicas, despesas correntes do órgão/ente, entre outros, lembrando que o presente estudo não comporta esse nível de detalhamento.

Contudo, a decisão pela modificação do local da obra revela que os serviços sequer tinham tido início, de forma que o indicador relativo derivado de estudo do Tribunal de Contas da União (AC Nº 2.622/13-P) repousaria no percentual médio tão somente para custos com Administração Central (3,45%) e Riscos (0,85%), totalizando uma generosa estimativa de 4,30% no caso de uma rescisão contratual seguida de nova licitação. Atribuímos, pois, 3 (três) pontos no quesito em análise.



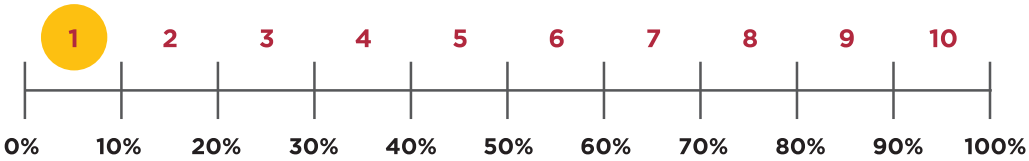
Percentual de Avanço das Obras

O contrato em destaque apresentava um avanço de 0,00% das obras quando da decisão dos gestores pela alteração contratual, em que pese os aditamentos provocaram extrapolação do valor pactuado para além dos limites preconizados na Lei Nº 8.666/93. Assim, a nota mínima é atribuída para uma obra que sequer teve início.



Tempo Estimado para Retomada dos Serviços

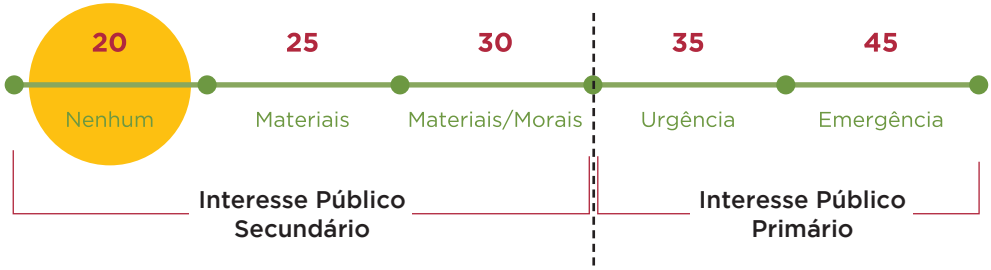
Entre a data de envio à Superintendência Estadual de Licitações em 03.07.09 e a Ordem de Serviço para entrada no local em 24.08.09 transcorreram-se 52 dias. Foi estimado igual período para a eventual retomada do serviços. Considerando que o prazo de execução das obras incluindo o aditamento foi de 644 dias, teríamos um atraso de 8,07% para retomada das obras. Atribui-se 1 (um) ponto para o quesito.



Nível de sacrifício imposto à população em face da eventual rescisão

Lembrando que os interesses públicos primários são aqui considerados como aqueles que alcançam os direitos fundamentais dos cidadãos, o caso concreto revela evidente interesse público secundário, pois trata de aspectos materiais do Estado.

Aprofundando a análise, uma demora adicional pela obra em destaque não impõe sacrifício significativo à sociedade (ou de muita pequena monta), em que pese o Tribunal de Contas do Estado jamais deixou cumprir seu mister, mantendo a prestação de seus serviços religiosamente. Portanto, a partir dos critérios já descritos são atribuídos 20 (vinte) pontos como nota de partida.



Cálculo do Indicador

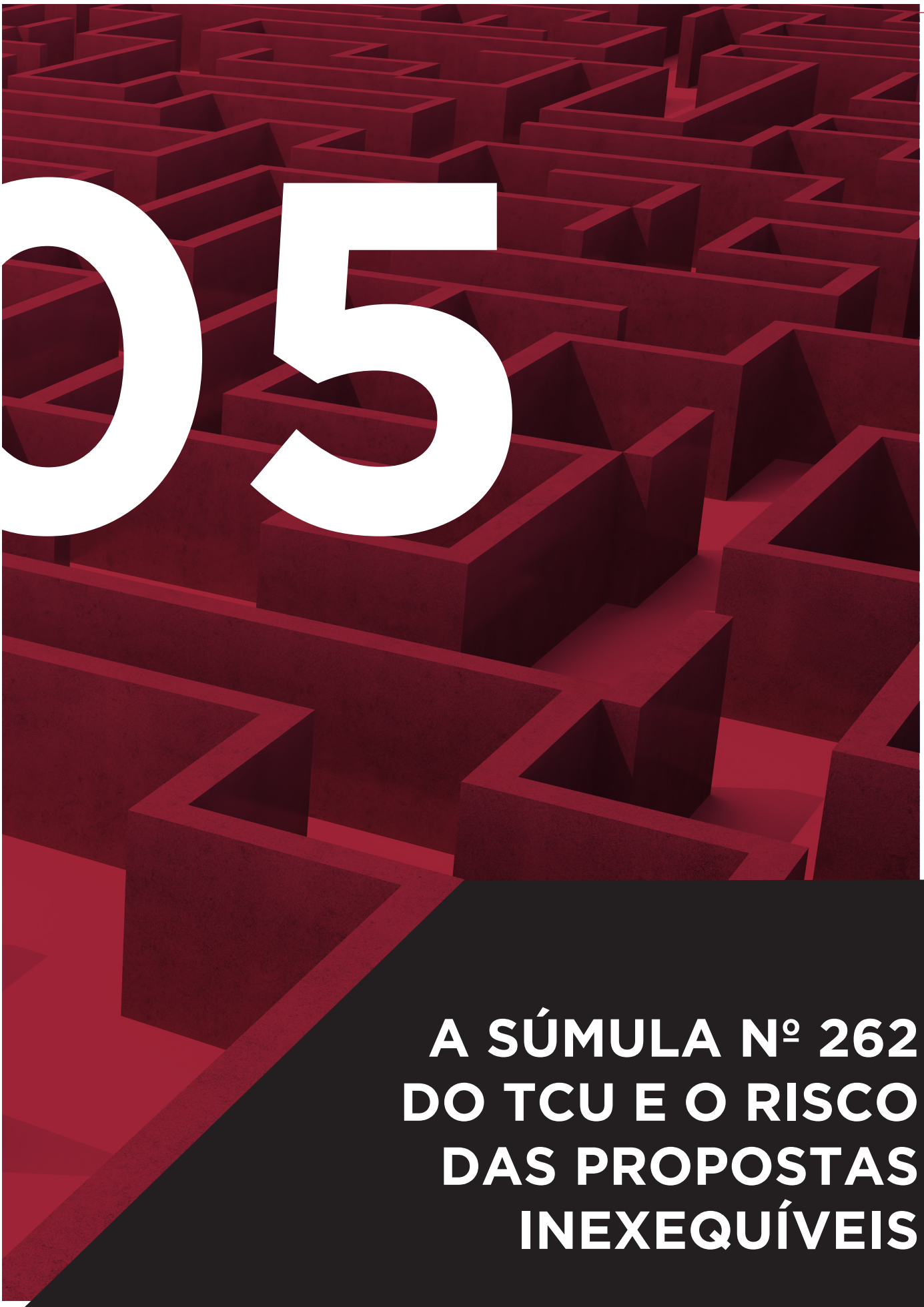
Fazendo, pois, o somatório dos cinco critérios (10 + 3 + 1 + 1 + 20), alcançaremos um total de 35 (trinta e cinco) pontos. Assim, uma vez posicionando no intervalo entre 24 e 48 pontos o indicador oferece supedâneo aos gestores públicos para promoverem uma ***RESCISÃO*** do contrato.

4.6 CONCLUSÃO

Sob a ótica do interesse público e do princípio da eficiência a metodologia proposta revisitou as normas e jurisprudência no intuito de evoluir os atuais entendimentos impostos aos gestores públicos. Assim, propôs um indicador capaz de incorporar aspectos técnicos, financeiros e de impacto.

Submetido a dois casos concretos, verificou-se que com base no melhor interesse público e no princípio da eficiência administrativa, na primeira situação os gestores públicos estariam guarnecidos por uma decisão de continuidade do contrato. Por outro lado, na segunda situação estudada, o indicador ofereceria supedâneo para uma decisão de rescisão contratual.

Assim, ao evitar análises arbitrárias e mais bem conectadas aos casos reais, o indicador permitiu uma validação inicial da hipótese defendida ao longo do estudo. Ou seja, quando a Lei não apresentar solução específica, a discricionariedade das decisões será daqueles que detêm legitimidade para tal. Não com base em entendimentos generalistas, mas munidos de metodologia que lhes ofereça segurança jurídica ao caso concreto.



05

A SÚMULA Nº 262 DO TCU E O RISCO DAS PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS

5.1 ENUNCIADO, QUESTIONAMENTOS E OBJETIVOS

O projeto de súmula que versou *sobre a obrigatoriedade de a Administração facultar à licitante a demonstração da viabilidade de sua proposta antes de considerá-la inexequível* foi apreciado pelo plenário do Tribunal de Contas da União na Sala das Sessões *Ministro Luciano Brandão Alves de Souza* em 01 de dezembro de 2010. Eis os termos do texto aprovado pelo Acórdão Nº 3240/10-P:

> **SÚMULA Nº 262**
> O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma **presunção relativa de inexequibilidade de preços**, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Os principais fundamentos apontados pela Corte de Contas ao conteúdo da Súmula Nº 262 foram ancorados em nossa Constituição Federal (Art. 37. Inc. XXI) e na Lei de Licitações e Contratos (Art. 48, Inc. II, § 1º, alíneas "a" e "b"). O conjunto de precedentes está detalhado no próprio Acórdão Nº 3240/10-P.

Imperioso anotar que a súmula em destaque versa sobre dispositivo legal incidente sobre obras e serviços de engenharia. A regra constante no referido dispositivo não foi prevista às demais contratações precedidas de licitação, quer sejam compras, alienações, concessões, permissões, locações e/ou demais serviços que não de engenharia[104].

O objetivo esculpido no comando sumular é de clareza solar, não existindo interpretação dúbia, qual seja: cumpridas demais exigências, a administração deve esgotar os esforços com vistas à contratação do licitante que ofertar o '*menor preço*'.

