O LABIRINTO DAS OBRAS PÚBLICAS

2ª EDIÇÃO

Brasilia-DF
Janeiro 2022

CBIC

O LABIRINTO DAS OBRAS PÚBLICAS

Edição revisada
à Lei Nº 14.133/21

Brasília
2022

correalização

CNI SESI SENAI IEL
SENAI
Iniciativa da CNI - Confederação Nacional da Indústria

realização

CBIC

O LABIRINTO DAS OBRAS PÚBLICAS

Brasília-DF, janeiro de 2022

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 Executiva - CBIC
Patrícia Ribeiro Rêgo

Gestora dos Projetos de Infraestrutura - CBIC
Denise Soares Putzke

Conteúdo
José Eduardo Guidi

Coordenação Editorial
Denise Soares Putzke

Design Gráfico
João Ribeiro

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

A CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO

A Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC) foi fundada em 1957, no estado do Rio de Janeiro. Sediada em Brasília, reúne **93 sindicatos e associações** patronais do setor da construção, das **27 unidades da Federação**.

Entidade empresarial por adesão voluntária, a CBIC representa politicamente o setor e promove a integração da cadeia produtiva da construção, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social do País.

Dirigida por um Conselho de Administração eleito pelos associados, a CBIC atua por meio das suas comissões técnicas, quatro delas voltadas para as atividades-fim: Comissão de Infraestrutura **(COINFRA)**; Comissão da Indústria Imobiliária **(CII)**; Comissão de Habitação de Interesse Social **(CHIS)** e Comissão de Obras Industriais e Corporativas **(COIC)**. Além destas, a CBIC possui ainda: Comissão de Política de Relações Trabalhistas **(CPRT)**; Comissão de Materiais, Tecnologia, Qualidade e Produtividade **(COMAT)**; Comissão de Meio Ambiente **(CMA)**; Comissão de Responsabilidade Social **(CRS)**, e o Conselho Jurídico **(CONJUR)**. A entidade conta, ainda, com o seu **Banco de Dados**.

A CBIC representa nacional e internacionalmente a indústria brasileira da construção. Também integra a Federação Interamericana da Indústria da Construção (FIIC), entidade que representa o setor da construção em toda a América Latina, e é filiada à Confederação Internacional das Associações de Construção (CICA).

Visando a difusão de conhecimento técnico e de boas práticas no setor da construção, a CBIC realiza diversos eventos que contam com palestrantes especializados, numa ampla rede de relacionamento e oportunidade de aprendizado.

A CBIC é a entidade máxima representante do mercado imobiliário e da indústria da constru- ção no Brasil e no exterior.

Representa **93** entidades das **27** unidades da federação. Isso corresponde a mais de 70 mil empresas.

A cadeia produtiva da construção participa com **6%** do PIB brasileiro. Particularmente a Construção Civil, em 2020, respondeu por 42% dos investimentos do País. Atualmente o setor possui mais de **2** milhões de trabalhadores com carteira assinada.

A CBIC representa **93** entidades nas **27** unidades da federação.	Isso corresponde a mais de **70 mil** empresas. A cadeia produtiva do setor da construção representa cerca de **6%** do pib brasileiro.	É responsávelpor **42%** do investimento executado no brasil e emprega cerca de **2 milhões** de trabalhadores com carteira assinada.

O LABIRINTO DAS OBRAS PÚBLICAS EDIÇÃO REVISADA LEI N 14.133/21

Carlos Eduardo Lima Jorge

Presidente da COINFRA/CBIC

Três fatores foram determinantes para que a CBIC decidisse editar de forma revisada, o Labirinto das Obras Públicas, originalmente lançado em junho de 2020.

O primeiro fator foi sem dúvida a ocorrência da Pandemia da COVID-19, que alterou – entre outras coisas – as relações comerciais, a dinâmica de execução de contratos, o direcionamento de recursos públicos, as demandas por serviços públicos e privados.

O segundo fator, não menos importante, foi a edição do novo regramento de licitações e contratos públicos, a Lei 14.133/21, cuja aplicação se tornará obrigatória em abril de 2023.

E o terceiro fator, que enriqueceu de forma prática e regionalizada os conceitos anteriormente editados no Labirinto das Obras Públicas, foram os debates regionais promovidos pela COINFRA/CBIC em diversas capitais dos estados brasileiros, possibilitando discussões construtivas entre contratantes, contratados e órgãos de controle locais.

A Pandemia jogou luz sobre uma questão complexa que se arrasta sobre o setor ao longo do tempo. Com o aumento excessivo e imprevisível do custo de materiais básicos de Construção (como o aço, o cimento, os tubos de PVC) que vem ocorrendo desde meados de 2020, a expressiva maioria dos contratos apresentou forte desequilíbrio econômico e financeiro, sendo que as empresas enfrentam sérias dificuldades para que a administração pública reconheça e busque solucionar o problema. Receio de decidir, caracterizando o chamado "Apagão das Canetas".

Já a Lei 14.133/21, embora tenha avançado satisfatoriamente sobre pontos sensíveis observados nos processos licitatórios, não conseguiu superar dois grandes obstáculos à boa execução das obras: a garantia da existência dos recursos para pagamento dos serviços autorizados a cada Ordem de Serviços – e a permanência do conceito distorcido de que "contratar bem significa contratar o mais barato", isso com a obrigatoriedade imposta na nova lei da realização pelo Modo Aberto nas licitações pelo Menor Preço.

Sobre as edições regionais promovidas nas diversas capitais, um aspecto se apresentou comum em todas elas: o reconhecimento da falta de diálogo objetivo, transparente e construtivo entre todos os players envolvidos nas licitações de obras públicas.

Ao lan armos essa edição revisada do Labirinto das Obras Públicas, temos a certeza de estarmos dando mais alguns passos em direção a um ambiente mais harmônico, mais justo e mais seguro que envolve as relações entre contratantes, contratados e órgãos de controle.

Continuaremos nessa empreitada para não só oferecer saídas para o Labirinto, mas também e principalmente para dissiparmos as amarras que formam ainda esse verdadeiro labirinto.

SOBRE O AUTOR
Eng. José Eduardo Guidi

- Eng. Civil graduado pela UFPR e especialista em Gestão Pública pelo INSPER/SP com anotação de mérito acadêmico. Proferiu Aula Magna à 4ª turma de pós-graduação em gestão pública do INSPER/SP.
- Perito Técnico Judicial atuante no TRF-1/TJDFT/TJMG/TJRO/TJMT. Expert em mais de duas centenas de provas periciais a serviço do Poder Judiciário. ***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* (LEC).
- Instrutor contratado por diversos órgãos da administração (TRE/RO, DER/RO, Defensoria Pública, SEPOG/RO, SUPEL/RO, SESDEC/RO) para ministrar treinamentos e capacitações na área de gestão pública.
- Coord./Dir. Op. Dep. Estradas de Rodagem/Transp. do Estado de Rondônia, 2011/14. Projetista, orçamentista e fiscal em dezenas de obras públicas. Executor de obras de destaque no Estado do Paraná como o Ed. Sede CRC/PR e a Tenso-Estrutura do Parque da Ciência.
- Autor colaborador da Revista Técnica do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de Minas Gerais (IBAPE/MG), 2020. Artigos relacionados à engenharia legal aplicada às obras públicas de engenharia.
- Autor do Boletim Técnico "Engenharia Legal Aplicada a Prova Pericial de Engenharia em Obras Fiscalizadas pelos Tribunais de Contas" do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia (IBAPE).
- 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).
- Autor da publicação "*O Labirinto das Obras Públicas*", disponível no site da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC).
- Palestrante no Ciclo de Debates Regionais "*O Labirinto das Obras Públicas*" e no 92º Encontro Nacional da Indústria da Construção (ENIC), Brasília 2020.

NOTAS À EDIÇÃO REVISADA

Dou início a esse discurso adaptando texto que encomendei ao Dr. Marcelo Marchesini da Costa, preceptor diretamente responsável pelo embrião dessa crítica prático-teórica e a quem presto as devidas deferências. Adverte o versado que num país com graves problemas sociais, econômicos e de infraestrutura, agir com responsabilidade durante a condução de investimentos públicos deveria ser prioridade absoluta. Todavia, tal prática não se revela. Empreendimentos em saneamento, transportes, energia, além de construções e reformas de equipamentos de saúde, educação e de várias outras áreas, frequentemente geram desperdício de recursos, obras de má qualidade e, consequentemente, frustração e revolta na população. De fato, o que se tem é uma complexa miríade de causas e processos que conduzem a essa situação catastrófica, com investimentos mal planejados, obras interrompidas, atrasadas e que, não raras vezes, são objeto de corrupção, assim, ecoando num conjunto nefasto de efeitos que alcunhei como O ***Labirinto das Obras Públicas***.

Com pronto apoio da CBIC, a 1ª edição foi lançada em junho de 2020. Desde então, o país, e porque não dizer, o planeta, passou por contingência universal há décadas não experimentada. A pandemia do COVID-19 impactou de modo inimaginável o cotidiano das relações humanas e, no caso das obras públicas de engenharia, não foi diferente: caos na saúde, economia refém, negócios destruídos, contratos desequilibrados, obras paralisadas, tudo de uma só vez. Nesse cenário, editaram-se as novas normas de licitações e contratos administrativos na figura da já nascida famosa Lei Nº 14.133/21.

Também foi nesse cenário que já percorremos 7 (sete) unidades da Federação, debatendo regionalmente e de forma franca com contratantes, contratadas e controladores (convencionamos chamar de triplo ´c´) os principais entraves às nossas obras públicas. Para além, o labirinto foi igualmente apresentado no Encontro Nacional da Construção (ENIC), maior evento do setor para a América Latina. A colheita que fizemos nesse giro pelo Brasil com aqueles que de fato estão na frente de batalha integra essa nova edição de O ***Labirinto das Obras Públicas***.

Corroborando a análise teórica, há elementos da ordem legal que precisam ser aprimorados, arranjos de governança entre executores de obras – e desses com relação ao sistema de controle – que precisam ser revistos e articulações políticas para que os fatores anteriores ocorram satisfatoriamente. Adicionalmente, há riscos econômicos inerentes à execução de grandes obras, seja para a parte contratante, seja para a parte contratada.

Ao final, o que se tem no presente tratado é um esforço a fim de apresentar alternativas e soluções. Evidentemente, uma reflexão é merecedora de questionamento: quão realistas são as propostas aqui apresentadas? Em outras palavras, existe de fato uma possibilidade de solucionarmos O ***Labirinto das Obras Públicas***?

Por um lado, serão enormes as dificuldades caso a solução permaneça inteiramente na responsabilidade de agentes políticos, pois não é novidade que o sistema político brasileiro apresenta distorções e fragilidades. Tal fato decorre muito em face de o interesse dos agentes políticos em diferentes poderes e níveis de governo ser muito pulverizado, dificultando a coordenação e identificação de sinergias. É dizer que, se para um representante do poder legislativo possa ser interessante destinar verbas de emendas parlamentares para pequenas obras na sua base política, para um gestor municipal é possível que tais obras não façam qualquer sentido, sem falar dos riscos diante dos órgãos de controle. Dessa sorte, é facilmente perceptível que inexiste incentivo à realização dos investimentos complexos e capazes de efetivamente solucionar problemas públicos, pois são processos cronologicamente longos e que via de regra serão entregues em gestões subsequentes. Assim, quase sempre se opta pelo investimento mínimo para uma entrega rápida e de baixo impacto social. Em contrapartida, é exatamente esse o tipo de investimento capaz de inaugurar obras ainda no mandato de quem ocupa aquele governo.

Diante de tal realidade, a dinâmica do apagão das canetas é consequência praticamente óbvia, fazendo com que grande parte dos gestores públicos fiquem reticentes em iniciar novos empreendimentos. Lado outro, vale lembrar a relevância de se realizar investimentos públicos para a solução dos inúmeros problemas da sociedade. A história há muito comprovou como a sociedade pode avançar e a qualidade de vida das pessoas melhorar, por exemplo, com um sistema de transportes adequado, com energia disponível a custo módico, com sistemas de saneamento que tiram a pressão dos sistemas de saúde e tudo associado ao monitoramento e preservação ambiental.

Não há outra saída: obras são necessárias.

A questão é que tais investimentos podem ser feitos com planejamento e preparação ou realizados de forma emergencial. Evidentemente, a segunda opção será sempre a mais custosa aos cofres público e, muito provavelmente, não será tecnicamente a melhor.

Há também aqueles que defendem enfaticamente que o setor privado seria capaz de realizar por si só todos os investimentos necessários com maior eficiência do que o governo. Isso não é verdade, mesmo reconhecendo todos os problemas dos investimentos públicos. Todas as grandes empresas em nível mundial se beneficiam de alguma infraestrutura construída por governos, máxima que a literatura econômica já estabeleceu há décadas. Mas, isso não quer dizer que parcerias público-privadas não devam ser exploradas, muito pelo contrário; basta vermos as diferentes alternativas nesse sentido, tal como as parcerias público-privadas e outras modalidades, as quais contribuem demasiado à realização de obras e investimentos públicos.

Um último ponto deve ser enfatizado: ao longo do ciclo de debates de O ***Labirinto das Obras Públicas***, restou incontroverso que a mudança na situação das obras brasileiras necessariamente passará pela participação da sociedade civil. Tanto de forma estruturada, por meio de organizações do terceiro

setor, universidades, mídia e outras instituições, como por iniciativas individuais de nossos doutrinadores e pesquisadores científicos, a sociedade civil tem grande responsabilidade no estabelecimento de prioridades e monitoramento dos investimentos públicos.

Em anos recentes, a atuação da sociedade civil oscilou entre o descaso absoluto, que caracteriza o acompanhamento de muitos governos, e a pressão fiscalizatória intensa, que dificulta a realização de obras públicas complexas. A sociedade civil brasileira precisa avançar e pressionar aqueles que conduzem e controlam a máquina estatal por uma atuação mais balanceada, que reconheça as imensas dificuldades de gerenciar obras públicas, mas que simultaneamente demande ajustes sempre que necessário. É evidente que a corrupção e a malversação de recursos públicos não devem ser toleradas, todavia, não se pode inverter prioridades a ponto de impedir que obras públicas fundamentais sejam realizadas ou continuadas.