De fato, a fundamentação que alicerça a jurisprudência do TCU orienta uma minudente busca pela proposta que, supostamente, confira menor desembolso aos cofres públicos. Essa obrigação foi taxativamente exposta no voto condutor que aprovou a súmula: *"... interpretação literal do art. 48, II, §1º, da Lei 8.666/93 pode levar à rejeição sumária de propostas economicamente vantajosas, sob a suposição não suficientemente investigada de inexequibilidade ...".*

---

104 Lei Nº 8.666/93

"Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo ***consideram-se manifestamente inexeqüíveis****, no caso de* ***licitações de menor preço para OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA****, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:"* (Art. 48, Inc. II, § 1º)

Contudo, dado o cenário caótico de obras paralisadas e suas diversas relações de causa-efeito, o assunto tem sido alvo de numerosas críticas, notadamente acerca de empresas que "*mergulham no preço*" e não conseguem cumprir os contratos[105]. Ao final, acabam impondo à administração esforço adicional para retomada dos serviços, além do aumento de custos e extensão do cronograma de entrega.

Assim, estando o gestor público obrigado a investigar minuciosamente o *menor preço* e em face da inconteste problemática de empresas que abandonam contratos, um questionamento desperta especial interesse:

- **Se os critérios trazidos pela legislação conduzem à uma presunção relativa de inexequibilidade da proposta, quais seriam os parâmetros que conduziriam ao juízo absoluto?**

A resposta para essa indagação é o cerne do presente estudo, pois, se a inexequibilidade de uma proposta é presunção relativa, então a exequibilidade também o será. Em outras palavras, a súmula do TCU relativizou o julgamento objetivo regrado pela Lei de Licitações e Contratos, assim, criando espaço discricionário onde antes não havia.

Contudo, o objeto nuclear do estudo em destaque é outro, qual seja, apresentar metodologia ao processo de análise crítica dos eventuais parceiros privados à execução de uma obra pública. Nesse sentido, os efeitos pretendidos são a mitigação dos riscos inerentes ao critério do "*menor preço*", bem como o estabelecimento da melhor relação *risco-retorno* para a sociedade.

Para tanto, o estudo necessitará adentrar em aspectos polêmicos da questão em relevo, mas não para oferecer uma 'solução final'. Em realidade, a pretensão é precisamente oposta, ou seja, demonstrar as subjetividades e arbitrariedades para as quais os gestores públicos estão expostos, condição que justifica à aplicação de métodos que evitam convicções pessoais e possibilitam a aplicação do conhecimento coletivo acumulado ao longo do tempo.

---

105 *"A **Interpav abandonou a obra**. O problema que ocorre em muitas obras públicas com esse formato de licitação pelo menor preço. **As construtoras mergulham no preço**, ganham a licitação e depois buscam aditivos, buscam crescer o preço, que é impossível de ser agregado e terminam abandonando".* (Sen. Lídice da Mata)

*"**Empresas mergulham no preço**, consideram que poderão pedir um aditivo."* (Ex-Deputado João Arruda. Relator da comissão especial que analisou o projeto da nova lei de licitações, PL 6.814/17).

Disponíveis em:

https://www.bnews.com.br/noticias/politica/politica/91045,lidice-critica-modelo-de-licitacao-no-estado-e-paralisacao-de-obras-em-rodovia.htm

https://www.camara.leg.br/noticias/534502-comissao-da-lei-de-licitacoes-promove-audiencia-com-orgaos-de-controle/

5.2 DO JULGAMENTO OBJETIVO AO JULGAMENTO SUBJETIVO

A licitação pública persegue três propósitos categoricamente esculpidos no Art. 3º da Lei Nº 8.666/93: a isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. No mesmo excerto, a Lei traz os princípios que norteiam o *como* a administração alcançará a proposta mais vantajosa, em especial, deve-se adotar o princípio do *julgamento objetivo*[106].

Não há margem para dúvidas, bem como não existem quaisquer brechas que autorize à administração um julgamento subjetivo. Muito pelo contrário, eis que tal eventualidade é taxativamente rechaçada ao longo do texto legal, impossibilitando aos agentes públicos adotarem critérios que conduzam entendimento contrário[107]:

> Art. 44. **No julgamento das propostas**, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
>
> § 1º **É vedada a utilização de qualquer** elemento, **critério** ou fator sigiloso, secreto, **SUBJETIVO** ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

---

106 *"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, **a seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e **JULGADA EM ESTRITA CONFORMIDADE com os princípios básicos** da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, **do julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos."* (Lei Nº 8.666/93, Art. 3º)

107 *"No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja **avaliação**, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada **exclusivamente por critérios objetivos**."* (Art. 30, §8º)

*"critério para **julgamento**, com disposições claras e **parâmetros objetivos**;"* (Art. 40, Inc. VII)

*"Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, ..., e que também **não conflitem com o princípio do julgamento objetivo** ..."* (Art. 42, §5º)

*"O **julgamento das propostas será objetivo**, ..., os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, ..."* (Art. 45)

*"será feita a **avaliação** e a valorização das propostas de preços, **de acordo com critérios objetivos preestabelecidos** no instrumento convocatório;"* (Art. 46, §2º, Inc. I)

Acerca da inexequibilidade das propostas, o texto não silenciou, e estabeleceu de forma cristalina os critérios à sua identificação (Art. 48, Inc. II). Mais ainda, no caso de obras e serviços de engenharia a Lei estabeleceu parâmetros aritméticos à identificação de propostas manifestamente inexequíveis (Art. 48, Inc. II, §1º).

Porém, a Súmula Nº 262 firmou inteligência no sentido que a delimitação matemática esculpida no diploma legal não seria absoluta, e sim, relativa. Para fundamentar tal entendimento, os controladores invocaram o "*interesse público*", assumindo que tal interesse reside na proposta de menor preço, desde que a licitante tenha capacidade de executar os serviços[108].

É dizer que a identificação de propostas inexequíveis a partir de critérios objetivos não será suficiente para desclassificações, devendo à administração empreender esforço adicional para bem investigar referidas propostas, permitindo, assim, flexibilizar os critérios objetivos em busca do *melhor interesse público*.

Em verdade, o princípio do julgamento objetivo não proíbe que sejam adotados critérios para investigações adicionais, desde que sejam previstos no instrumento convocatório. Bastaria, então, aplicá-los. Contudo, se tais critérios não constarem no edital, adotá-los em momento posterior irá lhes conferir características notoriamente subjetivas, conflitando com a vedação legal.

Assim, ao admitir utilização de critérios *a posteriori* em busca do menor preço, a Súmula Nº 262 revela uma perturbação posicionada no cerne da Lei de Licitações e Contratos, qual seja: *o julgamento objetivo não será, por si só, suficiente para identificar a proposta mais vantajosa*.

Em outras palavras, a regra trazida pela súmula determina que, superadas demais exigências normativas, o menor preço é condição necessária à contratação da proposta mais vantajosa, mas não suficiente. O vencedor do certame deverá ser aquele que ofertar o menor preço e ao mesmo tempo comprovar que é capaz de bem executar o objeto licitado, ainda que comprove por meio de critérios subjetivos.

Há correntes doutrinárias que divergem desse raciocínio, lecionando que propostas inexequíveis são até mesmo ilegais[109]. Contudo, sob a ótica do "*inte-*

108 1.5.1.1. o critério para aferição de exequibilidade de preços definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma **presunção relativa de inexequibilidade** de preços, cabendo à Administração, previamente à desclassificação de propostas consideradas inexeqüíveis a partir desse critério, **verificar a efetiva capacidade de a licitante executar os serviços**, no preço oferecido, assegurando o alcance do **objetivo da licitação**, que é a seleção da **proposta mais vantajosa**, e, por consequência, do **interesse público**, bem tutelado pelo procedimento licitatório; (AC Nº 589/2009-2C. Min. Rel. José Jorge)

109 "**As propostas inexeqüíveis** não são sérias, ou, então, **são ilegais**, porque terão sido efetuadas com propósito de dumping, configurando comportamento censurável, a teor do art. 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual: "*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.'.*"

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 15ª ed. Malheiros Editores. RJ: 2003, p. 547.

resse público", a conclusão extraída da Súmula Nº 262 é plenamente válida; afinal, se determinada empresa goza de plenas condições para executar o objeto contratado, por qual motivo a sociedade deveria descartar a proposta de menor preço?

Mas o corolário dessa diretriz tem um efeito inescapável. Se os critérios objetivos não são suficientes para desclassificar uma proposta manifestamente inexequível, então esses mesmos critérios não serão o bastante para classificar de forma automática uma proposta manifestamente exequível. Por óbvio, pois se agora a inexequibilidade é entendida como relativa, a exequibilidade seguirá a mesma sorte.

Tem que seguir, pois sendo a capacidade de execução da licitante a condição derradeira que conduz à proposta mais vantajosa, o preço proposto será apenas um dos atributos dessa condição. Na visão do controlador, a exequibilidade da proposta não se encerra no mero cotejamento com os parâmetros mercadológicos, mas na análise entre o preço ofertado e a real capacidade de entrega em função dele.

Assim, no limite inferior de preços é plenamente possível o objeto ser doado à administração e a proponente não perceber qualquer contrapartida, hipótese que revelará a proposta mais vantajosa possível. No limite superior, é plenamente possível a proponente não dispor da robustez necessária para honrar sua oferta, mesmo quando seu preço estiver acima dos parâmetros mercantis, hipótese que revelará uma proposta falaciosa.

É por essa razão que a capacidade da licitante entregar o objeto deverá ser suficientemente investigada pelos gestores públicos, qualquer que seja o preço proposto. Afinal, dentro do *melhor interesse público*, por qual motivo a sociedade deveria contratar uma empresa com evidente risco de não cumprir o contrato?

5.3 O CUSTO-BENEFÍCIO E A LACUNA DO PRINCÍPIO

Uma proposta é uma promessa que poderá ou não se realizar. Firmado o contrato, as variáveis que afetam o pacto são numerosas, não existindo uma certeza absoluta quanto ao bom cumprimento da avença. Por essa razão, a legislação previu que as empresas contratadas deverão apresentar garantias com vistas a prevenir o erário de eventuais prejuízos[110].

Entretanto, o contundente número de obras inacabadas fruto de empresas que abandonam seus contratos conduz à inferência que as garantias legais não são capazes de atender satisfatoriamente ao interesse público. Diferente da iniciativa privada, o arcabouço legal que permeia os contratos públicos impede a retomada das obras de modo automático. Não raras vezes, o canteiro termina por se transformar nos conhecidos *elefantes-brancos*.