José Eduardo Guidi

SUMÁRIO

NOTAS À EDIÇÃO REVISADA 8

TÍTULO 1
Da Solução Geral: A Governança Pública e a Engenharia Legal Aplicada 13

1.1 Da formação do labirinto e as origens do desarranjo 18

1.1.1 Dos reflexos do sistema político-administrativo 22

1.1.2 Do apagão das canetas 27

1.2 Das soluções ao labirinto das obras públicas 32

1.2.1 Do falso conflito entre legalidade e eficiência 32

1.2.2 Das soluções a partir da governança pública 38

1.2.3 Das soluções a partir da engenharia legal 43

TÍTULO 2
Das Soluções ao Dilema do Parcelamento das Obras Públicas 48

2.1 Da Súmula Nº 247 do TCU 50

2.2 Do objeto adquirido e do objeto executado 52

2.3 Do parcelamento da execução das obras públicas 56

2.3.1 Da viabilidade técnica do parcelamento da execução 59

2.3.2 Da viabilidade econômica do parcelamento da execução 63

2.4 Conclusão 69

TÍTULO 3
Das Soluções aos Riscos de Contratação de Propostas Inexequíveis 71

3.1 Do caráter arbitrário da Súmula Nº 262 do TCU 72

3.2 Do julgamento objetivo ao julgamento subjetivo 74

3.3 O custo-benefício e a lacuna do princípio 78

3.4 O interesse público e o critério do risco-retorno 83

3.5 O interesse público e a proposta mais vantajosa 86

3.6 Metodologia da identificação do risco da contratação 88

3.6.1 Premissas iniciais 89

3.6.2 Risco limite e risco assumido 89

3.6.3 Definição do risco assumido 91

3.6.4 Capacidade de entrega do licitante de menor preço 94

3.6.5 Risco efetivo 96

3.7 Conclusões 97

TÍTULO 4
Das Soluções às Alterações Contratuais em Obras Públicas de Engenharia 98

4.1 Das alterações unilaterais 99

4.1.1 Das modificações unilaterais do projeto 102

4.1.2 Das modificações unilaterais do valor contratual 104

4.2 Da Decisão Plenária Nº 215/1999 do TCU 107

4.3 Do Acórdão Nº 749/2010 do Plenário do TCU 111

4.4 Do Acórdão Nº 1977/2013 do Plenário do TCU 113

4.5 Metodologia à análise das alterações contratuais em obras públicas de engenharia 115

4.5.1 Pressupostos para aplicação do indicador 117

4.5.2 Capacidade técnico-operacional da contratada em face do incremento contratual 117

4.5.3 Custo da rescisão do contrato em relação à sua alteração 119

4.5.4 Percentual de avanço das obras 119

4.5.5 Tempo estimado para retomada dos serviços 119

4.5.6 Nível de sacrifício do interesse público no caso de rescisão 120

4.5.7 Cálculo do indicador 121

4.6 Aplicação do indicador em casos reais 123

4.6.1 Caso 01 - Construção do Parque Paineiras de Ji-Paraná/RO 123

4.6.2 Caso 02 - Construção da Regional do TCE/RO 126

4.7 Conclusão 129

01

DA SOLUÇÃO GERAL: A GOVERNANÇA PÚBLICA E A ENGENHARIA LEGAL APLICADA

01 DA SOLUÇÃO GERAL: A GOVERNANÇA PÚBLICA E A ENGENHARIA LEGAL APLICADA

A história das civilizações está intrinsicamente conectada às obras de engenharia e, naturalmente, faz parte da evolução dos povos e das nações. De fato, são marcos a partir dos quais se poderia analisar bem todo o processo histórico das sociedades humanas. Os exemplos são incontáveis: para além dos monumentos que em certa época simbolizaram o poder dos diversos impérios de nosso planeta (Pirâmides do Egito, Torre Eiffel, Basílica de São Pedro, Taj Mahal, Big Ben, entre outras), as obras de engenharia representam uma disputa incessante entre a engenhosidade humana e os limites impostos pela natureza (Canal do Panamá, Golden Gate Bridge, Eurotúnel, Usina Hoover, Barreira Maeslantkering, entre outras). Analogamente aos demais países do mundo, no Brasil, as obras de engenharia estabeleceram as fronteiras de nosso território (fortes portugueses), impulsionaram o fluxo comercial (Porto de Santos), provocaram guerras (Ferrovia do Contestado), contribuíram com a industrialização (CSN), induziram a ocupação do território (Brasília) e contribuíram decisivamente para o desenvolvimento de nosso país.

Evidentemente, o termo desenvolvimento pode assumir várias facetas, de modo que as diversas interpretações possíveis são mais facilmente compreendidas quando acompanhadas de complemento; desenvolvimento econômico, desenvolvimento sustentável, desenvolvimento socioeducacional, desenvolvimento industrial, desenvolvimento tecnológico, entre outros. Para não restar genérico e dado o propósito aqui perseguido, o parâmetro mundialmente conhecido como Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é de boa aplicação.

Concebido no início da década de 90, o IDH foi estruturado a partir de três critérios de avaliação: renda, longevidade e educação. Seu objetivo principal é auxiliar no alcance de condições de dignidade para todas as pessoas do planeta. Para além de ser uma base comparativa há muito validada, o índice está inserto no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), estando diretamente conectado à Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável capitaneada pelo Ministério das Relações Exteriores brasileiro.

Dentre os objetivos pactuados pelos países membros da Organização das Nações Unidas (ONU), a infraestrutura é apontada de modo textual na Agenda 2030[1]. Não à toa, pois, tomando como parâmetro de desenvolvimento o critério do IDH, a infraestrutura é condição sine qua non para a evolução do indicador. Tal fato decorre porque a infraestrutura é a base que possibilita serem

1 A Agenda 2030 é um plano de ação que busca fortalecer a paz universal, erradicar a pobreza e promover vida digna para todos. Dentre os pilares conectados à infraestrutura, destaca-se a agricultura, saúde, educação, saneamento, energia e cidades sustentáveis. Disponível em: http://www.agenda2030.com.br/sobre/. Acessado em 18.12.2020.

executados todos os serviços e atividades imprescindíveis ao desenvolvimento de um país. Segundo o IPEA, trata-se do "conjunto de estruturas de engenharia e instalações – geralmente de longa vida útil – que constituem a base sobre a qual são prestados os serviços considerados necessários para o desenvolvimento produtivo, político, social e pessoal."[2] André G. Cardoso vai além, defendendo o desenvolvimento das nações estar atrelado à transformação digital, por sua vez, diretamente dependente de infraestrutura:[3]

> A transformação digital pressupõe a existência de infraestrutura mínima. Trata-se de conclusão intuitiva. As tecnologias que permitem a transformação digital dependem de uma base instalada de meios físicos e virtuais para o seu funcionamento e utilização. [...] Por isso, um pressuposto relevante para a transformação digital consiste na infraestrutura física necessária ao funcionamento e adoção de novas tecnologias. (grifo do autor)

Assim, quanto mais avançada a infraestrutura de uma região, maior a possibilidade de serem prestados serviços de melhor qualidade para um número maior de pessoas. Por outro lado, quanto mais deficiente a infraestrutura do país, maior a tendência de a população ser impactada por problemas que vão desde obstáculos ao crescimento econômico, passando pela baixa capacidade de transporte da produção, e podendo até mesmo afetar questões relacionadas às necessidades mais básicas dos cidadãos, como saúde e moradia. É nesse contexto que se tem evidenciada a envergadura da relevância das obras de engenharia. Constituem-se, pois, como elementos materiais da infraestrutura, base física sem a qual as atividades inerentes ao desenvolvimento são inevitavelmente prejudicadas.

Não obstante a dimensão da importância da infraestrutura, instigante o fato de a engenharia brasileira ter criado e produzido obras que são verdadeiras maravilhas do intelecto humano, a exemplo da ferrovia Curitiba-Paranaguá, das usinas hidrelétricas às mais diversas, da ponte Hercílio-Luz, túneis variados, portos, aeroportos, arranha-céus, além de inúmeras conquistas junto à natureza, mas, simultaneamente, essa mesma engenharia se encontra à volta de um verdadeiro cemitério de obras inacabadas. Isso sem contar problemas outros das mais variadas ordens: atrasos de cronograma, alterações de projetos falhos, erros de orçamento, baixa qualidade de execução, entre outras, são mazelas que frequentemente afetam o cotidiano das obras públicas.

A questão que se coloca, portanto, é a seguinte: como foi possível um país que dispõe de uma engenharia reconhecidamente de ponta estar completamente submerso em um labirinto para o qual não vislumbra saída?

2 BID, 2000 apud CEPAL, 2009. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025. Brasília: Ipea, 2010. Livro 6. Vol. I. pg. 16.

3 JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). Direito da infraestrutura: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pgs. 33-34

Bom ponto de partida encontra-se no positivismo clássico e enraizado nas mais profundas entranhas do legislador brasileiro, característica que adiciona contínuos e incompreensíveis esforços a todos que, a qualquer tempo, direta ou indiretamente, participam da execução de uma obra pública de engenharia. Refiro-me aos agentes públicos e/ou privados encarregados de analisar, conceber, projetar, construir, conservar e manutenir a infraestrutura pública. Por evidente que as barbaridades de ordem estritamente gerencial e/ou técnica devem ser reprovadas com o devido rigor, não sendo aceitável que profissionais honrados com a habilitação para certo mister atuem com negligência, imprudência ou imperícia.

Evidentemente, há que se presumir que graduados e profissionais oficialmente reconhecidos estão à altura dos trabalhos especializados que lhes forem encomendados. Mas, verdade seja dita, a problemática que será aqui enfrentada não é de ordem técnica ou gerencial; extrapola tais searas e está posicionada em terreno nuvioso, precisamente na interface junto à disciplina jurídica que incide na execução das obras públicas de engenharia. É exatamente nessa órbita que a mais simples desarmonia interpretativa entre agentes executores e agentes controladores poderá ser suficiente para que certa construção entre para as estatísticas de obras inacabadas. Quando eventuais paralisações forem determinadas pelos órgãos de controle, é muito provável que aqueles responsabilizados sejam punidos com dureza, mesmo quando inexistir relação com os aspectos essencialmente técnicos dos empreendimentos. Sorte semelhante vale para irregularidades de menor grau cometidas pelos agentes públicos e/ou privados durante os processos de licitação e contratação.

É esse o verdadeiro desafio para aqueles que de fato movimentam a máquina administrativa do Estado e estão submetidos ao julgamento dos que não a operam. A compreensão dos conceitos que cercam a execução de uma obra pública não é feita apenas sob a luz de critérios estritamente técnicos, gerenciais e econômicos. Isso decorre porque, conforme será exaustivamente demonstrado, as imposições legais e os voluntarismos dos aplicadores da lei não necessariamente conduzem ao melhor interesse público.

Evidentemente, o fiel cumprimento dos dispositivos legais é exigência inquestionável. Assim, sob o cajado da lei, a interpretação técnico-jurídica das normas tenderá à obviedade quando os postulados forem de caráter estritamente objetivo.[4] Porém, de modo contrário, para dispositivos legais de carga subjetiva,[5] comuns no direito, a interface técnico-jurídica inúmeras vezes bastante tormen-

4 Exemplo de comando deveras objetivo é dado pelo Art. 92, Inc. III da Lei Nº 14.133/21: "São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam [...] III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;" Não há brechas para qualquer interpretação criativa. Todo e qualquer contrato deverá informar a legislação aplicável.

5 Exemplo de comando altamente subjetivo, a definição de "projeto básico" dada na Lei Nº 14.133/21 (Art. 6º, Inc. XXV) "projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, [...]". Cabe se questionar: qual seria o nível de precisão "adequado" para certo projeto básico?

tosa, decorrência direta da obrigatoriedade legal de todos os agentes executores prestarem contas. É nessa arena que, mesmo ausente qualquer dolo, suas contas poderão ser julgadas irregulares apenas com base em divergências interpretativas por parte dos controladores. Se isso ocorrer, a probabilidade de sanções pecuniárias nos seus próprios CPFs é quase certa.

Resta, assim, imprescindível que agentes de competência puramente técnica tenham máxima cautela com as interpretações subjetivas (por mais óbvias que lhes pareçam), sob pena de sofrerem sanções que sequer compreenderão. Reciprocamente, ainda que utópico, seria necessário que os controladores se dispusessem a recepcionar os argumentos estritamente técnicos como fontes de convicção, não de discussão. Ao final, dentro do melhor interesse público, a interface técnico-jurídica inerente ao tema das obras públicas reclama por ótica menos conflituosa e mais harmônica. Enfim, é esse o objeto central de estudo da disciplina da engenharia legal aplicada.

1.1 DA FORMAÇÃO DO LABIRINTO E AS ORIGENS DO DESARRANJO

Pior que uma obra não iniciada é uma obra inacabada. Se antes os gestores públicos estavam diante de um problema com um 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, e por aí vai. 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, etc.), e claro, os dramas pessoais e a rápida execração pública dos agentes e das empresas.

A sociedade também paga: tem que arcar com o prejuízo do investimento desastroso e para o qual 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.

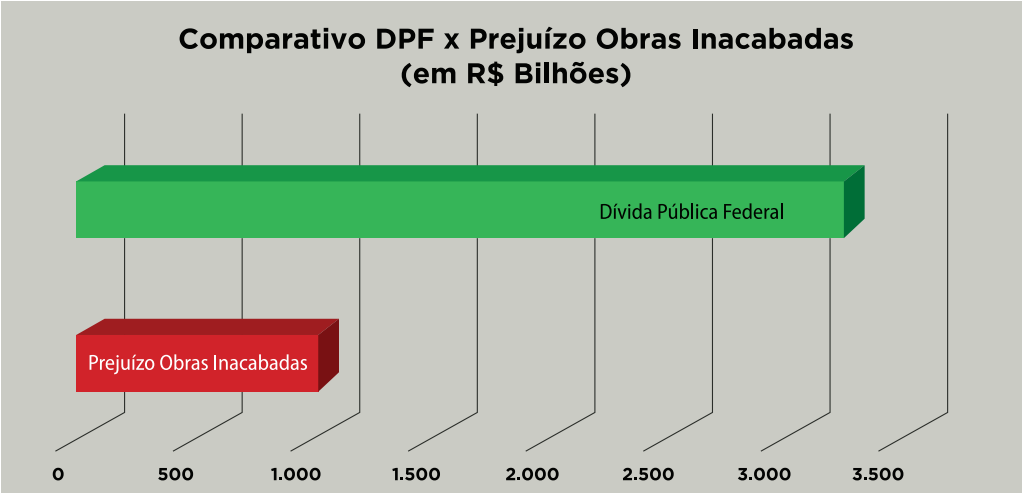
Foi diante deste cenário que, em 2017, o Tribunal de Contas da União (TCU) iniciou esforço para identificar a real situação das obras inacabadas em nosso país, providência que culminou com o Acórdão Nº 1079/19 do Plenário. O documento registrou a existência de 14.403 empreendimentos inacabados dentre 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.[6] Assim, com base no percentual da amostragem dado pelo TCU, pode-se estimar incríveis 37.000 empreendimentos paralisados.

A bem da realidade, o tormento causado pelos conhecidos "elefantes brancos" remonta décadas. Foi a partir de semelhante alerta emitido pelo TCU, ainda no distante ano de 1995, que o Senado Federal criou a Comissão Temporária de Obras Inacabadas. Já naquela época foram detectados 2.214 em-

6 TCU. #EuFiscalizo. 7'10". Disponível em (acessado em 29.06.2021): <https://www.youtube.com/watch?time_continue=3&v=qrd1poplxo4>.

preendimentos paralisados em nosso país.[7] Doze anos depois, já no ano de 2007, o TCU trouxe o assunto à tona novamente. Na ocasião, o Tribunal 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 deveras assustador das dimensões do problema foi dado em 2016 pelo então presidente da já extinta Comissão Especial de Obras Inacabadas, instante em que asseverou que os prejuízos com as obras paralisadas poderiam alcançar a casa de 1 trilhão de reais.[8]

A violência dos números de 2016 informando o prejuízo advindo das obras inacabadas é mais sentida por meio do comparativo com o valor do estoque da dívida pública federal em abril de 2019. O desperdício representa aproximadamente 30% de toda a dívida contraída pela União. 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.[9]



Como se não bastasse, ainda em 2018, o Poder Legislativo se viu obrigado a aprovar o Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 4 (Regra de Ouro[10]), liberando um crédito suplementar de aproximadamente R$ 250 bilhões em virtude da necessidade de reforço das dotações constantes na Lei orçamentária vigente.

7 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/178354>. Acessado em 29.06.2021.

8 Nota do autor: a estimativa dada pelo Senado abrange perdas diretas (patrimônio material sem uso) e indiretas (depreciação, custo de oportunidade, administrativos, judicialização etc., ...) Todavia, é absolutamente preliminar e não adota critérios hígidos. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/14/perdas-com-obras-inacabadas-podem-chegar-a-r-1-trilhao>. Acessado em 29.06.2021.

9 Nota do autor: à época, fortemente impactado pelo déficit previdenciário de R$ 304 bilhões, tema objeto de acalorados debates que culminou com a respectiva reforma. Sobre a dívida pública federal, confira-se em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/estoque-da-divida-publica-federal-cresce-0-32-em-abril>. Acessado em 24.06.2019.

10 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$ 122 bilhões em 2019 e dos R$ 125 bilhões em 2020, sendo esse último ano afetado em aproximadamente 10% do valor esperado em virtude do cenário pandêmico.[11]

O desafio está longe de ser simples. Referido grau de investimento ocorreu tão somente na distante década de 70. Nos períodos seguintes, o percentual de investimento foi de 3,62% nos anos 80, 2,27% nos anos 90 e 2,18% na década inicial dos anos 2000. Para se ter ideia da perda de competitividade amargada, o Brasil ocupa a posição n° 57 dentre os 64 países que compõem o World Competitiveness Ranking 2021, e é penúltimo colocado entre os países do BRICS. A China está na posição de nº 16, a Índia na de nº 43, a Rússia ocupa a posição de nº 45 e África do Sul a de nº 62.[12] Para a década atual, as estimativas são desalentadoras, bastando verificar a própria Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031,[13] cujo cenário otimista é de 1,8% do PIB, e o extremamente otimista, de 2,9%.

Cenários macroeconômicos da Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil (2021 a 2031, tendo 2020 como ano base) Elaboração: Ipea

Cenários	Hipóteses (valores médios em 2021 - 2031)			
	Taxa de investimento (% do PIB)	Investimento em infraestrutura (% do PIB)	Produtividade geral (% a.a)	Produtividade no trabalho (% a.a)
Cenário de referência (com reformas macrofiscais)	17,5	1,8	0,5	0,8
Cenário transformador (com reformas amplas e avanço da escolaridade)	19,5	2,9	1,0	2,0

Recorte do Dec. 10.531/20, Anexo, Parte I, Cenários Macroeconômicos

Essa dura conjuntura foi dos principais motivadores à criação da Comissão Externa para Acompanhar as Obras Lastreadas com Recursos do Orçamento Geral da União em Andamento no País, a qual resultou na publicação

11 Com informações de O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/09/27/pandemia-tira-r-12-bilhoes-em-investimentos.htm>. Acessado em 29.06.2021.

12 Disponível em: <https://www.imd.org/centers/world-competitiveness-center/rankings/world-competitiveness/>. Acessado em 30.06.2021.

13 Decreto Nº 10.531/20 - Institui a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031.

"Obras Paradas: entrave para o desenvolvimento do Brasil,[14] além da própria criação da atual Comissão Externa Sobre Obras Inacabadas no País (CEXOBRAS)" em junho de 2019. Providências de tal envergadura a nível nacional são as evidências cabais das proporções que o problema alcançou.

Para além dos esforços 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 iniciativas que tenham produzido avanços significativos.

Diante de tal criticidade o problema das obras inacabadas foi tema da 8ª Reunião do Comitê Interministerial de Governança em 28 de agosto de 2019.[15] À oportunidade, várias incumbências foram endereçadas ao Grupo de Trabalho para Investimentos em Infraestrutura, a exemplo de estudo de alternativas para o enfrentamento das obras paralisadas e da formatação de incentivos à conclusão e operação desses empreendimentos.[16] Todavia, a despeito dos esforços dos atores supracitados, a diligência do Executivo não revelou qualquer efeito prático. Ao fim, quaisquer que sejam as iniciativas das autoridades brasileiras em busca de soluções capazes de superar O Labirinto das Obras Públicas, poucas, ou melhor dizendo, nenhuma terá efetividade se a causa embrionária não for imediata e adequadamente enfrentada. Trata-se do fenômeno da infantilização da gestão pública.

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

15 Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/ata-da-8a-reuniao-do-comite-interministerial-de-governanca>. Acessado em 30.06.2021.

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

1.1.1 Dos reflexos do sistema político-administrativo

Em novembro de 2019 o governo federal apresentou a Proposta de Emenda Constitucional (EC) nº 188 de 2019. Entre os diversos tópicos, trouxe a possibilidade da extinção de municípios com populações inferiores a 5.000 habitantes que não atenderem requisitos de sustentabilidade financeira até o ano de 2023. Aparentemente, o efeito pretendido pela EC seria corrigir os efeitos deletérios da explosão emancipacionista que, entre os anos de 1988 e 2001, adicionou 1.181 municípios à Federação.[17]

Evidentemente, a proposta é polêmica e foi imediatamente alvo de fortes críticas, incluindo nota pública por parte da Confederação Nacional dos Municípios. Em síntese, a CNM informa que a medida impõe critérios de extinção absolutamente distorcidos,[18] além de alcançar 1.217 localidades que representam aproximadamente 22% do total dos municípios brasileiros. Portanto, a medida nasceu polêmica e com alto custo político, além de ser questão demasiada extensa em virtude dos múltiplos aspectos e interesses difusos que a permeiam. Cabe focar na pulverização de recursos relacionados às obras públicas, direta ou indiretamente.

Conforme anotado, no ano de 1995 o Senado Federal demonstrou preocupação com o número de obras públicas paralisadas, quantidade que em dezembro daquele ano alcançava 2.214 empreendimentos. Não há dúvidas que tal cenário era sintoma que bem retratava a real capacidade de gestão dos entes subnacionais, especialmente os de pequeno porte. Não por coincidência, no ano seguinte, tem-se o advento da EC Nº 15/96, providência que dificultou fortemente as dinâmicas de emancipação e que, de fato, conduziu à estabilidade no quantitativo de municípios. Então, seria de se esperar que, ao longo dos anos, a capacidade gerencial dos pequenos municípios evoluísse, aprimorando todas as esferas de sua competência. Todavia, o represamento da proliferação descontrolada de novos entes federativos parece estar distante de surtir o efeito desejado, inferência que pode, em parte, ser extraída do aumento vertiginoso de obras

17 Sobre o tema, Cristina Thedim Brandt anota que: "A explosão de emancipações de micro e pequenas municipalidades, baseada em estímulos equivocados, principalmente decorrentes dos critérios de distribuição do FPM, contribuiu para agravar as distorções na partilha dessas transferências. Esses pequenos municípios, cuja emancipação foi em boa parte motivada por interesses políticos locais, não conseguem gerar receitas próprias para atenderem suas populações e passam a depender fortemente de transferências. Por seu tamanho, geram deseconomias de escala e ineficiência ao incorrerem em custos administrativos desproporcionais às suas populações." BRANDT. Cristina T. *A criação de municípios após a Constituição de 1988: o impacto sobre a repartição do FPM e a Emenda Constitucional nº 15, de 1996*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010. Pg. 74

18 A CNM argumenta que: "[...] há equívoco em relação à definição de arrecadação própria, reduzindo-a aos tributos arrecadados diretamente pelos Municípios. Desconsideram-se, portanto, as transferências constitucionais previstas pela Constituição Federal que são arrecadadas pela União e pelos Estados, mas se inserem no conceito de pacto federativo e pertencem aos Municípios e à população local, [...]". Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/nota-sobre-a-proposta-do-governo-federal-de-extincao-de-municipios>. Acessado em 30.06.2020.

públicas inacabadas. Portanto, a quantidade de obras paralisadas não deriva exclusivamente do crescimento desordenado no número de municípios ocorrido na década de 90; há que existir outras relações de causa-efeito.

O já mencionado Acórdão nº 1079/19 do Plenário do TCU é resultado do levantamento produzido pelo seu corpo técnico em esforço conjunto com as demais instituições de controle externo do país. Critérios, análises e conclusões foram detalhadamente expostos no respectivo Relatório de Auditoria que embasou a decisão colegiada. Dentre as valiosas informações constantes em referido relatório, destaque para o impressionante trabalho de tabulação de quase 39.000 obras analisadas. O nível de detalhamento permite o tratamento dos dados tabulados, sendo possível classificar as obras inacabadas a partir de parâmetros diversos. A tabela a seguir ilustra o 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 Preços	**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**	**100,00%**	

Da leitura do quadro acima, é possível verificar que aproximadamente 8.000 obras paralisadas estão enquadradas como tomada de preços, possuindo um valor mediano de contratação de aproximadamente R$ 606.000,00. Igualmente relevante é a incidência percentual da modalidade convite. Essas duas modalidades somadas alcançam mais de 12.000 obras inacabadas e correspondem a 87,85% do total[19].

É bem verdade que o volume financeiro abocanhado pela modalidade concorrência é significativamente maior e merecedor da devida atenção. Todavia, de maior interesse é a revelação do perfil das empresas contratadas que atuam no astronômico número de empreendimentos paralisados. Isso porque a gestão do projeto para a implantação de uma ferrovia é deveras distinta da estratégia de execução da ampliação de um posto de saúde. A razão reside no fato de que um empreendimento que alcançará a casa dos bilhões de reais terá incidência de variáveis significativamente distinta daqueles objetos que consumirão quantias que não passam do milhão de reais, a exemplo das exigências de habilitação, dos licenciamentos, das dinâmicas de desembolso, dos conflitos ju-

19 Nota do autor: 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.

diciais, dos riscos, entre outros fatores.

Em outras palavras, as variáveis incidentes nos empreendimentos de maior porte são bem distintas daquelas que influenciam obras de pequeno porte, daí a valiosa importância das revelações perpetuadas pelo critério financeiro. Com base na tabela anterior, de se notar que as obras paralisadas enquadradas na modalidade concorrência possuem média de valor de contratação acima dos R$ 9 milhões, quase 16 vezes à média 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.

Não obstante a 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. Por corolário, 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, e não raras vezes, a consequência é fatal.

Essa verdade é reforçada por estudo técnico produzido em junho de 2018 pela CNM,[20] o qual permite análise quanto ao porte dos municípios[21] que mais são afetados pela paralisação das obras de engenharia. A tabela a seguir foi extraída do referido relatório e está reformatada para melhor ilustrar a presente análise:

PORTE	Nº DE 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	a partir de 1.000.000 hab.	83	0,81%
TOTAIS		**10204**	**100,00%**

20 Estudos Técnicos/CNM – junho de 2018. Disponível em (acessado em 01.07.2021): <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Obras%20paralisadas_revisado.pdf>.

21 A classificação segue os critérios do IBGE. Os números referem-se ao ano de 2018, tendo como fonte a Caixa Econômica Federal.

De modo análogo ao critério financeiro, tem-se um percentual de quase 80% de obras inacabadas abarcado pelos empreendimentos de menor relevância econômica, justamente aqueles localizados nos municípios de pequeno porte. Não à toa, eis que são entes menos robustos financeiramente, menos experientes tecnicamente e com menos recursos humanos, materiais, tecnológicos e de equipamentos para os processos de desenvolvimento dos projetos, estruturação das licitações, fiscalizações das execuções e acompanhamentos dos contratos de obras públicas.

A associação do critério financeiro com o critério de porte do ente federativo é o principal fator explicativo da constatação feita pelo TCU em seu Acórdão nº 1079/19 do Plenário. A Tabela a seguir, retirada do relatório de auditoria, discrimina os motivos de paralisação das obras que constavam no banco de dados do Programa de Aceleração do Crescimento à época.

Tabela 12 - Motivos das paralisações das obras constantes do banco de dados do PAC

Motivo da paralisação	Qtd	Total (R$ Milhões)	% Qtd	% Recursos
Técnico	1.359	R$ 25.540,58	47%	19%
Abandono pela empresa	674	R$ 5.842,71	23%	4%
Outros	344	R$ 21.678,21	12%	16%
Orçamento/Financeiro	294	R$ 62.960,61	10%	48%
Órgão 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	**2.914**	**R$ 132.226,99**	**100%**	**100%**

A tabela revela que 70% dos empreendimentos inacabados têm raízes em dois motivos, seja de forma isolada, seja concomitante. O primeiro é técnico e se traduz especialmente pelas falhas, erros e omissões dos projetos básicos. O segundo é o financeiro, que se traduz no abandono dos canteiros de obras por empresas despreparadas, inexperientes ou eivadas dos problemas mais diversos, mas que, de algum modo, lograram êxito em firmar contrato com a Administração. Em outras palavras, os municípios de pequeno porte não contam com estrutura capaz de produzir projetos com grau mínimo de maturidade. Simultaneamente, são absolutamente desprovidos de estratégias e práticas de gestão que possibilitem contratar empresas de menor risco.