A bem da realidade, a preocupação contida na Lei de Licitações e Contratos recaiu iminentemente sob o viés financeiro da relação contratante/contratado. Na prática, não se tem aplicado instrumento de análise que considere as externalidades de uma eventual inexecução do objeto, seja ele uma obra de engenharia da mais alta complexidade, seja ele uma simples compra hodierna[111].

---

110 *"§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", **será exigida**, para a assinatura do contrato, prestação de **garantia adicional**, ..."* (Lei Nº 8.666/93, Art. 48)

"Art. 56. A critério da autoridade competente, ... poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. ...

*§ 2º A **garantia** a que se refere o caput deste artigo **não excederá a cinco por cento do valor do contrato** e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.*

*§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, **o limite de garantia** previsto no parágrafo anterior **poderá ser elevado para até dez por cento** do valor do contrato."* (Lei Nº 8.666/93, Art. 56)

111 Em tipos muito particulares de obras/serviços de engenharia, o Art. 9º, § 5º, da Lei nº 12.462/11 (RDC) apresenta possibilidade do anteprojeto contemplar a matriz de alocação de riscos quando tratar-se de contratação integrada. Na mesma esteira, o Art. 42, § 1º, Inc. I, letra "'d" da Lei Nº 13.303/16 (Lei das Estatais) contém previsão obrigatória para utilização da matriz de riscos às contratações integradas e/ou semi-integradas.

Já com relação a esmagadora maioria dos casos, André Pachioni Baeta assim discorre:

*"Apesar de consolidado na literatura internacional, o **princípio básico da alocação de riscos ainda não é amplamente difundido no Brasil**, em que, devido à nossa herança positivista, a doutrina jurídica clássica brasileira baseia a alocação de riscos de acordo com a teoria das áleas ordinária e extraordinária.*

*É o **caso da Lei nº 8.666/93** que, calcada na teoria da imprevisão, **mostra-se um instrumento claramente insuficiente (e ineficiente) para regulamentar o grande espectro de riscos possíveis na execução de uma obra pública**. Com a ideia de preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a referida Lei atribui ao Poder Público uma séria de riscos."*

BAETA, André Pachioni. Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aplicado às licitações e contratos de obras públicas. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Pini, 2016. Pg. 155.

Entrementes, considerando o interesse público de modo holístico, os efeitos deletérios da inexecução do objeto não são pouca coisa. Essa questão é sensível e pode ser mais bem percebida a partir do conceito extraído do magistério de Renato G. Mendes[112]. Ao bem tratar do processo das contratações públicas, o autor pontua que o objeto licitado é definido como a solução que melhor atende uma necessidade e/ou problema da administração.

Ou seja, antes da contratação do parceiro privado a administração já estava às voltas com certa necessidade/problema. Em momento posterior, caso o contratado não dê conta de entregar o prometido, a administração não só continuará pendente da mesma necessidade/problema, mas será brindada com problemas adicionais: os reflexos legais, técnicos, econômicos e administrativos da proposta não cumprida.

Fundamental, pois, compreendermos o princípio do custo-benefício.

O custo-benefício é largamente utilizado em análises marginais e possui inúmeras aplicações. Em síntese, quando maior a diferença (margem) entre os benefícios esperados e os respectivos custos à sua obtenção, melhor a relação custo-benefício. A título ilustrativo, Maria Cecília Borges explica que "*o princípio do custo-benefício do controle, uma das facetas do princípio constitucional da economicidade, determina que o Tribunal de Contas não desenvolva ações de controle cujo custo seja superior aos benefícios a serem auferidos*"[113].

A análise do custo-benefício está no eixo do princípio da economicidade tutelado pelo controle externo, além de ter sido recepcionada textualmente pelo legislador brasileiro como medida da proposta mais vantajosa[114]. De observância obrigatória, o custo-benefício é baliza maior às decisões de contratação.

Via de regra, uma vez deflagrado o certame licitatório para contratação de uma obra pública os benefícios desejados pela administração estarão irremediavelmente fixados[115]. A partir desse momento, a variação marginal somente poderá ocorrer pela outra ponta, a do custo. Desse modo, quanto menor o preço proposto, maior será a margem observada na relação custo-benefício. Eis a

---

112 MENDES, Renato Geraldo. O Processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos / Renato Geraldo Mendes. Curitiba: Zênite, 2012. Pgs. 45-48.

113 BORGES. Maria Cecília Mendes. Aplicação do princípio do custo-benefício do controle. Parecer emitido no Processo Administrativo n. 700.945, de relatoria do auditor Licurgo Mourão. Revista TCEMG|out.|nov.|dez.|2013|Pareceres e Decisões. Pg. 120.

114 *"Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: ... III - busca da **maior vantagem** para a administração pública, **considerando custos e benefícios**, ..."* (Lei Nº 12.462/11)

*"Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: ... II - **busca da maior vantagem competitiva** para a empresa pública ou sociedade de economia mista, **considerando custos e benefícios**, ..."* (Lei Nº 13.303/16)

115 Excetua-se previsão contida na Lei das Estatais. Nas contratações semi-integradas e integradas onde o critério de julgamento seja a melhor combinação de técnica e preço, é possível avaliações técnicas dos benefícios eventualmente oferecidos pelas proponentes. (Lei Nº 13.303/16, Art. 42, § 1º, Inc. III)

fórmula para se chegar naquela que a legislação brasileira considera *a proposta mais vantajosa ao interesse público*.

Por sua vez, ao abrir precedente de análise para além dos critérios objetivos, a Súmula Nº 262 noticia que o interesse público não considera *a proposta mais vantajosa* tão somente com base na análise do custo-benefício. Faz assim valer uma das maiores sapiências populares: "*o seguro morreu de velho*". Em outras palavras, a partir da Súmula Nº 262 o modo de verificação da proposta mais vantajosa passou a contar com um elemento fundamental na equação: o *risco*.

É o risco a variável que justifica a relativização de uma proposta inexequível. Contudo, apesar da Súmula Nº 262 obrigar à análise do risco para propostas que escapam do consenso mercadológico, não há o mesmo zelo quando os preços permanecem dentro dos parâmetros legais. As consequências são, pois, inevitáveis.

É claro que haverá sustentação oposta no sentido que o risco da contratação estaria mitigado pelas exigências de habilitação. Essa questão será abordada logo em seguida. Antes, porém, é preciso estabelecer uma ordem de prioridade entre o custo e o benefício. Nesse passo, novamente a lição de Renato G. Mendes[116]:

> "... **se tivermos que eleger**, entre os dois valores, o mais importante, certamente **a escolha recairá sobre o benefício, e não sobre o preço**. A opção não é, nesse caso, motivada por uma preferência pessoal ou meramente subjetiva, mas sim objetiva. E a objetividade decorre de um raciocínio puramente lógico: **a finalidade da contratação não é pagar menos, mas obter o objeto que atenda plenamente à necessidade** específica da Administração. Claro que não afirmamos, aqui, que tal satisfação possa ocorrer a qualquer preço. Estamos apenas definindo uma ordem de prioridade entre benefício e preço."

Estabelecida a prioridade, o processo decisório é então balizado sob a perspectiva do benefício perseguido pelo interesse público, não do custo. Evidente, conforme demonstrado anteriormente, se os custos superarem os benefícios o gasto público não se justifica e a decisão deverá ser pela não contratação da obra.

Contudo, essa lógica inspira cuidados. É que para embasar uma tomada de decisão no tempo presente, a análise do custo-benefício assume o futuro como fixo (certo). Mas o resultado futuro de uma decisão no presente é irremediavelmente condicionado pelos impactos dos eventos que surgirão ao longo do tempo (esses são incertos). Se os impactos forem de menor grau, a relação cus-

116 Bisidem. Pgs. 58-59.

to-benefício permanecerá viável. Mas, se os impactos forem elevados, a relação custo-benefício deixará de ser vantajosa, podendo, inclusive, desaguar em problemas maiores.

Reforçando a citação anterior de André Baeta, o arcabouço legal brasileiro é insuficiente e ineficiente para regulamentar o grande espectro de riscos incidentes numa obra pública. Com razão o autor. As regras de habilitação das empresas interessadas em contratar com o poder público consideram a experiência passada e o *status* presente das licitantes. Não existem critérios de análise quanto aos eventos futuros que poderão impactar a robustez da empresa parceira, tampouco sua capacidade de resposta. No limite, há impedimento à administração considerar situações com evidente risco de forte impacto. Confira-se[117]:

> Cuidam os autos de **representação formulada pelo Ministério Público Federal** requerendo a adoção de medidas cabíveis no âmbito da competência desta Corte de Contas, a respeito de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 431/2013, deflagrado pela Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) no Estado de Mato Grosso, consistentes, especialmente, em contratação de **empresa investigada pelo MPF em outros contratos e proposta vencedora possivelmente inexequível**, porquanto muito inferior ao orçamento estimativo da licitação.
>
> ...
>
> a) **o fato** de a Rodocon Construções Rodoviárias Ltda estar sendo investigada pelo Ministério Público Federal em outros contratos, considerando os princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, **não a torna impedida de participar de licitações**, considerando que apresentou a documentação exigida no edital da licitação ...;

Como já dito, o foco do presente estudo não intenciona soluções finais às vicissitudes de nossa legislação. Não se está a analisar à aplicação do direito. Ao contrário, o intuito é expor o imbróglio no qual os gestores públicos se encontram. Sob tal ótica, o acórdão sobre citado é por demais emblemático.

Nesse caso concreto a administração se viu obrigada a recepcionar proposta de menor preço formulada por empresa alvo de investigação do Ministério Público Federal. Como efeito, forçoso concluirmos que os desdobramentos do procedimento investigativo são considerados pelo legislador como indiferentes à busca da proposta mais vantajosa e, por consequência, indiferentes ao próprio interesse público.

117 TCU - Acórdão Nº 4458/2020– 1ª Câmara. Min. Relator: Raimundo Carreiro.

A título de exercício, vale nos colocarmos na posição do gestor público responsável pela contratação. Indagações pertinentes. A investigação poderá refletir no contrato? A investigação envolve danos ao erário? Os sócios poderão ser presos? É possível a investigação levar à falência da empresa? Firmado o contrato, há possibilidade de medições serem penhoradas em função da investigação? Quais os prováveis impactos para a empresa e, por consequência, para o contrato?