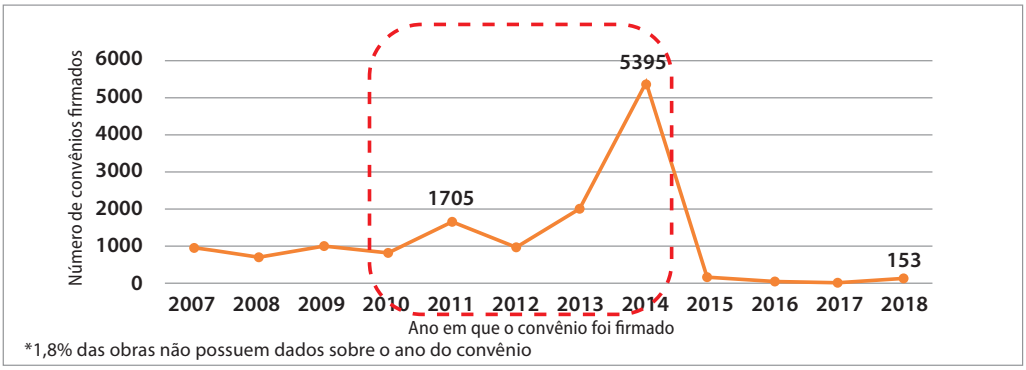
Essa inafastável realidade remonta às externalidades provocadas pela CF/88, para as quais a EC nº 15/96 foi muito pouco efetiva no combate aos problemas, notadamente, o excesso de deveres dos entes subnacionais em face de uma estrutura demasiado carente para o respectivo atendimento. Essa relação foi muito bem apontada durante audiência na CEXOBRAS, oportunidade em que os consultores da CNM declararam a atual conjuntura do país possuir uma

"Legislação protetiva aos direitos individuais e corporativos determinando que quase tudo, sem limites e acima das possibilidades, seja provido pelo Estado" (grifo do autor).[22]

De fato, os avanços produzidos pela CF/88 foram acompanhados de reflexos não desejáveis. Se por um lado os deveres do Estado foram significativamente elevados, por outro, o aparato administrativo dos entes federados, especialmente o dos municípios de pequeno porte, muito dependentes da dinâmica de transferências da União, não evoluiu o suficiente para fazer frente ao incremento de seus encargos. O resultado do descompasso é bem sentido pelo astronômico número de obras públicas paralisadas.

Nesse sentido, vale o recorte a partir do estudo desenvolvido pela Transparência Brasil em conjunto com o Observatório Social do Brasil.[23] Citado pelo CNJ em seu 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"[24] , que contém o seguinte gráfico:

Gráfico 3 - Convênios firmados entre governo local e governo federal



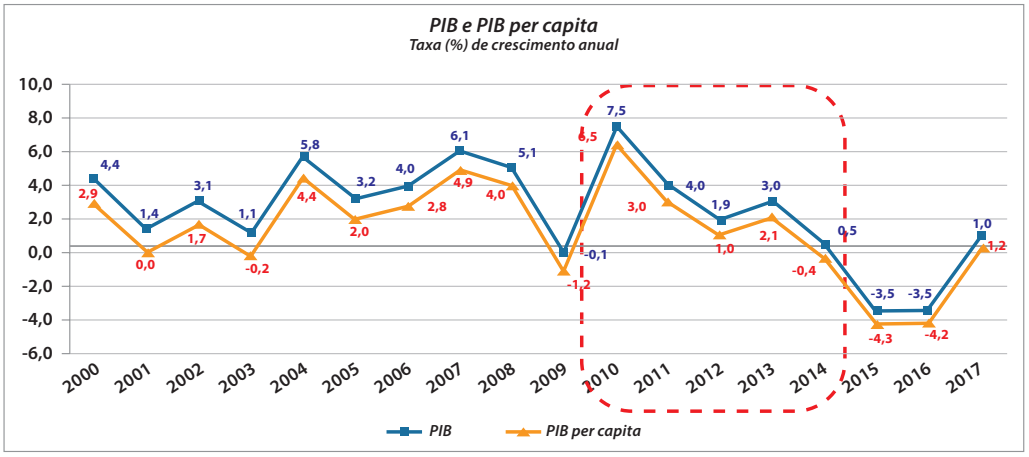
Fonte: SIMEC. Elaborado pela Transparência Brasil

22 CEXOBRAS. Comissão Externa sobre Obras Inacabadas no País. Apresentação. Confederação Nacional dos Municípios. Humberto Canuso. Brasília. 30.10.2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/apresentacoes-em-eventos/HUMBERTOCANUSO.pdf>. Acessado em 01.07.2021.

23 TRANSPARÊNCIA BRASIL: Obra transparente: proinfância ou problema na infância? Os desafios na construção de creches e escolas em municípios brasileiros. 2019. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Obra%20Transparente%200706.pdf>. Acessado em 01.07.2021.

24 GALF, Renata. Jessica, VOIGT. 59% das obras de escolas e creches com recursos federais a entregar apresentam problemas. 2018. Disponível em (acessado em 01.07.2021): <https://www.transparencia.org.br/blog/wp-content/uploads/2018/12/Relatorio_campanha-TdP_08112018.pdf>.

A ilustração demonstra o aumento brusco de convênios firmados pelos governos locais entre os anos de 2010 e 2014, movimento coincidente com a também brusca redução do PIB brasileiro no mesmo período. Veja-se:[25]



Na última década, a CNM apontou por inúmeras vezes o grave problema na redução das receitas municipais, as quais, especialmente para o caso dos municípios de pequeno porte, têm significativa parcela de contribuição a partir do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Uma vez que a composição do FPM é proporcionalmente atrelada às arrecadações federais, existindo crise fiscal no âmbito da União, os reflexos serão sentidos pelos municípios que mais dependem dessas transferências.[26]

Assim, se os municípios carentes são financeiramente dependentes das políticas de nível nacional, o que fatalmente condiciona suas possibilidades de atuação, não há como fugir à inferência que o cerne do problema das obras públicas tem seu embrião nas decisões tomadas nacionalmente. Sendo o Estado brasileiro o principal agente causador da desordem, cabe a ele a incumbência precípua da resolução, até mesmo porque os reflexos não estão restritos aos municípios de pequeno porte; são sistêmicos e atingem, em maior ou menor grau, todos os entes e órgãos da Federação. Sem exceções.

1.1.2 Dos reflexos do sistema político-administrativo

Não bastasse a falta de estrutura administrativa para fazer frente a todos os deveres do Estado, um fenômeno com potencial deveras agravante foi ganhando proporções desmedidas ao longo das últimas décadas, até que em janeiro de 2018 foi publicado o artigo intitulado "O risco de 'infantilizar' a gestão

25 Disponível em: <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>. Acessado em 01.07.2021.

26 Nota do autor: inclusive no que importa diretamente ao caso de parcela significativa das obras públicas financiadas mediante repasses federais, eis que boa parte dos entes subnacionais têm dificuldades até mesmo em arcar com as contrapartidas financeiras.

pública". Vindo de uma das maiores autoridades do controle externo,[27] a reflexão carregava um misto de crítica e autocrítica, rapidamente ganhando destaque nos círculos da Administração Pública e nos mais diversos veículos de imprensa, para, ao final, ser alcunhado como "O Apagão das Canetas".[28]

Um importante marco que assinala o início desse fenômeno pode ser resgatado no ano de 1992, ocasião em que um dos técnicos do TCU "detectou a realização de uma licitação *sui generis* [...] para 'aquisição de um imóvel pronto ou para entrega futura".[29] Tratava-se do processo licitatório para a construção do fórum trabalhista de São Paulo (TRT-SP). Durante a fiscalização, os auditores 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. As polêmicas de corrupção se notabilizaram na sociedade.

Mas, para além do problema de sobrepreço, uma questão subjetiva permeava a temática. 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. Mais ainda, caso a necessidade da Administração fosse pela aquisição de imóvel destinado ao serviço público, a licitação poderia ser dispensada.[30] Assim, uma interpretação possível da norma seria no sentido 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. Se tal interpretação é possível, ainda que o controlador a adjetive como *sui generis*, a própria norma oferecia tal alternativa. Mesmo assim, em 1996 o TCU determinou que se procedessem ajustes no processo licitatório aos moldes da recente Lei nº 8.666/93. Adiante, quando, em 1998, o Ministério Público verificou que a determinação do TCU não havia sido cumprida, as investigações foram aprofundadas, a obra terminou sendo paralisada e assim permaneceu por 4 longos anos.

O caso chama a atenção para um dilema que desde então afeta diretamente o interesse público. Se por um lado as irregularidades foram combatidas

---

27 Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acessado em 01.07.2021.

28 Alexandre Rands Barros intitula em artigo publicado do Diário de Pernambuco: "[...] agora, vivemos uma nova fase desse processo de atrapalhação, que é a era do Apagão das Canetas. 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 [...]" (grifo do autor). Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/opiniao/2018/07/28/3433111/o-apagao-das-canetas.shtml>. Acessado em 04.07.2021.

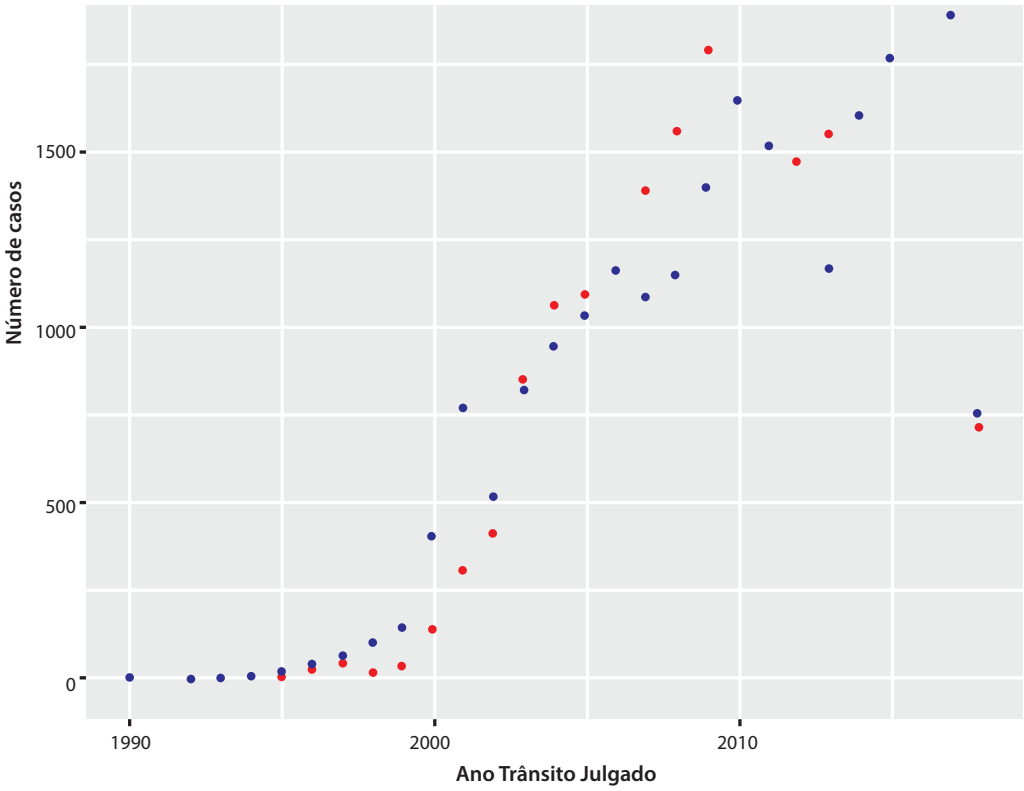
29 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Fiscobras: 20 anos / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2016. Pg. 41/42.

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

com o devido vigor pelos órgãos fiscalizadores, por outro, a sociedade amargou período elevado de tempo para perceber o retorno de seu investimento (existem casos em que o retorno não mais será possível, restando apenas contabilizar o prejuízo).

De qualquer sorte, tanto para os controladores quanto para os prestadores de contas, o caso do TRT/SP foi um marco às obras públicas, porque foi a partir desse empreendimento que 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 demais Poderes da União, tornaram-se *players* na dinâmica política e adquiriram impressionante influência nos processos decisórios.

No bom jargão popular, "o chicote cantou": o controlador não hesitou em se enraizar no espaço que lhe foi normativamente reservado, o que fica bem ilustrado pelo significativo salto na quantidade de sanções pecuniárias impostas pelo TCU. O gráfico a seguir demonstra a evolução do número de reprimendas, que na década de 90 giravam em 200 por ano, para uma média superior a 1500 a partir dos anos 2000:[31]



31 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 (acessado em 01.07.2021): <https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f_d645374be53a426e8383a5d0aa1f80e6.pdf>.
Nota do autor: A pesquisa analisou aproximadamente 38.000 casos de agentes públicos e privados condenados em pagamentos de multas e débitos entre os anos de 1990 e 2018.

A depender do intérprete, a leitura do gráfico revelará evidências estatísticas da eficiência do controle externo. Lido de outra ponta, revelará inconteste usurpação do poder decisório daqueles que estão à frente da operacionalização da máquina pública. Bom exemplo desse conflito entre controladores e controlados pode ser extraído do Acórdão nº 2488/18 do Plenário do TCU, o qual foi objeto de breve análise do professor André de Castro Braga.[32] Na ocasião, a Corte de Contas realizou minudente revisão das cláusulas de contrato firmado pela Telebrás e estabeleceu aquilo que entendeu deveria ser o "lucro normal" do parceiro privado. Ao final, determinou a renegociação do contrato.

Interferências dessa magnitude justificam a percepção dos gestores no sentido que grande parte de suas decisões serão censuradas pelos órgãos de controle, motivo pelo qual estão cada vez mais "decidindo por não decidir". Transferem, assim, seu legítimo poder de decisão para aqueles que não são legítimos para decidir, abarrotando os tribunais e travando todo o processo decisório.

Essa postura dos gestores públicos foi criticada na sessão plenária do TCU de 12 de dezembro de 2018, sendo asseverado que "em algumas situações, o governo federal apresenta consultas ao TCU com o intuito de obter um mero 'conforto espiritual'". Segundo o professor André Braga, essa percepção dos controladores sugere que diversas consultas feitas pelos governos seriam desnecessárias, pois apontariam para temas estabilizados em que a legislação já conteria solução objetiva.

Mas a compreensão dessa estratégia dos gestores públicos é plenamente justificada à luz de dados concretos, a exemplo do recente estudo promovido pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) em conjunto com a CNM. A partir da pesquisa de 800 acórdãos do STJ, o exame constatou que menos de 10% das ações de improbidade contra prefeitos têm relação com enriquecimento ilícito.[33] Ou seja, a proporção capturada pelo estudo demonstra que o Poder Judiciário é sistematicamente acionado por questões que não têm a mesma relevância quando comparadas àquelas altamente reprováveis.

Portanto, independentemente da relevância das irregularidades eventualmente cometidas pelos gestores, tudo termina por impor aos agentes públicos um significativo esforço para comprovarem a regularidade de seus atos. Dessa forma, o cotidiano dos servidores acabou se tornando uma prática contínua de responder aos inúmeros questionamentos e processos dos órgãos de controle, dinâmica que justifica o raciocínio do professor André Braga quando

32 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-conforto-espiritual-do-tcu-17042019>. Acessado em 01.07.2021.

33 Confederação Nacional de Municípios – CNM e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Cartilha Informativa – Probidade Administrativa. – Brasília: CNM, 2019. Pg. 15.

conclui que "ao buscar livrar a Administração Pública de todo e qualquer pecado, o TCU convida os fiéis gestores à sua porta".[34]

Para além, a crítica ao *Apagão das Canetas* não está inscrita à órbita dos sancionados pelo controle externo, tampouco restrita ao jurisdicionados obrigados por força de norma a prestar contas.

Para além, a crítica ao Apagão das Canetas não está inscrita à órbita dos sancionados pelo controle externo, tampouco restrita ao jurisdicionados obrigados por força de norma a prestar contas.

Há tempos, a doutrina especializada tem condenado os reflexos do voluntarismo e da falta de dosimetria que marcam a ação dos órgãos de controle. Destaque à publicação de Fernando Vernalha em "O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle",[35] de 2016, às reflexões de Joel e Pedro de Menezes Niebuhr em "Administração pública do medo",[36] de 2017, à forte crítica de Antonio Fernando Pinheiro Pedro em seu artigo "A ditadura da caneta",[37] de 2018, para o livro de Rodrigo Valgas dos Santos, "Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos",[38] de 2020, e, mais recentemente, para Carlos Ari Sundfeld, em seu texto "Controles públicos precisam de limites", de 2021.[39]

Verdade é que as consequências da dinâmica do *Apagão das Canetas* alcançaram níveis alarmantes para o país e terminaram por atingir em cheio um dos principais motores do nosso desenvolvimento, exatamente o setor da infraestrutura. O problema alcançou proporções tão grandes que durante o evento

---

34 Em autocrítica que se conecta à prática revelada pelos números relativos aos processos de improbidade deflagrados pelos órgãos de controle, o Ministro Bruno Dantas do TCU debate a temática do Apagão das Canetas conforme relatado no artigo de o Consultor Jurídico "Incompetência não pode ser tratada como improbidade". O sítio eletrônico resume o fenômeno se caracterizar por "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". Tem 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". (grifo do autor). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu>. Acessado em 01.07.2021.

35 GUIMARÃES, F. V. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Revista Direito do Estado, n. 71. Curitiba. 31 out. 2016. Disponível em (acessado em 01.07.2021): <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>.

36 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acessado em 01.07.2021.

37 Disponível em: <https://www.ambientelegal.com.br/a-ditadura-da-caneta/>. Acessado em 01.07.2021.

38 SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito administrativo do medo [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos1*. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

39 Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/carlos-ari-sundfeld-controles-publicos-precisam-de-limites.html#:~:text=Para%20mant%C3%AA%2Dla%2C%20controles%20p%C3%BAblicos,entre%20pol%C3%ADticos%2C%20gestores%20e%20controladores>. Acessado em 01.07.2021.

E agora Brasil?, ocorrido em julho de 2018, o então Secretário Especial do Programa de Parceiras Público Privadas chegou ao ponto de defender a necessidade de um pacto entre os três Poderes e os órgãos de controle externo, uma espécie de "bandeira branca" para destravar a infraestrutura.[40]

Nessa esteira, no início do ano 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. Todavia, parido com o alegado objetivo de identificar o motivo das interrupções e encontrar uma solução consensual adequada para eliminar as causas determinantes das paralisações, um ano após o seu lançamento, a iniciativa sequer havia elaborado seu plano de ação.[41]

A conclusão derivada é que o imbróglio não será resolvido por arrojo e esforço dedicado dos órgãos de controle, porém, qualquer solução propositiva dependerá de seu aval. É esse o desafio que se apresenta.

1.2 DAS SOLUÇÕES AO LABIRINTO DAS OBRAS PÚBLICAS

1.2.1 Do falso conflito entre legalidade e eficiência

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 da Administração em nosso país. Aliás, essa engenhosidade de grupos parasitas perdura até os dias de hoje.

No que importa às obras públicas de engenharia, alguns desses problemas foram enfrentados com êxito nas décadas seguintes, como nos casos de orçamentos de referência lastreados por parâmetros normativos,[42] das alterações contratuais sob critérios que remetem a um melhor planejamento das contratações[43] e do estabelecimento de critérios de medição para itens polêmicos, como administração local.[44] Outros temas, contudo, permanecem em profundo silêncio, a exemplo da questão relacionada aos critérios que possam informar o grau de interesse público por certo empreendimento.

---

40 Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5691757/apagao-das-canetas-trava-infraestrutura>. Acessado em 01.07.2021.

41 Matéria publicada no sítio eletrônico do CNJ em 08.02.2021: "O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizará nesta terça-feira (9/2), às 18h, reunião estratégica com o Comitê Executivo Nacional para Apoio à Solução das Obras Paralisadas – Programa Destrava, com a proposta de elaborar um plano de ação nacional para a retomada de obras paralisadas no Brasil." Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-impulsiona-programa-para-destravar-obras-no-brasil/>. Acessado em 01.07.2021.

42 Vide Decreto Nº 7.983/13.

43 Vide decisões plenárias do TCU, DP Nº 215/99, AC Nº 749/10 e AC Nº 1977/13-P.

44 Vide Acórdão Nº 2622/13 do Plenário do TCU.

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.[45] Seria válido questionar o porquê de o controlador se preocupar em controlar a eficiência, se o legislador não lhe outorgou essa preocupação. Assim, desobrigados da incumbência do controle da eficiência, os tribunais de contas se voltaram para o forte controle da legalidade. Todavia, diferentemente da iniciativa privada, em que falhas e prejuízos são tolerados em certa medida, o controlador brasileiro optou por não aceitar qualquer desobediência de seus jurisdicionados, independentemente 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.[46] De modo agravante, a jurisprudência dos tribunais de contas construída a partir de casos pontuais (nem poderia ser de outro modo) e que nem de longe representam a pluralidade da realidade brasileira é aplicada de modo genérico a toda e qualquer situação que seja submetida ao crivo dos controladores.

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 fariam se gestores fossem. 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.[47]

---

45 ota do autor: 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. Artigo 70, **CF-88** "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." (grifo do autor)

46 Hamilton Bonatto cita Michel Foucault para advertir que "temos presenciado, não diferente da narrativa de *Vigiar e Punir*, a necessidade de execuções públicas, com plateias virtuais, televisivas, desejosas de punições exemplares para prevenir outros governantes a não errar. A ideia tem sido a busca do triunfo do Estado sancionador sobre o governante. Parece-nos que não se tem buscado a penalização como uma forma de corrigir os desvios, mas apenas mortificar o responsável pelo malfeito." (grifo do autor). BONATTO, Hamilton. *Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação/Hamilton Bonatto*. – Belo Horizonte: Fórum, 2018. pgs. 29-30.

47 Em artigo publicado no portal Poder 360, Lu Aiko Otta relata que: "[...] 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" (grifo do autor). Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/lei-das-agencias-reguladoras-restringe-aparelhamento-e-voluntarismo/>. Acessado em 02.07.2021.

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 sob a ótica generalista, em patente preterição à eficiência administrativa aplicável os casos concretos. 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, a eficiência administrativa não apareceu como uma preocupação central do legislador brasileiro, permanecendo igualmente descartada das diligências dos controladores. Por consequência, a eficiência é também secundarizada na ação da maioria dos gestores públicos, especialmente no tocante às obras públicas.

Mas, 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.

Como narrado anteriormente, idos quase 30 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 cuja resposta mais forte, veio com a decretação da Lei nº 13.655/18.[48]

Por seu turno, o TCU afirma que a parcela de obras paralisadas em virtude de sua atuação é pequena,[49] sendo os demais motivos muito mais relevantes, a exemplo das falhas de projeto, falta de orçamento, disputas judiciais,

48 O diploma incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec.-Lei nº 4.657/42) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. O destaque especial fica por conta da inserção do Artigo 28 na LINDB: "O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro". Adicionalmente, o artigo 12 do regulamento (Dec. Nº 9.830/19) determina que "o agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções." (grifo do autor)

49 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>. Acessado em 02.07.2021.

abandonos de canteiros de obras, insolvência de empresas contratadas, entre outros. Entretanto, essa leitura deve ser feita com reservas. Para tanto, veja-se a definição encartada pelo próprio TCU em seu sítio digital:[50]

> "O TCU é o órgão de controle externo do governo federal e auxilia o Congresso Nacional na missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país e contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade. Para isso, tem como meta ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável." (grifo do autor)

Com base na definição em destaque e dado o atual cenário das obras públicas, parece claro que o modo de atuação do controle ainda 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 remete à escolha de gestores públicos incapazes, ou o modo de aplicação das normas não está perfeitamente alinhado com os objetivos perseguidos pela 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 esforço conjunto por todos que, de alguma maneira, participam do processo de execução das obras públicas, sejam eles representantes dos Poderes do Estado ou dos respectivos órgãos autônomos, da iniciativa privada, estudiosos do tema, bem como daqueles profissionais atuantes na disciplina da engenharia legal. Eis a razão principal para uma releitura no modo de aplicação da legislação atinente às obras públicas. É que estando a interpretação das normas restrita 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.

Lado outro, dada a dimensão e pluralidade do Estado brasileiro e sendo os cenários inúmeros e variados, como definir, de modo horizontal, válido para qualquer cidadão, o conceito da eficiência administrativa? O que aparenta ser um dilema deveras desafiador, é inteiramente estabilizado pela doutrina:[51]

---

50 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/>. Acessado em 02.07.2021.

51 GABARDO, Emerson. 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.

> "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. 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." (grifo do autor)

O magistério trazido em destaque é de grande relevo, pois não se furta à análise de um suposto conflito entre os princípios da legalidade e da eficiência administrativa. Entretanto, demonstra de forma robustamente convincente a inexistência de qualquer choque entre os postulados. Em síntese, o princípio da eficiência administrativa surge a partir do momento em que a Lei oferta soluções discricionárias ao gestor público. Cumpre anotar que, na ausência de previsão normativa explícita, a opção que restaria ao administrador público seria por não fazer. Trata-se de reflexo complicativo característico de um clássico modelo de gestão pública patriarcal, resistente e de difícil evolução. Nenhuma iniciativa poderá ocorrer sem a interferência e diligente análise do Estado pontífice. Nada estará autorizado sem que a manifestação formal do Estado patriarca venha a cabo.[53]

Mas a problemática que afeta as obras públicas brasileiras não decorre da ausência de disposição legal que determine o que, quando e como fazer. A fatalidade se revela quando certo dispositivo tem caráter subjetivo, hipótese frequente. Tal característica não é em realidade um problema, muito pelo contrário, é absolutamente desejável o amoldamento das regras gerais aos casos concretos, razão pela qual o próprio legislador confere a certos dispositivos o caráter subjetivo. Nessas situações, observados os padrões de conduta estabelecidos, os personagens ativos precisariam ter garantida a sua legitimidade para bem decidir, não cabendo aos órgãos de controle impor padrões estandardizados nos mínimos detalhes. Em outras palavras, não poderiam os controladores julgarem a partir de critérios particulares ou crenças pessoais, haja vista não estarem revestidos de tal legitimidade.

---

52 Nota da citação: "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." (grifo do autor) Cf.: HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. Boletim de direito administrativo.

53 Hely Lopes Meirelles sublinha que "Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza." MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2009, p. 89.

Contudo, como já exaurido, na prática essa lógica não tem sido obedecida pelos agentes do controle externo, cada vez mais interferindo no microgerenciamento de todos os entes e órgãos da Administração. Por essa razão, não há que sermos insensíveis aos motivados receios dos agentes públicos. *O Apagão das Canetas* é realidade inegável no cotidiano da Administração Pública, fato dado e repisado inúmeras vezes e pelos mais variados atores. 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 reclama extensos e contínuos debates políticos, eis que, de um lado, é notória a incapacidade do Estado brasileiro em atender de modo satisfatório a missão imposta pela CF/88. De outro lado, o custo de eventuais minorações de seus deveres imediatamente implicaria 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. Aliás, não é de hoje que o legislador brasileiro adota postura no sentido de agradar todos que de algum modo participam ou interferem no processo legislativo à evolução das leis. Produz, assim, uma espécie de colcha de retalhos.

A recente Lei nº 14.133/21 pode bem ser considerada como exemplo análogo ao ocorrido quanto às discussões à CF/88. Portanto, discussões quanto aos aperfeiçoamentos das diretrizes legislativas não ocorrerão de modo objetivo, muito menos consensual. Impraticável, pois, o estabelecimento de metas temporais, além de os resultados dos arranjos futuros serem absolutamente imprevisíveis.

No médio prazo, os órgãos controladores necessitam promover releituras do seu modo de atuação, privilegiando 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 de modo eficiente à sociedade, urgindo por uma solução. Isso porque, se por um lado a sociedade espera e exige de seus gestores eficiência a nível do espectro singular dos interesses individuais de cada cidadão, por outro, lhes é imposto o cumprimento de um arcabouço interpretativo genérico cuja observância estrita é incontestavelmente impossível.

No curto prazo, o Estado brasileiro não pode aguardar que a iniciativa de uma administração mais profissional ocorra de modo automático a partir dos operadores da máquina pública, especialmente com relação aos entes subnacionais que mal conseguem quitar suas contas mensais. Tal arrojo deve vir das mais altas hierarquias da Federação e de seus órgãos de controle, não apenas desenvolvendo criativas e lúdicas plataformas digitais desenhadas nas estações da capital da República, mas, principalmente, fazendo-se presentes nos rincões do

Brasil. Assim, disseminando conhecimentos, desenvolvendo métodos de aplicação prática e passíveis de customização às particularidades e realidades regionais.

1.2.2 Do falso conflito entre legalidade e eficiência

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. Dado o cenário, no ano de 2013, os legisladores decidiram dar prosseguimento aos entendimentos junto à comunidade internacional e editaram a famosa Lei Anticorrupção Brasileira (LAB).[54]

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, a exemplo da Lei de Improbidade, 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. Forte contraponto veio com a já citada Lei nº 13.655/18, a qual incluiu na LINDB 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, ato contínuo foi sancionada a 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

54 Trata-se da Lei Nº 12.846/16. 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.

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.

Não se nega a necessidade de se empreender esforço para diminuir os espaços de corrupção, bem como para se combater os abusos e barbaridades em contratos de obras públicas, diga-se de passagem, por vezes licitados com projetos básicos precários e que, até certo tempo, permitiam a realização de manobras "nada ortodoxas". Não há dúvidas que o desiderato do controlador é forçar os gestores a desenvolverem projetos de melhor qualidade e com menor quantidade de erros, falhas e omissões. Certamente é essa a bússola que tem orientado os posicionamentos do controle externo.

Contudo, há uma enorme diferença entre expectativa e realidade. O simples desejo, por si só, não garante uma boa gestão e/ou a contratação de profissionais qualificados para as tarefas. Por incontáveis vezes, a história já provou que simplesmente "apertar o torniquete" nunca produziu os resultados desejados pela sociedade. Ao final, mesmo no intuito de incentivar o aperfeiçoamento da gestão pública, o *modus operandi* dos controladores acabou sendo um dos motivadores para o cenário caótico de nossas obras.

No bom jargão popular, "o tiro saiu pela culatra": os projetos continuam 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, que por vezes, preferiram optar por artifícios que contornavam as restrições impostas pela Lei e/ou pelos controladores, assim, criando anomalias indesejáveis.

Dentre essas anomalias, teve destaque o expediente conhecido como troca de serviços, artifício que acabou se revelando uma janela para condutas reprováveis, tais quais os jogos de planilhas, superdimensionamentos de serviços e várias outras impropriedades. Em resposta, 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.