Ora, se o benefício resguarda prioridade sobre o preço, o *interesse público* não pode (não poderia) desconsiderar a realidade.

Entretanto, mesmo diante de uma situação deveras preocupante, a decisão do controlador desconsidera absolutamente os prováveis efeitos das diligências do MPF. Ao contrário, determina, claramente, que a administração deve correr o risco de contratar uma empresa sob processo de investigação sem qualquer cautela adicional.

Como explicar para o homem médio que o gestor público deverá dar início a um contrato que logo adiante poderá ser paralisado e engrossar as estatísticas de obras inacabadas? Quais os parâmetros que fizeram o legislador acreditar que a sociedade estaria disposta a correr esse nível de risco? Diante do cenário real, é razoável dizer que o interesse público ainda residirá na proposta de menor preço?

Para além do exemplo ilustrado, existem incontáveis incertezas à execução de uma obra pública, algumas de maior grau, outras nem tanto. Dado o cenário real, é exatamente a desconsideração desses riscos que conduz à escolha de parceiros que '*não dão conta do recado*'. Pior, criam problemas e demandas onde antes não havia. Resta evidente que o princípio do custo-benefício, por si só, não alcança o interesse público de modo pleno. Vejamos, então, o instituto do *risco-retorno*.

5.4 O INTERESSE PÚBLICO E O CRITÉRIO DO RISCO-RETORNO

O exemplo anterior foi bastante para demonstrar que os atuais procedimentos de escolha das empresas parceiras são insuficientes para mitigar adequadamente os riscos de inexecução da obra pública. Tal decorre do tipo de análise eleita pelo legislador, no qual se averígua a experiência e as condições atuais das empresas interessadas, porém, sob uma premissa utópica de cenários futuros imutáveis.

A análise tal qual é feita pressupõe que todas as empresas habilitadas detêm, naquele momento, uma condição mínima de entregar a obra licitada dentro das especificações exigidas. A análise não distingue uma empresa com 60 anos de mercado do aventureiro com a *pasta debaixo do braço*[118]. Não difere a empreiteira com excessivos contratos em andamento de outra com boa parte de recursos ociosos, prontos para irem a campo. Não diferencia uma empresa eivada de processos judiciais de outra que conduz seus conflitos de modo equilibrado. A análise desconsidera as diferentes capacidades de resposta frente aos impactos de possível contingência.

No ímpeto do menor preço, aceita o risco de modo nivelado.

Repisando a prioridade do benefício em relação ao preço, os critérios vigentes não acarretam maiores transtornos quando surgem problemas nos contratos relativos a objetos mais simples e/ou de menor urgência. É o caso das aquisição de materiais de escritório, compras de automóveis, serviços de limpeza, entre outros. Evidente, haverá os dissabores inerentes às medidas paliativas, reflexos de ordem legal, necessidade de aporte adicional de recursos financeiros, etc. Contudo, o interesse público tende a ser rapidamente reposto e, via de regra, já há parcela do objeto no usufruto da sociedade, caso das compras, ou por ela consumida, caso das prestações de serviços. O risco, portanto, tende a ser suportável.

Distinto é o caso das obras públicas. De modo geral, esses empreendimentos terão utilidade somente quando terminados, *´chave na mão´*. Obra inacabada, além de inútil, gera desembolsos com manutenção, conservação e vigilância do canteiro. Se for alvo de ação judicial a resolução demorará anos até que a sociedade perceba o retorno do investimento (não raras vezes o projeto é abandonado). Por isso, sempre sob a premissa prioritária do benefício, aqui o risco nem sempre será suportável.

Por exemplo, adotar de modo nivelado o risco de abandono à execução de uma praça na cidade, em tese, poderia ser aceito pela sociedade. Exemplo

118 *"... o **Min. Benjamin Zymler**, em manifestação oral, **ressaltou a necessidade de imposição de requisitos de habilitação** severos nesse tipo de licitação, **que filtrem aventureiros ..., e de que o Tribunal tenha a sensibilidade de não considerar esses requisitos como restritivos à competitividade** do certame."* (AC Nº 926/20-P)

outro, o risco de abandono de uma obra de macrodrenagem contra enchentes constantes certamente seria percebido em grau bastante diferente.

A pergunta, então, é a seguinte: se não há instrumentos que impeçam uma empresa de vencer um certame licitatório munida de proposta falaciosa, existiriam alternativas que defendam o melhor interesse público? A resposta é sim. Entre as opções viáveis, a governança com base na gestão de riscos tem ganhado relevo.

Fortemente incentivada pelos órgãos de controle, as práticas da boa governança no setor público já são objeto de estudo há vários anos[119]. No Brasil, o TCU lançou em 2013 o *Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública*, seguido por várias publicações que objetivam incentivar e auxiliar os gestores públicos à implementação, manutenção e aperfeiçoamento de sistemas de governança.

Avanço legislativo veio com a Instrução Normativa Conjunta MP/CGU Nº 01/16, dispondo acerca dos controles internos, *gestão de riscos* e governança no âmbito do Poder Executivo federal. Na sequência, destaque especial para o Decreto Nº 9.203/17, que regulamentou a política de governança da administração pública federal e estabeleceu os princípios, as diretrizes e os mecanismos para o exercício da governança com base na *gestão de riscos*[120].

Por sua vez, o conceito carregado pelo risco-retorno advém das teorias econômicas[121] e é bastante óbvio. Existindo alternativas capazes de produzir um mesmo resultado, opta-se por aquela de menor risco. Lado outro, diante de alternativas de igual risco, opta-se por aquela de maior retorno. O desafio, então, é identificar a melhor relação entre um retorno satisfatório e um risco suportável[122].

Extrapolando para o caso das obras públicas, o resultado perseguido é fixo e dado pela ponta do benefício (não do custo). O retorno do investimento pretendido pela sociedade não será outro, senão, a própria obra. Assim, estamos diante de um cenário onde o retorno é uma constante, mas o risco é variável.

Ocorre que o sucesso do investimento não depende exclusivamente da administração. Uma empresa parceira será escolhida para fazer valer o interesse

---

119 Entre as publicações pioneiras, destaque para a Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective (Study13), editado pela International Federation of Accountants (IFAC) no ano de 2001.

120 "**gestão de riscos** - *processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a* ***fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos."***

(Dec. Nº 9.203/17, Art. 2º, Inc, IV)

121 Confira-se à Teoria Moderna do Portfólio de Harry Markowitz.

122 *"Considerando apenas os subconjuntos dos projetos viáveis socialmente, ranqueiam-se os projetos conforme os critérios de* ***maior retorno*** *social líquido e* ***menor risco****".*

BRASIL. EPL - Empresa de Planejamento e Logística S.A. Manual de Custo-Benefício para Projetos de Infraestrutura de Transporte. Pg. 11.

público e, apesar de passarem por um mesmo processo de seleção, diferentes empresas implicam em diferentes graus de riscos.

A razão é simples. Os eventos futuros impactam as empresas de diferentes modos. Algumas empresas irão suportar as consequências desses impactos e a obra será entregue. Outras, porém, não irão suportar, e o empreendimento entrará para as estatísticas de obras inacabadas. Enfim, o retorno do investimento não é garantido.

E não são poucos os eventos de risco que podem impactar o desenvolvimento de uma obra pública. Dentre os que escapam das regras de análise no âmbito das licitações públicas, alguns podem ser pinçados a partir do magistério de André Baeta: riscos associados à deficiência das peças técnicas (inclusive orçamentos), riscos inerentes à própria construção, riscos operacionais e logísticos, riscos ambientais e climáticos, riscos de mercado, riscos relativos aos processos de desapropriação, riscos políticos, riscos com furtos, roubos e extravios, riscos legais, regulatórios, trabalhistas, tributários e previdenciários, riscos de financiamento, riscos de danos a terceiros e riscos de cronograma[123].

Para além desses, existem os riscos oriundos da condição particular da licitante vencedora do certame, eis que cada empresa carrega seus próprios riscos decorrentes das mais diversas situações: riscos oriundos das relações com clientes e/ou colaboradores, do seu modo e estratégia de atuação no mercado, da região onde se darão os serviços em relação ao local de sua sede, do seu histórico de sucessos e insucessos, da experiência de mercado de seus gestores e corpo técnico (especialmente no tocante aos contratos públicos), de imbróglios judiciais (os mais diversos), de processos no âmbito dos tribunais de contas, de disputas societárias, entre vários outros, tal qual o caso citado anteriormente onde verificou-se que a empresa era alvo do Ministério Público Federal por supostas irregularidades em contratos assemelhados.

Não se nega a obrigação de reparo que recai sobre as empresas na ocorrência de danos e problemas para os quais tenha concorrido. Entretanto, mesmo que em momento futuro o dano seja reposto, quem irá amargar as consequências imediatas da paralisação das obras é a sociedade. É o produtor rural que continuará transitando em estradas inadequadas, são os estudantes que deverão aguardar por sua escola, são as mães que ainda não terão vagas em creches, são os marginalizados que permanecerão sendo afetados por enchentes, são os cidadãos que continuarão desprovidos de unidades de saúde, enfim, a paralisação vai muito além da simples conta aritmética.

Portanto, sob a ótica do melhor interesse público, a questão central não reside no menor valor a ser pago pelo benefício, mas nas consequências em não ter sua necessidade atendida. Assim, quanto maior a necessidade da população pela obra pública, menor deverá ser o risco assumido pelo gestor.

123 Bisidem. Pg. 154.

5.5 O INTERESSE PÚBLICO E A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Resgatando o magistério de Renato G. Mendes, o doutrinador faz a pergunta derradeira: "*Como ter a certeza de que um terceiro conseguirá satisfazer a necessidade, por meio de uma solução adequada?*"[124].

Na sequência de seu raciocínio o autor revela a impossibilidade de tal desiderato: "*Toda e qualquer probabilidade de certeza é apenas e tão somente relativa. Sendo assim, é indispensável reduzir ao máximo a incerteza e, consequentemente, aumentar o nível de certeza*". Entretanto, ao evoluir sua exposição o autor sustenta que *"para resolver o problema da eventual incerteza, foi prevista a fase externa da contratação. É nela que o nível de certeza deve ser apurado, e não em outro momento*".

A conclusão de Mendes procura arrimo tão somente na natureza do objeto, em síntese, entendendo que para objetos menos complexos (caso das compras) a incerteza da administração seria menor, enquanto para objetos mais complexos (caso das obras) a incerteza seria maior. Recai, assim, na mesma questão trabalhada nos tópicos anteriores, inferindo que a "*finalidade da licitação ... é obter a melhor relação entre o encargo (benefício visado) e a remuneração (preço a ser pago)*".

De fato, esse é o caminho oferecido pela legislação para obtenção daquilo que se entende como a "*proposta mais vantajosa*". Contudo, dado o cenário de obras inacabadas, é crível que a sistematização dada pela Lei Nº 8.666/93 não tem respondido à expectativa da sociedade. A preocupação do TCU é valorosa. O que melhor atende ao interesse público é a capacidade da empresa bem executar a obra pública, hipótese que o protocolo licitatório nem sempre é capaz de encerrar de modo pleno. Salutar que sejam observadas cautelas adicionais.

Para tanto, é conveniente que o gestor analise os riscos em função do cenário que se criou, providência que se justifica pela Teoria dos Custos de Transação[125].

Oliver Williamson explica que a TCT é micro analítica e consciente dos pressupostos comportamentais. Desenvolve, assim, uma análise institucional comparativa e considera a empresa como uma estrutura de governança ao invés de uma unidade de produção. A análise é desenvolvida por uma combinação das perspectivas legais, econômicas e gerenciais, mas não sob cenário fixo, pretérito e genérico. Ao contrário, pressupõe o futuro incerto e específico a certo contrato.

---

124 MENDES, Renato Geraldo. O Processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos / Renato Geraldo Mendes. Curitiba: Zênite, 2012. Pgs. 52-57.

125 *"... Teoria dos Custos de Transações: surgiu como uma vertente da análise da Nova Economia Institucional, trazendo à tona o fato de que o ato de transacionar economicamente, ou seja, realizar contratos, possui um* ***custo que não pode ser negligenciado****"* (ILHA, 2010).

Os autores Augusto, Souza e Erdmann[126] explicam que os agentes de uma cadeia de suprimentos não são capazes de obter um conhecimento completo e antecipado das consequências advindas de cada escolha realizada, o que torna a elaboração dos contratos limitada em face à impossibilidade de se processar a totalidade das informações. Por essa razão, podem ocorrer custos de transação mais altos em virtude da necessidade de gerenciar um contrato incompleto, notadamente em função de gastos econômicos da gestão desse contrato (e dos eventuais reflexos de sua inobservância).

É dizer que para fornecedores diferentes, os custos de transação serão distintos. Todavia, o atual protocolo às licitações públicas não é capaz de captar tais custos, conduzindo, por diversas vezes, ao insucesso do contrato. Caso os custos de transação fossem considerados, a proposta mais vantajosa seria dada pela composição do preço ofertado com o custo de transação do contrato. Por exemplo:

Preço ofertado	Custo da Transação	Custo Final
$ 1.000.000,00	15,00%	$ 1.150.000,00
$ 1.050.000,00	7,50%	$ 1.128.750,00
$ 1.102.500,00	3,75%	$ 1.143.843,75

O exercício acima demonstra que a proposta mais vantajosa não seria aquela cuja empresa ofertou o menor preço. Isso porque em função de um custo de transação bem maior que suas concorrentes, sua proposta é menos vantajosa que as demais. Por outro lado, mesmo não tendo o menor custo de transação entre as concorrentes, a empresa que ofertou o segundo menor preço revelou ser detentora da proposta mais vantajosa, eis que na composição das parcelas atingiu o menor custo final.

Ocorre que a legislação brasileira não permite tal análise, de modo restar ao gestor a providência de tentar minimizar os riscos incidentes à proposta de menor preço. Para tal mister, a TCT orienta aos gestores à definição dos mecanismos de governança, bem como a Súmula Nº 262 do TCU determina investigação quanto a real capacidade de entrega da empresa proponente.

Contudo, no ambiente das obras públicas não há parâmetros consensuais para tal análise, gerando uma brutal insegurança jurídica nos gestores. Ainda que promovam suas diligências, se não contratarem a proposta de menor preço, correm o risco de serem acusados de análise inadequada. Se contratam e a empesa abandonar o contrato, correm o mesmo risco.

É esse dilema que a metodologia a seguir intenciona colaborar à solução.

126 AUGUSTO, C. A.; SOUZA, J. P.; ERDMANN, R. H.; CARIO, A. F. Cadeia de Suprimentos: uma análise a partir da Teoria dos Custos de Transação, da Teoria dos Custos de Mensuração e da Visão baseada em recursos. E&G Economia e Gestão, Belo Horizonte, v. 15, n. 39, Abr./Jun. 2015

5.6 METODOLOGIA À IDENTIFICAÇÃO DO RISCO DE CONTRATAÇÃO

As linhas anteriores demonstraram a pertinente orientação do TCU no sentido que a administração deve ir além da mera análise das propostas, necessitando se debruçar sobre a efetiva capacidade de entrega do objeto por parte do licitante.

Isso implica em dizermos que aquilo que é inexequível para determinada empresa, poderá ser perfeitamente exequível para outra, sendo a recíproca verdadeira. O efeito é, pois, inevitável. Se a inexequibilidade da proposta é um parâmetro relativo, a exequibilidade gozará de idêntico atributo.

Dessa forma, a determinação dos controladores nos conduz ao raciocínio que a verificação cartesiana com base apenas em parâmetros mercadológicos necessita ser extrapolada, sendo imprescindível o aprofundamento investigativo às reais condições da contratada em bem executar a obra pública.

Em outras palavras, o menor preço não pode ser perseguido a qualquer custo. Há que se ponderar o risco.

Todavia, o TCU não prescreveu o *como* tal análise deve ser feita.

O dilema está posto. Não existindo métricas consensuais, quaisquer que sejam os critérios adotados pelos gestores estarão sujeitos à reprovação do controle, hipótese que a metodologia a seguir apresentada se propõe a resolver.

Premissa Iniciais

A metodologia pretende oferecer parâmetros que, em face da contratação de determinada empresa, balizem a atuação dos gestores diante do risco de insucesso à execução de determinada obra pública.

Na prática, o risco da contratação é variável e dependente da empresa vencedora do certame, o que implica em diferentes custos de transação. Assim, quanto maior o risco, maiores os custos de transação e maior será o esforço da administração para ver a obra concluída.

Trata-se de checagem adicional que, se não tem o condão de interferir no resultado do processo licitatório, poderá servir de norte às ações de acompanhamento e fiscalização do contrato[127].

Risco Limite e Risco Assumido

Conceitos similares, *risco limite* e *risco assumido* não podem ser confundidos. O risco limite é a fronteira para além da qual uma organização não acei-

127 **A proposta mais vantajosa não é necessariamente aquela que possui o menor preço, e sim** a que atende aos interesses descritos no instrumento convocatório e, para nós, **é aquela que** traduz a melhor forma de cumprimento dos critérios definidos pela Administração que, em última análise, **atinge os princípios básicos da boa governança de obras públicas.** (BONATTO, 2018)

ta estar exposta, de forma não existir retorno possível que justifique eventual aventura.

No caso das obras públicas o risco limite é dado pelas fronteiras legais. Caso a licitante não reúna as condições de habilitação previstas no Art. 27 da Lei Nº 8.666/93[128], a administração estará impedida de contratá-la, qualquer que seja o preço ofertado. Ainda nas fronteiras legais, a administração não irá contratar uma empresa que ofereça proposta de preços manifestamente inexequíveis[129].

Por sua vez, o risco assumido é o nível aceito pela organização para enfrentar os riscos inerentes ao seu objetivo. É o conceito "*fight or flight*" (luta ou fuga). A organização decide *lutar* com os riscos até certo ponto. Uma vez ultrapassado, a capacidade de resposta diminuirá progressivamente e a organização tentará evitar, mitigar ou transferir os riscos. A ilustração demonstra os conceitos:

Esquema corporativo ao gerenciamento de riscos

O bom senso conduz as organizações assumirem riscos sempre abaixo dos limites toleráveis, existindo um *gap* de segurança no caso de ocorrência de eventos que ultrapassem essa delimitação. Em termos de gestão de riscos, a expressão "fuga" não significa abandono do projeto. Trata-se, pois, de indicador que demonstra naquele momento/cenário a organização não está adequadamente preparada para enfrentar eventual materialização de riscos maiores.

Não é o caso das normas que regem a contratação de uma obra pública, vez que não há distinção entre risco assumido e risco legal. Sem o *gap*, a administração desconhece sua real exposição. Eis o ambiente em que os gestores públicos atuam:

Esquema estabelecido aos gestores públicos

Os gráficos demonstram que quanto maior o risco assumido, maior o nível de incertezas a serem enfrentadas, maior o esforço necessário à organização e menor a chance de alcance dos objetivos (mais custos de transação).

128 Art. 58 da Lei Nº 13.303/16 (Lei das Estatais)

129 Salvo comprove a exequibilidade de sua proposta nos termos da Súmula Nº 262.

Entre as principais incertezas à execução de uma obra pública, a possibilidade de uma empresa qualquer abandonar o contrato é um dos principais eventos de risco observados nos últimos anos. Tal eventualidade é variável e diretamente dependente da empresa contratada.

Lado outro dos gráficos de riscos, quanto maior o nível de certeza que uma empresa qualquer oferecer à execução de uma obra pública, menor será o risco assumido pela administração e, principalmente, menor o esforço necessário ao órgão/ente na busca de seu objetivo (menos custos de transação).

O risco assumido é, portanto, uma função diretamente proporcional ao nível de certeza (ou incerteza) que uma empresa qualquer oferecerá à execução da obra. Dado uma obra específica, o cerne da presente metodologia é o estabelecimento desse patamar de risco em face das condições que permeiam a execução do empreendimento.