Todavia, apesar de todas as restrições e cautelas criadas, bem como da forte atuação fiscalizatória e sancionatória dos órgãos de controle externo, a verdade é que os problemas nas fases de estudos, projetos, contratação e execução continuam essencialmente os mesmos e a quantidade de obras paral-

isadas permanece inacreditavelmente absurda. Para piorar, não sem razão, os agentes públicos tendem a enxergar a atuação dos órgãos fiscalizadores como uma perseguição implacável e arbitrária, eis que, 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 forma que a opção dos gestores tem sido cada vez mais pela inércia.

Enfim, um questionamento precisa ser feito: 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 pelas 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 à boa execução das obras. Porém, precisam cotejar o rigor burocrático e legalista extremados com o melhor interesse da sociedade, a qual 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 serão de melhor efeito se, além da legalidade, adotarem postulados de igual nível de importância, como o da supremacia do interesse público, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes são pilares de mesmo grau que conduzirão a escolhas mais vantajosas para a sociedade, dentro de um grau de risco percebido como suportável. Todavia, em face do monumental volume de recursos envolvidos e do número de contratos existentes, o tema das obras públicas dificilmente comportará iniciativas disruptivas. Dessa sorte, 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 a médio e longo prazo.

Para tanto, até pouco tempo, a legislação brasileira não dispunha de suporte legal que permitisse aos gestores públicos fundamentarem suas decisões discricionárias e/ou subjetivas sem o risco de que tais escolhas não 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 recaem tanto no gestor público quanto nas empresas contratadas.

Esse conflito entranhado nas decisões subjetivas das esferas governamentais é deveras análogo ao enfrentado pela iniciativa privada. Trata-se do 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 o principal e o agente serem indivíduos distintos acarreta uma assimetria de informação entre esses atores, havendo o risco de manipulação das informações pelo agente em desfavor do principal. Isso decorre porque o interesse de ambos não necessariamente é o mesmo, e a bem da verdade, quase sempre não é.

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

Na esfera pública, o desafio é deveras potencializado, eis que se está 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 interesses de sociedade, controladores e gestores, invariavelmente resultando em grandes problemas, como o das dezenas de milhares de obras públicas inacabadas.

Na esteira das práticas da iniciativa privada capazes de produzir resultados relevantes e que poderiam ser adaptadas na 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,[55] além de diversos outros manuais que se seguiram. Atualmente, o TCU e a Controladoria Geral da União (CGU) atuam fortemente a favor da implementação da governança pública como prática às decisões dos entes e órgãos da Administração. 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 à gestão de riscos, aos controles internos e à 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.

55 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.

Adiante, 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. Por derradeiro, a recente Lei nº 14.133/21 consagrou o instituto da governança pública de modo taxativo em seu texto.[56] Assim, estabeleceu-se o suporte legal para aplicação de solução capaz de amenizar o embate oriundo da assimetria de informações entre controladores, controlados e sociedade foi sacramentado.

O desafio seguinte é a implementação, manutenção e aperfeiçoamento contínuo dos conceitos, premissas e sistemas de governança nos órgãos e entes da Administração Pública. Além de se tratar de um processo sistêmico pelo qual uma organização toma suas decisões, a boa governança exige que os procedimentos decisórios estejam perfeitamente documentados e acessíveis, devendo atender plenamente ao dever de transparência. Assim sendo, estando a sistematização das tomadas de decisão de uma organização pública comprovadamente sob o conhecimento e domínio dos principais e dos agentes, eventual reprimenda por parte dos órgãos de controle somente poderá vir a cabo se os gestores públicos negligenciaram seus próprios sistemas. É dizer que, uma vez abrigados por sistemas de governança, eventuais resultados negativos não poderão ser objetos de sanções, sem prejuízo, contudo, do dever seguinte de ajustes e aprimoramentos do sistema.

De grande importância é 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 de 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. Em se tratando de governança, o nível de risco que certo alguém, que determinada organização ou até mesmo que a sociedade está disposta a aceitar, pode ser definido como apetite ao risco, parâmetro nuclear do gerenciamento de riscos. Assim, quando a Lei apresentar carga subjetiva e não estabilizar solução para o caso concreto, a discricionariedade dos gestores deverá ser privilegiada. Evidentemente que tal prerrogativa não lhes confere a faculdade de decidir de modo arbitrário, devendo toda e qualquer decisão ser precedida dos requisitos legalmente exigidos. Todavia, se estiverem munidos de sistemas de governança com base em gestão

55 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.

56 Artigo 11 da Lei Nº 14.133/21: "Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações." (grifo do autor). Vide ainda o artigo 169, I, da mesma Lei.

de riscos e balizados por nível de risco tido como tolerável, evidentemente que suas decisões tenderão a estreitar a assimetria de informações em relação aos controladores e à sociedade.

Por sua vez, caberá aos controladores respeitarem as decisões de carga subjetiva para as quais a legislação confere legitimidade aos gestores, bem como à exposição a um certo nível de risco considerado tolerável. Em cenário subjetivo, não há que o controle se voluntariar a partir de crenças particulares ou parâmetros que suponha mais convenientes, devendo atuar apenas na verificação se o processo decisório seguiu o descrito no sistema de governança. Por fim, algumas decisões se revelarão acertadas, outras não. Algumas decisões, inclusive, conduzirão a certo prejuízo ao erário, em que pese o nível de risco aceito pela sociedade. Quando tal hipótese ocorrer, o gestor público não poderá 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

1.2.3 Das soluções a partir da engenharia legal

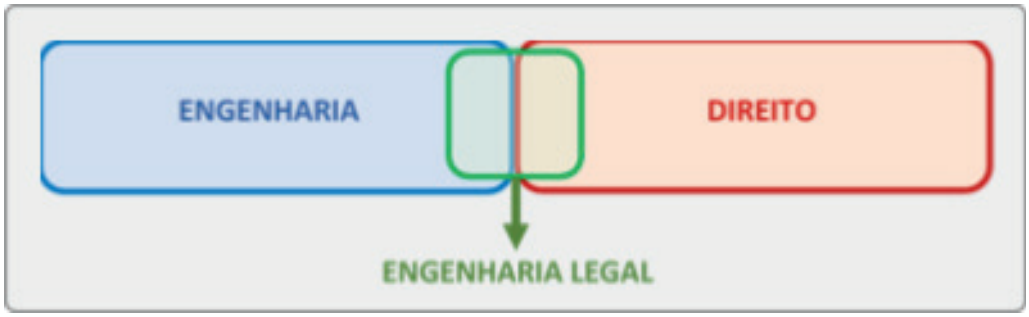
Como exaurido nas linhas anteriores, naquilo que compete às obras públicas, é notório que os esforços dos diversos atores envolvidos, sejam gestores, legisladores ou controladores, ainda não produziu resultados satisfatórios ao interesse público, razão pela qual o tema merece abordagem para além das soluções usuais.

A hipótese aqui tratada aponta para uma questão que não é de exclusividade da órbita jurídica, 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 tratado se propõe a apoiar a partir dos preceitos da engenharia legal. Tal fato decorre 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:[57]

> 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. (grifo do autor)

57 CARVALHO, Herbert A. Revista. SANTOS, Honayran S. A importância da engenharia legal no processo civil: a interface Direito-Engenharia. Revista Jurídica, v.19, n.1, 2019. Pg. 105.

É por essa razão que as soluções dos conflitos inerentes às obras públicas brasileiras não serão 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,[58] sendo taxativamente prevista no Decreto nº 23.569 de 11 de dezembro de 1933.



Em leitura da 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 sob o devido rigor científico, 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 custosas, além de possibilitar soluções mais lógicas e com maior aderência às normas. Em especial, tem o potencial de favorecer a eficiência administrativa associada ao próprio interesse público. Para compreender como essa aproximação é possível, vale uma brevíssima reflexão conceitual sobre as provas periciais a partir dos postulados do Código de Processo Civil (CPC) e do próprio Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU), documento que regulamenta a Lei Orgânica do TCU e norteia os ritos processualísticos para os procedimentos de prestação de contas.[59]

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 ainda, "§ 2º

58 Item 3.41 da NBR 13752 - Perícias de engenharia na construção civil da ABNT: "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."

59 Resolução nº 246/11 (RITCU).

O relator, em decisão fundamentada, negará a juntada de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias", finalizando, assim, todo o arcabouço normativo acerca das provas em sua esfera de competência. 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.[60] Mas, para ser válida, a prova 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 do CPC: "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 [...] § 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões." (grifo do autor)

Com relação às diferenças entre análise técnica e científica, o aprofundamento do tema extrapolaria o objetivo central do presente estudo, sendo suficiente recepcionarmos inteligência sustentada por 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 artigo 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." (grifo do autor)

Sendo desnecessária, não há motivo sequer para se produzir uma prova pericial, quiçá juntá-la aos autos de certo processo. Desta sorte, a questão que se coloca é: quando a prova pericial será necessária? A resposta imediata é dada pelo próprio CPC, no artigo 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 de que o julgador carece da expertise necessária para extrair, ele mesmo, a prova do fato. Bom exemplo pode ser emprestado a partir

60 Súmula Nº 103 do TCU: "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."

dos processos de verificação de paternidade, onde a prova do fato necessita de exame de DNA. Nesse caso, o julgador não detém o conhecimento necessário à produção da prova, tampouco está habilitado à leitura de um exame científico,[61] necessitando, pois, da assistência profissional dos peritos da disciplina em questão.

Enfim, o que permite aos experts das diversas áreas do conhecimento científico preencherem as lacunas que os julgadores não dão conta pode ser resumido pelo domínio do método. É essa a razão da exigência categórica trazida pelo artigo 473, III, do CPC. Evidentemente, o método que se está a tratar é o método científico (método do conhecimento),[62] 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 disponíveis. 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.[63]

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. Portanto, seja na esfera judicial ou administrativa, seja na iniciativa pública ou privada, o conceito de prova pericial pode ser sintetizado como a aplicação do conhecimento cientificamente comprovado em um caso concreto. Dessa sorte, ao aplicar uma metodologia, o agente estará livre de opiniões pessoais, eis que seu mister será demonstrar e empregar, na específica situação, o conhecimento humano acumulado naquela disciplina. Sob tal manto, 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 mesmo tempo em que qualifica as análises e permite aos interessados apreciarem informações com alto grau de objetividade.

---

61 Nota do autor: 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 prova que já consta e/ou constará no processo, sem que haja necessidade de produção pelo perito.

62 CIÊNCIA. ETIM lat. scientia,ae 'conhecimento, saber, ciência, arte, habilidade'.

63 Segundo Poincaré, "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".

Tais atributos conferem à engenharia legal grande utilidade à governança pública, oferecendo aos gestores parâmetros adequados às tomadas de decisões, a bem de mitigar os 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. De se notar que, ao contrário da atuação em sede corretiva, típica dos processos judiciais, aqui, a engenharia legal revela sua vertente preventiva.

Em síntese, a proposta do presente tratado é precisamente o desenvolvimento de sistemas decisórios incidentes em temas relevantes e de caráter subjetivo. Nesse sentido, os preceitos balizadores das metodologias a seguir apresentadas estão ancorados no interesse público, com vistas à eficiência administrativa admitido certo grau de risco. Para tanto, a instrumentalização dos métodos está ancorada na associação dos postulados da governança pública com os preceitos da engenharia legal aplicada.

02

DAS SOLUÇÕES AO DILEMA DO PARCELAMENTO DAS OBRAS PÚBLICAS

No ano de 1998, o legislador brasileiro avançou com uma série de alterações no regulamento das licitações e contratos da Administração Pública. Dentre as várias modificações, trouxe o conceito de *bens de natureza divisível*.[64] Adiante, a Súmula nº 247 do TCU extrapolou referido conceito e forjou aquilo que chamou de *objeto divisível*, estendendo suas implicações para os objetos do tipo alienações, serviços e obras.

Contudo, conforme já enfrentado no presente tratado, obras e serviços são atividades, não se constituindo como bens. Especialmente para o caso das obras públicas, cumpre reforçar seu caráter personalíssimo o que lhe confere o gozo da própria identidade. Assim, a extrapolação do conceito promovida pelos controladores é no mínimo intrigante, pois, como poderia algo único, singular, um todo que se materializa a partir de uma solução geral, ser divisível? Certamente, não é.

Em realidade, o que de fato é plenamente possível são objetos do tipo obras serem executados de modo segmentado, em partes, parceladamente. Ademais, a execução de tais partes pode se dar concomitantemente ou não, por diferentes executores e, inclusive, no mesmo espaço físico.[65] Em outras palavras, ainda que uma obra pública de engenharia não desfrute do atributo da divisibilidade, a execução do objeto como um todo comporta divisão.

Ocorre que, para além dos conceitos intrincados, tal decisão é permeada de grande dose de subjetividade, sendo precisamente esse o desafio ao qual os gestores públicos estão submetidos e que o presente capítulo ora enfrenta.

64 Nota do autor: trata-se da Lei Nº 9.648/1998 que dentre outras alterações inseriu no artigo 23 da Lei Nº 8.666/93 o seu § 7º: "Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala." (grifo do autor)

65 Exemplo clássico o das obras pré-moldadas.

2.1 DA SÚMULA Nº 247 DO TCU

O projeto de súmula que versou acerca da obrigatoriedade da adjudicação por item em detrimento do preço global quando das licitações à contratação de obras, serviços, compras e alienações cujo objeto seja divisível, foi apreciado pelo plenário do TCU em 10 de novembro de 2004. Eis os termos do texto aprovado pelo Acórdão nº 1782/04-P:

> 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.

O objetivo esculpido no diploma em destaque é textual, cristalino e categórico, inexistindo quaisquer interpretações dúbias, qual seja: "propiciar a ampla participação de licitantes". O fundamento central se revela na busca de maior competitividade dos certames licitatórios, atributo por demais reforçado na legislação de regência. Aliás, o próprio TCU materializou esse objetivo de modo explícito ao analisar o mérito que conduziu à aprovação da Súmula.[66]

Da leitura de tal excerto é forçoso inferir que a presunção do controlador não é outra, senão a de que um maior número de participantes tende a uma maior competitividade do certame licitatório e, por consequência, numa maior possibilidade de obtenção dos menores preços. Com base em tal diretriz e sob a severa vigilância dos controladores, a busca por esses "menores preços", na esmagadora maioria dos casos, tem sido perseguida cegamente pelos gestores públicos, quase que declaradamente à completa margem do conceito do "melhor preço" (e não seria errado dizer-se à margem do princípio da seleção da proposta mais vantajosa).[67]

---

66 Parágrafo 7 (Relatório e Parecer) do Acórdão Nº 1782/2004 do Plenário do TCU: "A propósito, conforme observou o Ministro Walton Alencar Rodrigues, Relator do anteprojeto, '(...) é inegável a importância da orientação nela plasmada, tendente à ampliação da competitividade do certame e à obtenção de menores preços.'"

67 Sobre o tema, Carlos Stoever adverte que "O menor preço é, sem dúvidas, critério de seleção 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.