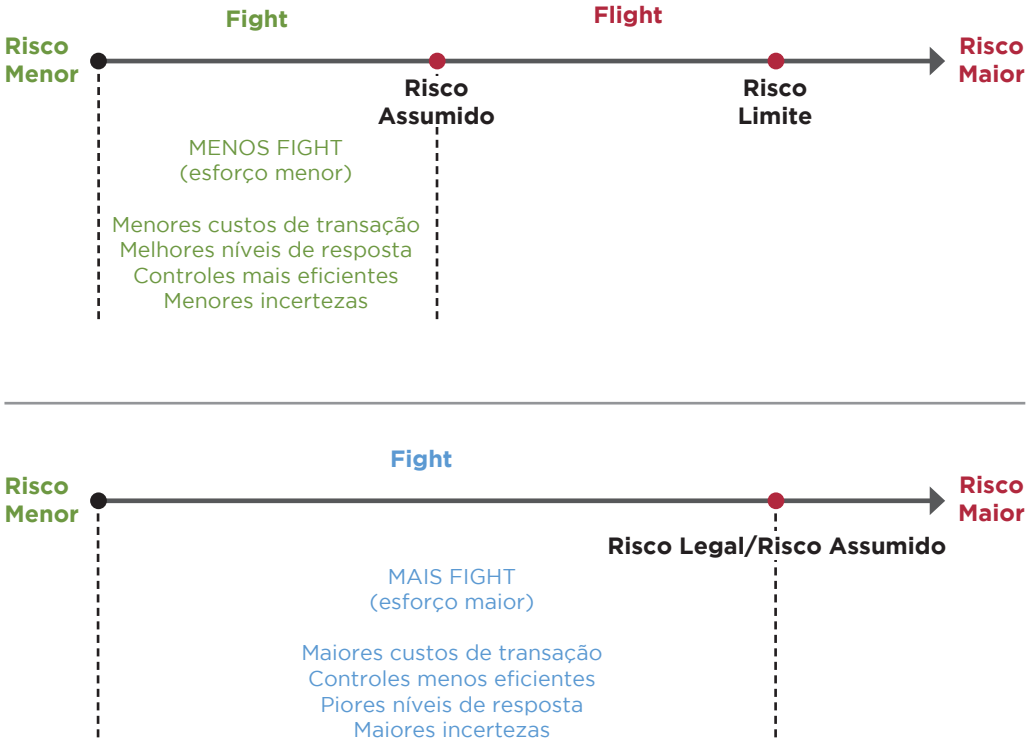
Com tal parâmetro estabelecido é possível à administração compreender o verdadeiro nível de risco que determinada contratação oferecerá à execução do empreendimento. Assim, além oferecer capacidade de resposta bem mais adequada à ameaça, o indicador permite um melhor tempo de reação afim de impedir a extrapolação do risco limite, quiçá, evitando a paralisação da obra pública.

Definição do Risco Assumido

Quanto mais próximo o objetivo a ser alcançado estiver das possibilidades da organização, menor será seu risco assumido, eis que menores as incertezas a serem enfrentadas ao longo do caminho.

Assim, obras mais simples terão um risco assumido menor. Obras com menor tempo de execução também, assim como aquelas com menor intervenção no meio ambiente. Obras com menor desembolso financeiro tendem a ter um risco assumido menor, assim como obras com maior número de empresas dispostas a executá-la e/ou com arcabouço regulatório descomplicado.

De modo oposto, obras mais complexas, com maior tempo de execução, com maior intervenção no meio ambiente, com valores financeiros mais significativos, com menor número de interessados a execução e aquelas cujo emaranhado legal é mais desafiador, tendem apresentar um risco assumido bem maior.



NOTA: uma vez tomada a decisão por executar a obra, o risco assumido não é uma escolha e sim uma constatação. As propostas de preços já foram reveladas. Cabe à administração compreender o cenário em que se encontra.

A identificação do patamar do risco assumido é uma análise que reúne critérios múltiplos e se desenvolvida de modo empírico pode conduzir uma decisão com base em informação defeituosa. Há diversas ferramentas que podem auxiliar os gestores, dentre as quais, o estudo fará uso do *Analytic Hierarchy Process* (AHP)[130].

Para tanto, três cenários foram estabelecidos. O ideal, no patamar mínimo de riscos, o risco limite, posicionado na fronteira legal, e o risco assumido, computado a partir do cotejamento com os parâmetros de análise e respectivos pesos. Os critérios aqui adotados são meramente ilustrativos, devendo cada órgão/ente decidir quais são relevantes à sua realidade, bem como suas proporcionalidades (caso adotem o AHP).

O exemplo utilizou os seguintes critérios: complexidade de execução da obra, estrutura de fiscalização disponível, estrutura de gestão de contratos disponível, impacto e disponibilidade financeira, tempo estimado de execução das obras, condições e impactos no meio ambiente, nível de confiabilidade e precisão do projeto, grau de interferência externa, grau de legislação incidente e

130 Processo Analítico Hierárquico. O presente estudo não adentrará no detalhamento da ferramenta.

possibilidade de retomada das obras em caso de abandono da empresa vencedora do certame.

A tabela a seguir ilustra uma licitação com vistas a uma obra de uma creche em um pequeno município brasileiro vencida por uma empresa com proposta de preços no limite do que pode ser considerado manifestamente inexequível.

CRITÉRIO		RISCO MÍNIMO		RISCO MÁXIMO		RISCO ASSUMIDO	
DISCRIMINAÇÃO	PESO	NOTA	EQUIV.	NOTA	EQUIV.	NOTA	EQUIV.
Possibilidade de Retomada	30%	1	0,3	10	3	10	3
Fluxo Financeiro	20%	1	0,2	10	2	9	1,8
Estrutura de Fiscalização	15%	1	0,15	10	1,5	8	1,2
Precisão do Projeto	10%	1	0,1	10	1	8	0,8
Estrutura de Gestão	8%	1	0,08	10	0,8	6	0,48
Complexidade de Execução	6%	1	0,06	10	0,6	4	0,24
Tempo de Execução	4%	1	0,04	10	0,4	4	0,16
Interferência Externa	3%	1	0,03	10	0,3	2	0,06
Arcabouço Legal	2%	1	0,02	10	0,2	2	0,04
Aspectos Ambientais	2%	1	0,02	10	0,2	1	0,02
NOTA DE RISCO	**100%**		**1**		**10**		**7,8**

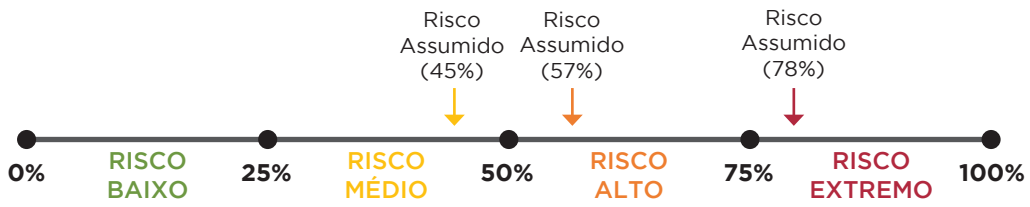
Em outro cenário, consideram-se os mesmos critérios, porém, a proposta de menor preço está mais próxima das suas concorrentes, o que tornaria a retomada das obras algo mais crível no caso de abandono pela vencedora do certame.

CRITÉRIO		RISCO MÍNIMO		RISCO MÁXIMO		RISCO ASSUMIDO	
DISCRIMINAÇÃO	PESO	NOTA	EQUIV.	NOTA	EQUIV.	NOTA	EQUIV.
Possibilidade de Retomada	30%	1	0,3	10	3	3	0,9
Fluxo Financeiro	20%	1	0,2	10	2	9	1,8
Estrutura de Fiscalização	15%	1	0,15	10	1,5	8	1,2
Precisão do Projeto	10%	1	0,1	10	1	8	0,8
Estrutura de Gestão	8%	1	0,08	10	0,8	6	0,48
Complexidade de Execução	6%	1	0,06	10	0,6	4	0,24
Tempo de Execução	4%	1	0,04	10	0,4	4	0,16
Interferência Externa	3%	1	0,03	10	0,3	2	0,06
Arcabouço Legal	2%	1	0,02	10	0,2	2	0,04
Aspectos Ambientais	2%	1	0,02	10	0,2	1	0,02
NOTA DE RISCO	**100%**		**1**		**10**		**5,7**

Num terceiro cenário, além da proposta de menor preço estar mais alinhada os preços mercadológicos, a robustez da empresa permite maior tolerância a eventuais atrasos no fluxo financeiro.

CRITÉRIO		RISCO MÍNIMO		RISCO MÁXIMO		RISCO ASSUMIDO	
DISCRIMINAÇÃO	PESO	NOTA	EQUIV.	NOTA	EQUIV.	NOTA	EQUIV.
Possibilidade de Retomada	30%	1	0,3	10	3	3	0,9
Fluxo Financeiro	20%	1	0,2	10	2	3	0,6
Estrutura de Fiscalização	15%	1	0,15	10	1,5	8	1,2
Precisão do Projeto	10%	1	0,1	10	1	8	0,8
Estrutura de Gestão	8%	1	0,08	10	0,8	6	0,48
Complexidade de Execução	6%	1	0,06	10	0,6	4	0,24
Tempo de Execução	4%	1	0,04	10	0,4	4	0,16
Interferência Externa	3%	1	0,03	10	0,3	2	0,06
Arcabouço Legal	2%	1	0,02	10	0,2	2	0,04
Aspectos Ambientais	2%	1	0,02	10	0,2	1	0,02
NOTA DE RISCO	**100%**		**1**		**10**		**4,5**

A nota dos *riscos assumidos* obtidas pelos AHPs podem ser transferidas para uma escala qualitativa, conforme esquema a seguir:



Os exemplos demonstram a hipótese suscitada pelo TCU, onde a capacidade de entrega do parceiro privado é fator derradeiro para o sucesso da execução da obra pública. Mais ainda, os riscos assumidos pelo parceiro privado afetam diretamente a capacidade de resposta do contratante público.

Assim, a contratação de um parceiro no limite dos critérios de exequibilidade de preços impõe à administração um risco extremo. Caso a contratada *não dê conta do recado*, dificilmente sua substituição será viável, eis que as demais concorrentes tenderiam não aceitarem executar o objeto pelo mesmo preço.

Para evitar um nível perigoso de exposição ao risco, a administração precisará aumentar seus custos de transação, atuando nas estruturas de controle e gestão, bem como nos demais aspectos que geram incertezas ao bom andamento dos serviços. Entretanto, nem sempre essas providências são factíveis de modo dinâmico[131].

Para se precaver, a análise da capacidade de entrega da empresa que apresentar a proposta de "*melhor custo-benefício*" é imprescindível, qualquer que seja o preço ofertado.

Análise da Capacidade de Entrega da Licitante de Menor Preço

O raciocínio é simples. Se a empresa tiver grande capacidade para bem executar o contrato, o risco assumido pela administração irá diminuir. Caso contrário, o risco poderá aumentar até o limite da fronteira legal.