Lado outro, cumpre anotar que, não obstante o comando sumular obrigar a instrumentalização do parcelamento do objeto em busca do "menor preço", há um limite que não poderá ser ultrapassado e que foi expresso na referida Súmula nos seguintes termos: "[...] desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala [...]". (grifo do autor)

Portanto, revela-se considerável a situação desafiadora dos agentes públicos para bem decidirem entre parcelar ou não parcelar certo objeto a ser licitado. De se notar que 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, pois, exatamente esse o dilema que persegue os gestores: caso decidam por parcelar certo objeto, correrão o risco de os controladores entenderem por ofensa à economicidade em face dos potenciais ganhos oriundos da economia de escala. Modo oposto, caso optem por não parcelar, correrão o risco de os controladores interpretarem sua decisão como uma eventual restrição à competitividade do certame.

Para exemplificar o nível de risco ao qual os agentes públicos estão submetidos, veja-se os seguintes acórdãos do TCU extraídos do compêndio de autoria do ex-presidente da própria Corte de Contas, o ilustre Ministro Valmir Campelo:[68]

> Acórdão Nº 159/03 do Plenário do TCU: "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 §1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93;" (grifo do autor)

E ainda, trecho do seguinte voto-condutor:

> Acórdão Nº 2544/11 do Plenário do TCU: "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." (grifo do autor)

De se notar que em ambos os casos o TCU analisou objetos que tratavam de sistemas de abastecimento de água, bem como a eventualidade de que os materiais necessários à execução das obras fossem licitados de modo apartado dos serviços correlatos. Ao final, as decisões emanadas pelos controladores foram diametralmente opostas, ora determinando aos gestores procederem com o parcelamento, ora determinando o contrário.

Resta, assim, a evidência categórica que justifica o receio dos agentes públicos traduzido no já citado fenômeno do "Apagão das Canetas".

68 CAMPELO, Valmir. Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU. 4. ed. rev. e atualizada – Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pgs. 601 e 603.

2.2 DO OBJETO ADQUIRIDO E DO OBJETO EXECUTADO

Em capítulo anterior, destacou-se a lição de Renato Geraldo Mendes, cuja doutrina aponta ser o atendimento de uma necessidade/problema da Administração o objetivo nuclear do processo das contratações públicas. Referido autor também anota que para serem resolvidos de forma eficiente, tais necessidades e/ou problemas precisam ser adequadamente identificados. Feito assim, suas respectivas soluções serão então traduzidas na forma de um objeto, o qual poderá ser adquirido, como no caso das compras, ou poderá ser executado pela própria Administração, ainda que indiretamente, como no caso das obras e alguns tipos de serviços.[69]

Repita-se que em seu artigo 2º a Lei nº 14.133/21 discriminou os tipos de objeto que atenderão às necessidades da Administração e que poderão ser contratados junto a terceiros que detenham condições de entrega, sendo eles: (i) alienações e concessões de direito real de uso de bens; (ii) compras, ainda que por encomendas; (iii) locações; (iv) concessões e permissões de uso de bens públicos; (v) prestações de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; (vi) obras e serviços de arquitetura e engenharia; e (vi) contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Nessa toada, são relevantes as definições encartadas no artigo 6º da mesma Lei que, no tocante a epigrafada questão, recepcionou as premissas da norma anterior. Tal fato decorre porque, ao definir obras e serviços, o dispositivo legal sequer fez referência ao parcelamento desses objetos. Ao mesmo tempo, o legislador fez questão de definir taxativamente que, nos casos em que o objeto tratar de compra, seu fornecimento poderá ser parcelado.[70]

E a questão se releva com maior destaque quando verificadas as determinações da Lei nº 14.133/21 carreadas nas seções específicas Das Compras (artigos 40 a 44), Das Obras e Serviços de Engenharia (artigos 45 e 46) e Dos Serviços em Geral (artigos 47 a 50). De se notar que, ao tratar das compras e dos serviços em geral, os dispositivos normativos são minudentes, chegando ao

69 Mendes assim discorre: "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." Id. Ibidem. pg. 48.

70 Artigo 6º da Lei Nº 14.133/21: "X - compra: aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, [...]; XI - serviço: atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, [...]; XII - obra: toda atividade estabelecida, [...]; (grifo do autor)

ponto de germinar o "princípio do parcelamento".[71] Por sua vez, ao esmiuçar as normas que regem as obras e serviços de engenharia, temos que a recente legislação traz absoluto silêncio acerca de seu eventual parcelamento.

Como dito anteriormente, entre as principais distinções desses tipos de objeto é que, no caso das obras e de certos serviços, a Administração precisará executá-los, ainda que indiretamente.[72] Repita-se que sob a óptica das licitações e contratações públicas as obras de engenharia são objetos personalíssimos, singulares, únicos, assim, não estão à regular disposição de interessado qualquer. Existindo necessidade por objeto da espécie obra pública, a Administração deverá ela mesma produzi-lo.

Lado outro, quando o objeto se revelar como uma compra, os bens de que a Administração necessita serão simplesmente adquiridos, eis que estão regularmente disponíveis no mercado fornecedor. Nesses casos, não existirá qualquer esforço da Administração quanto à produção propriamente dita do bem. É, pois, o esforço, ou melhor dizendo, o não esforço para produzir o objeto, a lógica que, mesmo não declarada pelo legislador, nos parece justificar a previsão legal que persegue a aquisição de bens de forma parcelada. Deriva que a ampliação da disputa a partir do instrumento do parcelamento dos objetos a serem adquiridos é dinâmica própria e continuamente praticada no mercado regular.[73] Os exemplos a seguir oferecem didática elucidativa.

Considere-se a Administração identificar a necessidade da aquisição de 3000 computadores de certa especificação, assim, firmando as dimensões qualitativas e quantitativas do objeto a ser licitado. De se notar inexistir óbice para que tais equipamentos sejam entregues em lotes de 10, 20, 50 unidades e por 2, 5, 8 fornecedores distintos. Mesmo o objeto sendo recebido de modo fracionado e por variadas empresas, cada unidade adquirida manterá sua dimensão qualitativa, bem como será capaz de prontamente ser usufruída tão logo seja entregue. Nos termos da própria Súmula do TCU, as unidades são autônomas.

---

71 Nota do autor: tal como outros, o embrionário princípio do parcelamento não integra o extenso rol dos 22 (vinte e dois) princípios descritos no Art. 5º da Lei Nº 14.133/21. Em tempo, com relação a fartura de princípios, oportuna a reflexão de Guilherme Alvarenga ao comentar a obra de Humberto Ávila: "Por toda sua obra é notória sua crítica com relação ao uso desmesurado das categorias e falta da clareza conceitual na manipulação das espécies normativas. Ávila cita a referência indiscriminada a princípios, como sinônimos de regras, axiomas, postulados e máximas. [...]." (grifo do autor). ALVARENGA, Guilherme E. L. Humberto Ávila - Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. jul./dez. de 2018 – Vol. 46, N.1, p 159.

72 Nota do autor: certos serviços não necessitam ser executados pela Administração, eis que estão à regular disposição do mercado consumidor. É o caso, por exemplo, da assinatura de periódicos, dos cursos abertos de capacitação e treinamento, dos fornecimentos de energia elétrica, água tratada e coleta de esgotos, entre outros.

73 Marçal Justen Filho adverte que "a possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares." (grifo do autor). (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, São Paulo: Dialética, 2005, p. 207).

Nesse exemplo, é de se notar que, mesmo parcelando o objeto em lotes, inexiste esforço da Administração à produção das unidades, eis que tal incumbência repousa exclusivamente nos diferentes fornecedores contratados.

Considere-se exemplo outro em que a Administração necessita adquirir um caminhão para integrar a frota veicular de seu Corpo de Bombeiros. Ao referido caminhão deverão ser devidamente acoplados os equipamentos de combate a incêndio (tanque d'água, bomba, escada giratória, sapata de estabilização, entre outros) sem os quais o veículo é inútil ao propósito que o motivou. Diferentemente do exemplo anterior, neste caso, os itens não são autônomos. Assim, se a Administração optar por deflagrar licitações distintas para adquirir o veículo e os equipamentos que a ele precisam ser acoplados, agora estará a própria Administração incumbida do esforço da montagem do conjunto (ainda que de forma indireta).

Todavia, neste segundo exemplo o número de variáveis passíveis de frustrar o recebimento do objeto como um todo é deveras aumentado. As licitações correm o risco de não serem concluídas em tempo próximo, fornecedores podem atrasar a entrega do respectivo equipamento e prejudicarem o cronograma dos demais contratos, os equipamentos poderão apresentar vícios e não se ajustarem corretamente ao conjunto,[74] entre várias outras incertezas que podem até mesmo desaguar nas paulatinas disputas judiciais.

Nítido, pois, os diferentes graus de risco para objetos a serem adquiridos daqueles a serem executados pela Administração, e, conforme já exaurido, obras públicas de engenharia são objetos que precisam ser executados. De forma similar ao último exemplo, caso uma obra fosse parcialmente executada, é bastante razoável concluir-se que, além dos dissabores em não ter sua necessidade atendida, a Administração teria ainda que arcar com esforços adicionais e com prejuízos financeiros marginais.[75]

Mas, mesmo diante dessas diferenças, o TCU editou a Súmula nº 247, nivelando os objetos a serem adquiridos pela Administração de igual maneira aos objetos a serem por ela executados.[76] Como dito, o controlador extrapolou o conceito de "bens de natureza divisível", específico para objetos a serem adquiridos,[77] para os objetos a serem executados. Cunhou, assim, o conceito

74 Sobre o risco ao conjunto no caso de compras, vide artigo 40, § 3º, II, Lei Nº 14.133/21.

75 Acerca dos aspectos qualitativos e quantitativos dos parcelamentos, Renato G. Mendes alerta que "[...] é possível afirmar que a divisão do objeto está diretamente relacionada aos seus aspectos quantitativo e qualitativo. Ela não pode comprometer o desempenho técnico do objeto, pois sempre que isso puder ocorrer, a divisão estará proibida. Assim, a divisão visa, essencialmente, a reduzir o tamanho do objeto, pois o legislador entendeu que esse é um dos principais motivos que diminui a competição, mas sem comprometer o desempenho técnico (aspecto qualitativo)" (grifo do autor). Id. Ibidem. Pg. 146.

76 Nota do autor: o próprio excerto do fundamento legal da Súmula declara alicerce no artigo 15, inc. IV (Das Compras), conjuntamente com o artigo 23, §§ 1º e 2º, esses últimos os dispositivos que determinam as "obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis [...]", ambos da Lei nº 8.666/93.

77 Incluído na Lei Nº 8.666/93 (vide Art. 23. § 7º) pela Lei Nº 9.648/98.

hierarquicamente maior do "objeto divisível". Nas palavras do TCU, "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 [...]" (grifo do autor).

Há que se reconhecer que o texto do artigo 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, estimula tal interpretação. Todavia, sempre oportuno resgatar o princípio da hermenêutica jurídica, pelo qual a Lei não contém palavras inúteis, de modo aos termos guardarem eficácia apropriada. É dizer que, se o legislador inferisse todo e qualquer tipo de objeto conter natureza divisível, não teria, então, isolado o comando normativo aos bens. Aliás, fato marcante a Lei nº 14.133/21 não ter recepcionado o texto dos §§ 1º e 2º, do artigo 23 da Lei nº 8.666/93. Ao contrário, suprimiu tal comando por completo e gravou o "princípio do parcelamento" tão somente às compras e serviços em geral.[78]

E diferente não poderia ser, pois como será visto adiante, o que tecnicamente caracteriza um objeto ser ou não divisível é a autonomia ou não dos seus itens componentes. Ora, uma obra pública de engenharia, repita-se, tem identidade própria, é única, assim, de natureza nitidamente indivisível. Não obstante, sua execução pode perfeitamente avançar em partes, ainda que tais segmentos não sejam autônomos. Enfim, é essa a razão pela qual a Lei nº 14.133/21 estabeleceu que, quando da instrução dos processos licitatórios, os agentes públicos deverão apresentar justificativas para o parcelamento ou não da respectiva contratação, seja qual for o tipo de objeto licitado.[79]

Assim, uma vez estabilizados os conceitos e as dinâmicas de contratação dos objetos do tipo compras e do tipo obras, o interesse aqui perseguido se volta exclusivamente para os critérios de parcelamento da execução das obras públicas de engenharia, providência do tópico seguinte.

78 Veja-se à Lei Nº 14.133/21, artigos 45 e 46, o silêncio acerca do parcelamento de obras.

79 Artigo 18 da Lei Nº 14.133/21: "A fase preparatória do processo licitatório [...] § 1º, inciso VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;"

2.3 DO PARCELAMENTO DA EXECUÇÃO DAS OBRAS PÚBLICAS

A questão emerge numa interface técnico-jurídica atravancada, de alta carga subjetiva e de enfrentamento ainda insuficiente, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Cumpre iniciar a análise a partir da orientação determinada pelo antigo Decreto-LeinNº 2.300/86:

> 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. (grifo do autor)

Da leitura do excerto resta flagrante que a outrora determinação legal era diametralmente oposta ao comando dado pela Lei nº 8.666/93 e pela Súmula nº 247 do TCU. Ou seja, com a evolução da legislação, aquilo que era exceção virou regra. Se antes o parcelamento da execução de uma obra era vedado, ato contínuo, se tornou obrigatório. Atualmente, o instrumento do parcelamento adquiriu o status de princípio.

Mas o que se denota demasiado importante às contratações de obras públicas é que, a exemplo das legislações anteriores, a análise de eventual parcelamento à sua execução carrega dois pormenores de observância obrigatória. O primeiro ponto, objetivo, é o fato dessa decisão permanecer não sendo discricionária.[80]

O segundo, subjetivo, repousa na replicação das premissas que autorizam o parcelamento da execução de uma obra pública de engenharia, quais sejam, a viabilidade técnica e a viabilidade econômica, requisitos cumulativos e de análise desprovida de critérios consensuais.

Com relação à exigência de ordem econômica, tem-se que a leitura do antigo Decreto-Lei nº 2.300/86 era bastante perceptível no sentido de 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 orçamentária à execução total da obra.[81]

80 Nota do autor: para além da atual legislação sacramentar a não discricionariedade de tal decisão, o próprio TCU já cotinha jurisprudência pacificada acerca do tema. Acórdão Nº 2750/2018-P: "ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, [...] 9.3. determinar à Secretaria de Defesa Civil do Piauí (Sedec/PI), [...], 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." (grifo do autor)

81 Artigo 7º do Decreto-Lei Nº 2.300/86: "§ 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." (grifo do autor)

A Lei nº 8.666/93 anulou tal eventualidade ao determinar que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes no exercício financeiro em curso.[82] Comando idêntico consta na Lei nº 14.133/21.[83] Atualmente, o cerne da dimensão econômica repousa na busca pela melhor relação custo-benefício. Em se tratando de obras públicas, via de regra, o benefício é fixo e dado pela execução da própria obra dentro das especificações e demais exigências contratadas. Sendo fixo o benefício, a viabilidade econômica do parcelamento busca a outra ponta da relação, declaradamente, a diminuição do custo de execução do objeto.