Nesse sentido, é razoável a inferência que empresas de maior robustez financeira, com mais experiência de mercado, com melhor histórico de desempenho e/ou sem problemas legais conduzirão a um nível de incerteza menor, igualmente possibilitando à administração um esforço menor para ver seu objeto entregue.

Na outra ponta, empresas com pouco suporte financeiro, com pouco tempo de mercado, com histórico de problemas de desempenho e/ou eivadas de processos administrativos e judiciais, oferecem um nível de incerteza maior, impondo à administração um esforço maior para ver a obra pública concluída.

131 O fluxo financeiro pode não depender do órgão/ente, caso dos convênios. As estruturas de fiscalização e gestão podem estar assoberbadas, situação bastante comum. Não há possibilidade de atuar de modo célere para melhorar o nível de precisão dos projetos, entre outros obstáculos.

Entre as diversas cautelas existentes no mundo corporativo para análise de seus fornecedores, a *Due Diligence* de terceiros está entre as principais providências.

A profundidade das diligências da administração deve considerar o nível de risco assumido a partir do resultado do procedimento licitatório. Quanto maior o risco detectado, maior deverá ser a cautela e mais intensa a análise quanto a real capacidade de entrega do fornecedor.

Quatro aspectos da empresa são fundamentais e necessitam de avaliação em função do porte e desafios inerentes à obra: situação econômica, experiência operacional, histórico de desempenho e imbróglios jurídicos/administrativos.

Dessa forma, a administração poderá obter uma medida qualitativa de certeza com relação a real capacidade de entrega: *grande certeza, boa certeza, pouca certeza e nenhuma certeza*. De modo análogo ao método de análise anterior, é possível estabelecer uma tabela de notas e pesos. A seguir, algumas simulações:

CRITÉRIO		ANÁLISE	
DISCRIMINAÇÃO	PESO	NOTA	EQUIV.
Robustez econômica	50%	1	0,5
Experiência operacional	30%	1	0,3
Histórico de desempenho	10%	1	0,1
Imbróglios jurídico/ administrativos	10%	10	1
CAPACIDADE ESTIMADA	**100%**		**1,9**

Nenhuma Certeza

CRITÉRIO		ANÁLISE	
DISCRIMINAÇÃO	PESO	NOTA	EQUIV.
Robustez econômica	50%	2	1
Experiência operacional	30%	3	0,9
Histórico de desempenho	10%	8	0,8
Imbróglios jurídico/ administrativos	10%	10	1
CAPACIDADE ESTIMADA	**100%**		**3,7**

Pouca Certeza

CRITÉRIO		ANÁLISE	
DISCRIMINAÇÃO	PESO	NOTA	EQUIV.
Robustez econômica	50%	5	2,5
Experiência operacional	30%	6	1,8
Histórico de desempenho	10%	7	0,7
Imbróglios jurídico/ administrativos	10%	8	0,8
CAPACIDADE ESTIMADA	**100%**		**5,8**

Boa Certeza

CRITÉRIO		ANÁLISE	
DISCRIMINAÇÃO	PESO	NOTA	EQUIV.
Robustez econômica	50%	9	4,5
Experiência operacional	30%	9	2,7
Histórico de desempenho	10%	7	0,7
Imbróglios jurídico/ administrativos	10%	10	1
CAPACIDADE ESTIMADA	**100%**		**8,9**

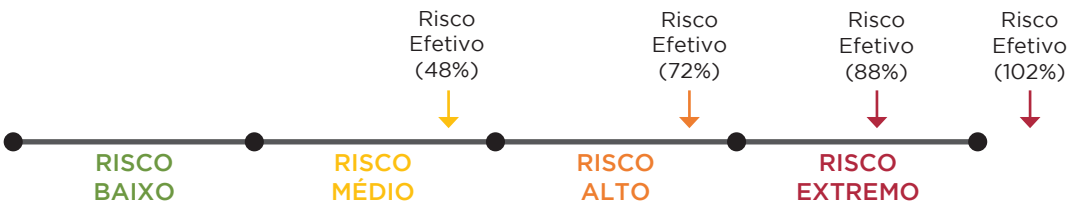
Grande Certeza

Risco Efetivo

A metodologia é finalizada pela majoração ou minoração do risco assumido de acordo com a capacidade de entrega calculada. Ou seja, quando a análise indicar uma boa ou uma grande certeza, o risco assumido será minorado. Ao contrário, quando a inferência apontar pouca ou nenhuma certeza de entrega, o risco assumido deverá ser majorado.

O índice de majoração ou minoração a ser aplicado é a diferença percentual em relação a certeza neutra (50%). As equações a seguir demonstram o risco efetivo a partir do risco assumido como extremo (78%) obtido na primeira parte da metodologia às linhas anteriores:

Risco Efetivo	**=**	**Risco Assumido**	*	**Coef. Maj/Min**
Risco Efetivo	=	78% * [1 + (5 – 1,9)/10]	=	102,18% (Cenário 01) **RE+**
Risco Efetivo	=	78% * [1 + (5 – 3,7)/10]	=	88,14% (Cenário 02) **RE**
Risco Efetivo	=	78% * [1 - (5,8 – 5)/10]	=	71,76% (Cenário 03) **RA**
Risco Efetivo	=	78% * [1 - (8,9 – 5)/10]	=	47,58% (Cenário 04) **RM**



É possível constatar que a majoração ou minoração dos riscos tem potencial inclusive para alterar o patamar de classificação do risco assumido. No caso do cenário 03, o risco foi reduzido de extremo para alto, e, no cenário 04, foi reduzido ainda mais, alcançando a classificação de risco médio.

De modo contrário, os cenários 01 e 02 potencializaram o nível de exposição da administração, chegando ao ponto, no primeiro cenário, de extrapolar o próprio limite de tolerância. Nesse caso, o gestor teria em suas mãos uma ferramenta capaz de demonstrar ao gestores que a contratação seria pode demais temerária, quiçá, gozando do aval do controlador para não realizar procedimento por demais arriscado.

5.7 CONCLUSÕES

Em termos de gestão, a demonstração da exequibilidade de uma proposta não é suficiente para uma tomada de decisão acertada. Sempre será prudente ponderar o risco. Não se nega que a "*proposta mais vantajosa*" poderá ser a "*proposta economicamente mais vantajosa*", mas a recíproca não é verdadeira, pois a vantajosidade de uma proposta não está restrita ao preço ofertado, eis que existem os custos de transação, incertos.

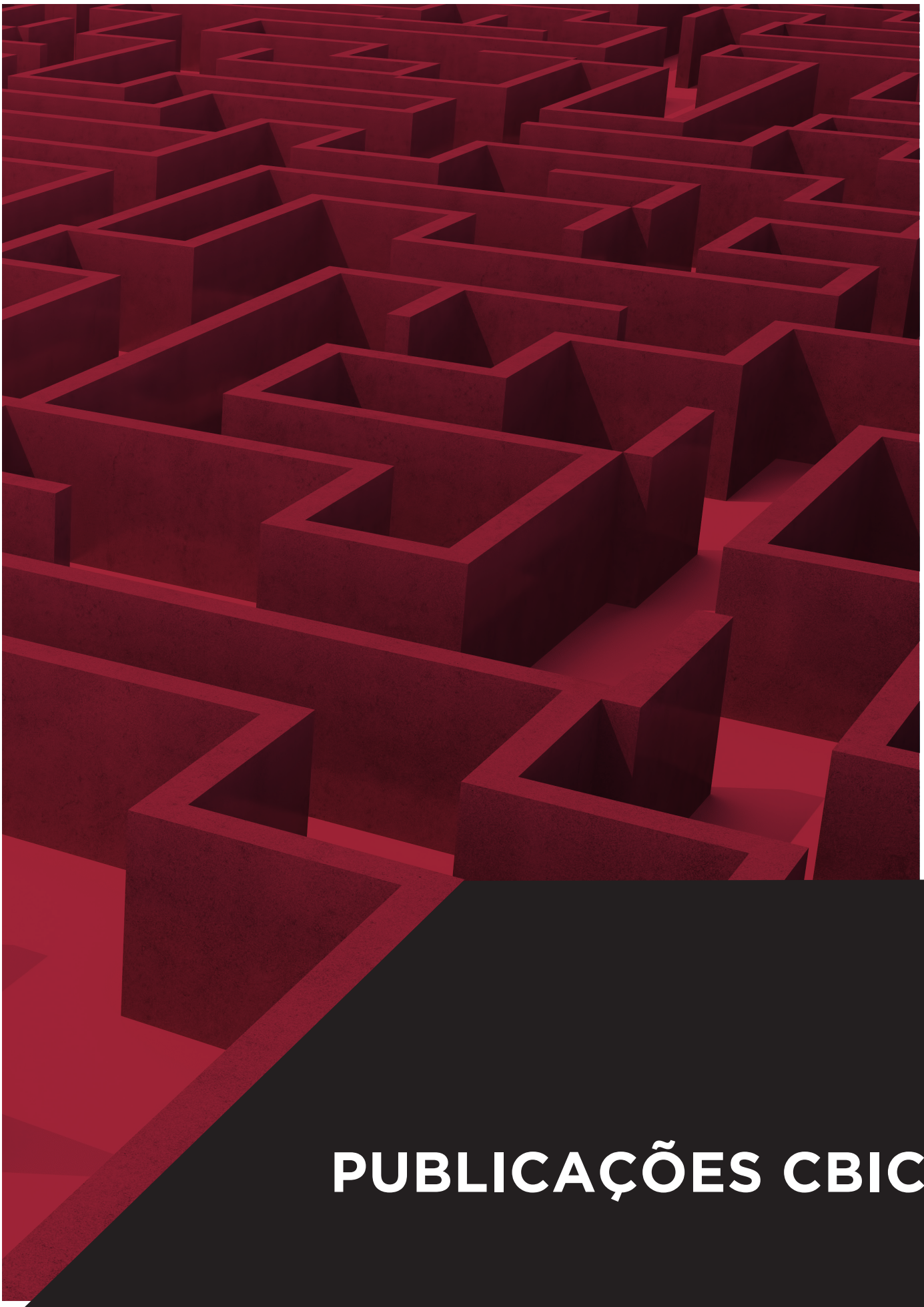
No campo puramente econômico é possível considerar um custo maior em troca de um risco suportável (menores riscos de transação). Não é o caso da administração pública, eis que a escolha da empresa se dá tão somente pelo critério marginal (maior custo-benefício). Assim, não sendo possível aumentar o custo, resta a opção de gerenciar o risco, seja ele qual for.

Para tal mister, há que se conhecer o efetivo risco que a organização pública estará submetida ao contratar determinada empresa para executar determinada obra em determinado cenário.

Nesse sentido, a metodologia aplica o conceito do risco-retorno, que diferentemente do custo-benefício, assume o futuro como incerto, tal qual ele é. É possível, então, adotarmos a gestão de riscos de modo complementar ao processo decisório, preenchendo a lacuna da análise marginal e oferecendo segurança adicional aos gestores públicos.

Ao final, não há juízo absoluto quanto a inexequibilidade de uma proposta, mas é possível tornar o ambiente decisório mais controlado e menor incerto. Ainda assim, é possível que o esforço da administração não seja suficiente para trazer o risco ao patamar tolerado. Se isso ocorrer os gestores deverão considerar a hipótese de não correr o risco e submeter a questão ao crivo dos controladores.

De toda sorte, como dito reiteradamente, a intenção do estudo não é promover aperfeiçoamento da legislação, mas oferecer metodologia capaz de estreitar a assimetria de informação entre controlador e controlado. Não se pretende adentrar na discricionariedade da administração para contratar ou não um parceiro temerário, mas, se o fizer, que tenha melhor ciência dos riscos inerentes à eventual decisão.

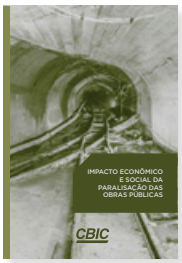


PUBLICAÇÕES CBIC

Acesse o site da CBIC (www.cbic.org.br/publicacoes) e baixe os livros gratuitamente.
Disponíveis em português, inglês e espanhol.

INFRAESTRUTURA

Distribuição de Riscos nas Concessões Rodoviárias
Ano: 2018

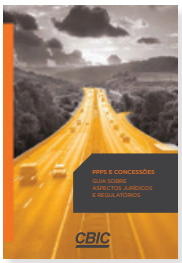


Impacto Econômico da Paralisação das Obras Públicas
Ano: 2018

Excelência em Gestão na Construção
Ano: 2017

Concessões e Parcerias Público-Privado
Ano: 2017

Propostas para Ampliar a Aplicação em Estados e Municípios (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Guia sobre Aspectos Jurídicos e Regulatórios (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016

Propostas para Ampliar a Participação de Empresas (2ª Edição)
Ano: 2016

Guia para Organização de Empresas em Consórcios (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016

Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs - Volume 2 (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016

Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs - Volume 1 (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016

Um Debate Sobre Financiamento de Longo Prazo para Infraestrutura
Ano: 2016

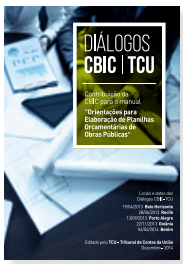
PAC - Avaliação do Potencial de Impacto Econômico
Ano: 2016

PAC - Radiografia dos Resultados 2007 a 2015
Ano: 2016

Encontro Internacional de Infraestrutura e PPPs (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2015

Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2015

Proposta para Ampliar a Participação de Empresas 1ª Edição (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2015



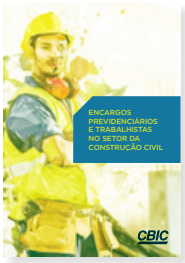
Cartilha CBIC - TCU
Ano: 2014

POLÍTICAS TRABALHISTAS

Segurança e Saúde na Indústria da Construção - Prevenção e Inovação
Ano: 2019

Guia Contrate Certo – 3ª Edição
Ano: 2018

Manual de Segurança e Saúde no Trabalho para Instalação Elétrica Temporárias na Indústria da Construção
Ano: 2018



Encargos Previdenciários e Trabalhistas no Setor da Construção Civil
Ano: 2018

Cartilha Edificar o Trabalho
Ano: 2017

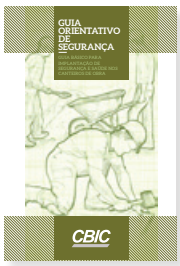
Guia Prático para Cálculo de Linha de Vida e Restrição para a Indústria da Construção
Ano: 2017

Manual Básico de Indicadores de Produtividade na Construção Civil – Relatorio Completo
Ano: 2017

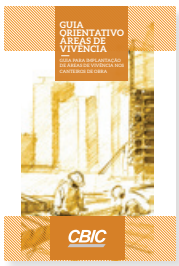
Manual Básico de Indicadores de Produtividade na Construção Civil
Ano: 2017

Guia para gestão segurança nos canteiros de obras
Ano: 2017

Guia Orientativo de Incentivo à Formalidade
Ano: 2016



Guia Orientativo de Segurança
Ano: 2015



Guia Orientativo Áreas de Vivência
Ano: 2015

Guia Contrate Certo
Ano: 2014

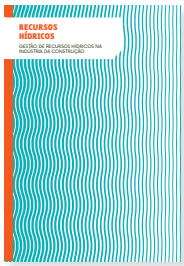
SUSTENTABILIDADE

O Futuro da Minha Cidade - Manual 2ª edição
Ano: 2018

Energia na Construção
Ano: 2017

Gestão de Recursos Hídricos na Industria da Construção (Disponível também em inglês)
Ano: 2017

Energias Renováveis (Disponível também em espanhol)
Ano: 2016

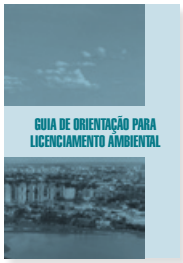


Recursos Hídricos (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016

Mapeamento de Incentivos Econômicos para construção Sustentável (Disponível também em espanhol)
Ano: 2015

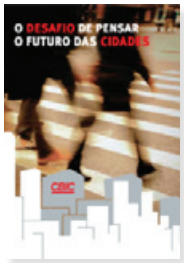
Guia de Compra Responsável na Construção (Disponível também em espanhol)
Ano: 2015

O Futuro da Minha Cidade
Ano: 2015



Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental (Disponível também em espanhol)
Ano: 2015

Desenvolvimento com Sustentabilidade
Ano: 2014



Desafio de Pensar o Futuro das Cidades
Ano: 2014

INDÚSTRIA IMOBILIÁRIA

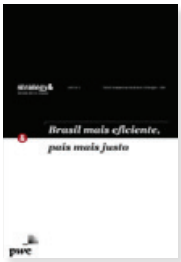
Letras Imobiliárias Garantidas e o Credito Habitacional
Ano: 2017

Indicadores Mobiliários Nacionais
Ano: 2017

Cartilha – Por Uma Nova Cultura Urbana
Ano: 2017

Caderno – Por Uma Nova Cultura Urbana
Ano: 2017

Perenidade dos Programas Habitacionais
Ano: 2016

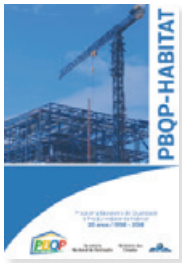


Eficiência na Construção – Brasil mais Eficiente, País mais Justo
Ano: 2015

O Custo da Burocracia no Imóvel
Ano: 2015

I Encontro Nacional sobre Licenciamentos na Construção
Ano: 2015

INOVAÇÃO



Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat
Ano: 2019

Habitação 10 anos no Futuro - Relatório Final
Ano: 2018

Habitação 10 anos no Futuro - Sinais
Ano: 2018

RoadShow BIM
Ano: 2018

Catálogo de Normas Técnicas Edificações
Ano: 2017

Guia Esquadrias para Edificações
Ano: 2017

Coletânea - BIM
Ano: 2016

Cartilha do BIM
Ano: 2016

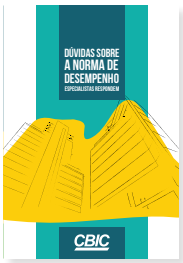
Norma de desempenho: Panorama Atual e Desafios Futuros
Ano: 2016

Catálogo de Inovação na Construção Civil
Ano: 2016

Boas Práticas Para Entrega Do Empreendimento – Desde a Sua Concepção
Ano: 2016

Analise dos Critérios de Atendimento à Norma de Desempenho ABNT NBR 15.575
Ano: 2016

Guia de Elaboração de Manuais
Ano: 2014

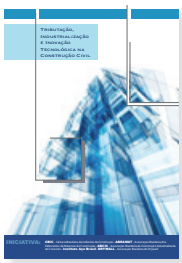


Dúvidas Sobre a Norma de Desempenho – Especialistas Respondem
Ano: 2014

2º Caderno de Caso de Inovação na Construção Civil
Ano: 2014

Estratégias para a formulação de Política de Ciência, Tecnologia e Inovação para a indústria da Construção Civil
Ano: 2013

Guia da Norma de Desempenho
Ano: 2013



Tributação Industrialização e Inovação Tecnológica na Construção Civil
Ano: 2013

1º Caderno de Casos de Inovação na Construção Civil
Ano: 2011

RESPONSABILIDADE SOCIAL

Comunicação de Engajamento - Pacto Global
Ano: 2019

Boas Práticas na Construção X ODS
Ano: 2019

Ética & Compliance na Construção Civil: Fortalecimento do Controle Interno e Melhoria dos Marcos Regulatórios & Práticas (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016

Ética e Compliance - Volume I (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016

Ética e Compliance - Volume II (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016

Sustentabilidade na Indústria da Construção
Ano: 2016

Ética & Compliance
Ano: 2015

Avaliação de Impactos do Dia Nacional da Construção Social
Ano: 2015

Trabalhadores da Construção
Ano: 2015

Mulheres na Construção
Ano: 2015

Passo a passo da Tecnologia Social do Dia Nacional da Construção Social
Ano: 2014

Guia CBIC de Boas Práticas em Sustentabilidade na Indústria da Construção
Ano: 2014

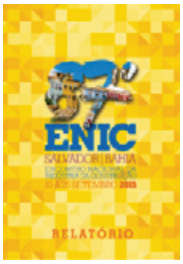
Flores do Canteiro
Ano: 2014

OUTRAS PUBLICAÇÕES

Relatório Técnico 90º ENIC

Relatório Técnico 89º ENIC

Relatório Técnico 88º ENIC



Relatório Técnico 87º ENIC

Relatório de Atividades - Julho 2014 a Julho 2017

CNI
SESI
SENAI
IEL

SENAI

Iniciativa da CNI - Confederação
Nacional da Indústria

CBIC