Com relação à exigência de ordem técnica, a norma seguiu imutável. Trata-se da dimensão qualitativa do objeto para a qual não se admite redução. Noutras palavras, a legislação não aceita custo menor em troca de objeto de qualidade menor. Tal postulado conduz à viabilidade técnica como requisito primevo ao exame do parcelamento da execução de uma obra, fazendo com que a análise geral seja remetida às seguintes possibilidades:

i. O parcelamento é viável tecnicamente e viável economicamente, de modo a execução do objeto deverá ser parcelada;

ii. O parcelamento é viável tecnicamente, mas economicamente inviável, de modo a execução do objeto não deverá ser parcelada;

iii. O parcelamento é inviável tecnicamente, de modo desnecessária a análise econômica e a execução do objeto não deverá ser parcelada;

Apesar da obviedade dos cenários possíveis, os regulamentos não oferecem métodos e/ou parâmetros objetivos para alcançar tais inferências.[84] 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 citadas anteriormente.

A bem da verdade, exames conflituosos não são lançados somente pelos controladores, mas também por todos os que atuam na seara das obras públicas. Hipótese bastante crível é que tais inferências derivam de análises pro-

82 Vide artigo 7º, inciso III da Lei Nº 8.666/93.

83 Artigo 105 da Lei Nº 14.133/21: "[...], e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, [...]." Veja-se também o Artigo 72 da mesma Lei: "O processo de contratação direta, [...], deverá ser instruído com [...] IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;"

84 Nota do autor: apesar de silenciar acerca do parcelamento de obras, a Lei Nº 14.133/21 evoluiu em relação às análises de parcelamento das compras e dos serviços em geral. Permite, por analogia, aplicar-se os seguintes critérios de maior grau de objetividade: manutenção dos parâmetros de qualidade (Art. 40, § 2º, II) e custos de gestão dos contratos (Art. 40, § 3º, III e Art. 47, § 1º, II). Também por analogia, permite a aplicação dos seguintes critérios com menor grau de objetividade: estimativa de economia de escala (Art. 40, § 3º, I), caracterização do objeto como sistema único e integrado (Art. 40, § 3º, II), possibilidade de risco ao conjunto (Art. 40, § 3º, I) e possíveis conflitos relativos à responsabilidade técnica (Art. 47, § 1º, I).

movidas sob os aspectos técnicos e econômicos de forma fundida, eis que a leitura ao já citado texto do artigo 23, § 1º da Lei Nº 8.666/93 é bastante indutiva nesse sentido.

Bom exemplo dessa análise fundida é verificado pelo Acórdão nº 2.282/2011 do plenário do TCU. Para o processo licitatório, os gestores públicos entenderam pelo não benefício econômico do parcelamento, porém, os controladores apontaram o aspecto técnico como critério absoluto. O objeto tratava de obras de naturezas distintas (barragem e ferrovia) e o TCU acusou os gestores de apresentarem fundamentos insuficientes à alegada inviabilidade econômica do parcelamento.

Ocorre que a argumentação da insuficiência de fundamentos à viabilidade econômica opera tanto a favor quanto contra a análise do parcelamento. Ora, se não há fundamentos suficientes para concluir pelo não parcelamento, evidentemente, não há fundamentos suficientes para concluir pelo parcelamento. Mas, mesmo diante do óbvio ululante, a Corte de Contas decidiu que o objeto deveria ser parcelado, eis que composto por obras de naturezas distintas.

De se notar o raciocínio açodado do TCU, pois não contou, segundo o próprio controlador, com os elementos mínimos de convicção se o parcelamento era ou não vantajoso sob o aspecto econômico. Em realidade, o controlador fundiu os critérios de viabilidade e incorporou a análise econômica no interior da análise técnica. Para tanto, adotou a natureza das obras componentes do objeto como único critério de decisão.

Com base no exemplo, vê-se que, ao avançar com premissa equivocada (análise fundida dos aspectos técnicos e econômicos), o analista estará exposto ao risco de negligenciar um dos critérios em prestígio desmensurado ao outro, ora absorvendo a análise econômica no núcleo da análise técnica, ora invertendo a lógica de seu exame, assim, priorizando o requisito econômico em detrimento do requisito técnico.

Ocorre que forçar um parcelamento (ou um não parcelamento) poderá resultar em inúmeros problemas à Administração. De tal sorte, dado o potencial risco de erro às análises promovidas sob tal premissa, a sistematização do processo decisório sob o enfoque da engenharia legal é demasiado oportuna. Para tanto, ao contrário de fundir os critérios, segmentar a análise técnica da análise econômica é solução bem mais acertada. Conforme alhures demonstrado, o parcelamento do objeto deverá ser examinado sob uma ordem lógica das duas condicionantes: primeiramente, a análise técnica, inclusive podendo ser assumida como pré-requisito;[85] em seguida, a dimensão econômica. Ao final, estando os critérios atendidos de forma cumulativa, o parcelamento deverá ser operado. Do contrário, não.

85 André Medes explica que "Não se devem parcelar, pois, etapas concernentes a atividades para as quais poderá haver dificuldade na definição do responsável por eventuais defeitos construtivos." MENDES, André. Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas. São Paulo. Pini, 2013. Pg. 137.

2.3.1 Da viabilidade técnica do parcelamento da execução

Conforme relatado anteriormente, uma obra é um tipo de objeto. 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, confundir-se com o objeto em si. Contudo, o contrário não é verdadeiro, pois é perfeitamente possível que o objeto seja constituído por um conjunto de obras (ou até mesmo uma combinação de obras, compras e serviços). Assim, a análise técnica repousa no parcelamento da execução do objeto, que não necessariamente se traduz em certa e determinada obra.

Nesse passo, sendo o objeto a solução escolhida para atendimento à determinada necessidade da Administração, sua divisão (redução quantitativa) somente será possível quando as partes do objeto propiciarem, por si sós, solução efetiva para essa necessidade (ainda que parcialmente), mantida, assim, a dimensão qualitativa de cada uma de suas partes. Do contrário, o objeto não poderá ser parcelado. De tal sorte, o que se tem por viabilidade técnica do parcelamento de certo objeto não são suas características físicas (sua natureza, por assim dizer), mas a possibilidade de a parte apresentar proveito funcional à Administração.

O Acórdão nº 1540/2014 do plenário do TCU enfrentou o tema do parcelamento do objeto a partir do critério funcional de modo bastante esclarecedor. Atendendo a uma consulta do Congresso Nacional acerca de eventual caracterização de "fracionamento de despesa, na hipótese de as obras referentes aos parques infantis serem distintas, situadas, inclusive, em zona geográfica diversa", a Corte de Contas assim se manifestou:

> "Na situação hipotética [...] 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." (grifo do autor)

De fato, os casos das obras de engenharia ilustram de modo deveras didático o que se deve entender como viabilidade técnica do parcelamento do objeto. Geralmente, a realização de uma obra é complexa, exige esforço multidisciplinar e ocorre ao longo de diversas etapas. Tais características impõem a necessidade de as obras serem executadas em partes concomitantes e/ou sucessivas. Contudo, o fato de uma obra ser executada em etapas (fundações, estruturas, vedações, instalações, revestimentos, acabamentos, etc.), em absolutamente nada

implica na análise técnica do parcelamento do objeto, do qual, repita-se, a obra faz parte.

Portanto, 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, hipótese que revela a viabilidade técnica de se parcelar o objeto.

A partir do exemplo da rodovia, considere-se o parcelamento do objeto em 5 partes de aproximadamente 10km cada. Mesmo que tecnicamente viável, há que se anotar que as características físicas das partes do objeto não mais serão as mesmas, no máximo assemelhadas. É fato que os quantitativos de serviços não serão rateados de forma proporcional, tampouco as soluções de engenharia serão idênticas. Igualmente simples a percepção que os custos de execução de cada uma das partes serão diferentes. Em outras palavras, o que se procederá é o parcelamento de um objeto, antes identificado como uma obra, em 5 obras distintas, independentes, autônomas, podendo, por si sós, serem úteis à sociedade.

Não foi outra a premissa do TCU quando da análise do parcelamento de objeto concebido como 5 parques infantis (5 obras). E, além das situações em que o objeto será constituído por um conjunto de obras assemelhadas a serem edificadas em pontos geográficos distintos, também existirão obras de natureza distintas que integrarão um mesmo objeto e serão executadas no mesmo local. São os casos, por exemplo, das escolas públicas com áreas de vivência concebidas juntamente com quadras poliesportivas, dos complexos hospitalares compostos de módulos independentes e até mesmo de um conjunto de edifícios administrativos que operam de modo autônomo.

Em todas as situações ilustradas o objeto é composto por diversas obras de engenharia (de igual ou de diferente natureza), o que notadamente confere (ao objeto) a possibilidade de ser parcelado. Contudo, o limite dessa divisão é condicionado pelo proveito imediato à sociedade de cada uma das partes, premissa a partir da qual a partição do objeto não mais será possível.

2.3.1.1 Das parcelas de natureza específica

Ao proibir o artifício conhecido como fracionamento de despesa,[86] a Lei nº 8.666/93 excetuou da vedação as parcelas que conceituou como de "natureza específica",[87] assim definidas como aquelas "que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço." Na sequência, o conceito adquiriu maior relevo em virtude da jurisprudência do TCU materializada em sua Súmula nº 253, sendo igualmente recepcionado pelo Decreto nº 7.983/13.[88], de modo a não existirem dúvidas de que itens e/ou parcelas de natureza específica compõem um todo maior denominado objeto.

Repita-se que a análise de eventual parcelamento repousa sempre no objeto como um todo, em que pese tal objeto poder ser constituído de múltiplas obras ou de combinações de obras, compras e serviços. Seja qual for a solução escolhida pela Administração, para que a partição do objeto seja tecnicamente viável, cada parte deverá ser autônoma ao ponto de poder ser utilizada, independentemente se a parcela for representada por apenas um item, equipamento ou um conjunto de serviços. Em outras palavras, a viabilidade técnica do parcelamento é confirmada a partir do momento em que a parte do objeto, por si só, for capaz de gerar proveito à sociedade, não importando se a parcela em questão aponta para itens ou serviços de natureza específica. É dizer, pois, que a eventualidade do parcelamento do objeto não guarda relação alguma com o nível de especialização de quem executará determinada parcela ou entregará certo item ou equipamento.

Considere-se, por exemplo, a execução de um edifício de 12 pavimentos que, obviamente, deverá ser provido de elevadores. Por certo que os elevadores são equipamentos de natureza específica, cujo expertise de fabricação e instalação está sob o domínio de mercado bastante restrito. Todavia, se a Administração optar por parcelar o objeto em dois contratos distintos (um para execução do edifício e outro para fabricação e instalação dos elevadores), é de-

86 Sobre o tema Hamilton Bonatto descreve que "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." Id. Ibidem. pg. 171.

87 Artigo 23 da Lei Nº 8.666/93: "§ 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."

88 Artigo 9º do Decreto Nº 7.983/13: "§ 1º 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 BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens." (grifo do autor)

masiado simples notar a interferência de um contrato no outro. Ou seja, todos os problemas e intercorrências de um irão imediatamente refletir no outro, tumultuando a execução da obra por completo. Pior, caso um dos contratos naufrague, o objeto do outro, mesmo entregue à perfeição, restará absolutamente inútil.

Por tal razão é que se revela desacertado o critério da natureza das obras, dos seus itens ou equipamentos, para se analisar, tecnicamente, o parcelamento de sua execução.[89] Não obstante, mesmo cientes de tal impropriedade, há julgados em que os controladores adotaram a natureza da(s) obra(s) à análise técnica do parcelamento do objeto. Confira-se as seguintes decisões da Corte de Contas:

> Acórdão Nº 1692/04 do Plenário do TCU: "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."
>
> Acórdão Nº 1544/06 da 1ª Câmara do TCU: "5 Determinar à Unidade da INFRAERO em Manaus que: [...] 5.1 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." (grifo do autor)

Os *cases* revelam o contraste de entendimentos que orbitar a esfera decisória de um mesmo jurisdicionado, imbróglio que conduz para uma nítida insegurança jurídica. No primeiro caso, os controladores denotam absoluta ciência de que, mesmo as obras e serviços possuindo naturezas distintas, o objeto se revela como um conjunto indissociável.[90] Confirmam, assim, que as partes por si sós são inúteis ao propósito do objeto como um todo, evidência derradeira que tecnicamente inviabiliza o parcelamento da sua execução.

Analisando o segundo caso, de forma equivocada os controladores se utilizam da premissa que a natureza de uma obra, ou de um conjunto de obras, seria condição derradeira para o parcelamento do objeto; não é. Conforme já exaurido no presente estudo, o instrumento do parcelamento não reclama pelas

89 Hamilton Bonatto verte no mesmo tom: "Aparentemente seria interessante contratar em separado, pois são serviços de natureza diferentes. Porém, a execução daqueles serviços por empresas diferentes não seria interessante, uma que os serviços são interdependentes: em dado momento um é pré-requisito do outro e, em outro, essa sequência inverte. Na prática, um afetaria o bom andamento do serviço alheio. Daí se deduz que, nesse caso, não é tecnicamente viável parcelar o objeto." (grifo do autor)
Ibid. Pg. 176.

90 Nota do autor: a recente Lei Nº 14.133/21 evoluiu com regulamentação do tema para as compras, proibindo seu parcelamento quando "o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido" (artigo 40, § 2º, II).

características físicas do objeto, não se trata, pois, de sua natureza. Se inexistir proveito à sociedade, não há que se falar em execução parcelada.

Por fim, há objetos constituídos por obras de naturezas distintas, porém, dissociáveis (autônomas), a exemplo da associação de edifício escolar, mais um ginásio poliesportivo, mais uma pista de atletismo ou de sistemas de coleta, mais tratamento de efluentes. Para casos assim, ainda que se conclua o parcelamento do objeto ser tecnicamente viável, tal decisão não pode ser feita de modo automático. Como já dito, a viabilidade técnica não é condição derradeira, sendo imprescindível a análise da sua viabilidade econômica.

2.3.2 Da viabilidade econômica do parcelamento da execução

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 desenvolvam a precificação dos cenários prováveis. Seja qual for a decisão que se seguir, importa a demonstração dos pressupostos que embasarem suas escolhas, bem como os motivos pelos quais outras opções foram descartadas.

Tal como relatado anteriormente, o objetivo da Súmula nº 247 é propiciar a ampla participação de licitantes de modo a permitir aos certames uma maior competitividade e, em tese, a obtenção de melhores preços à contratação. Porém, a Súmula condiciona o parcelamento à inexistência de prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala. Se qualquer dessas duas hipóteses ocorrer, a execução do objeto não deverá ser parcelada.

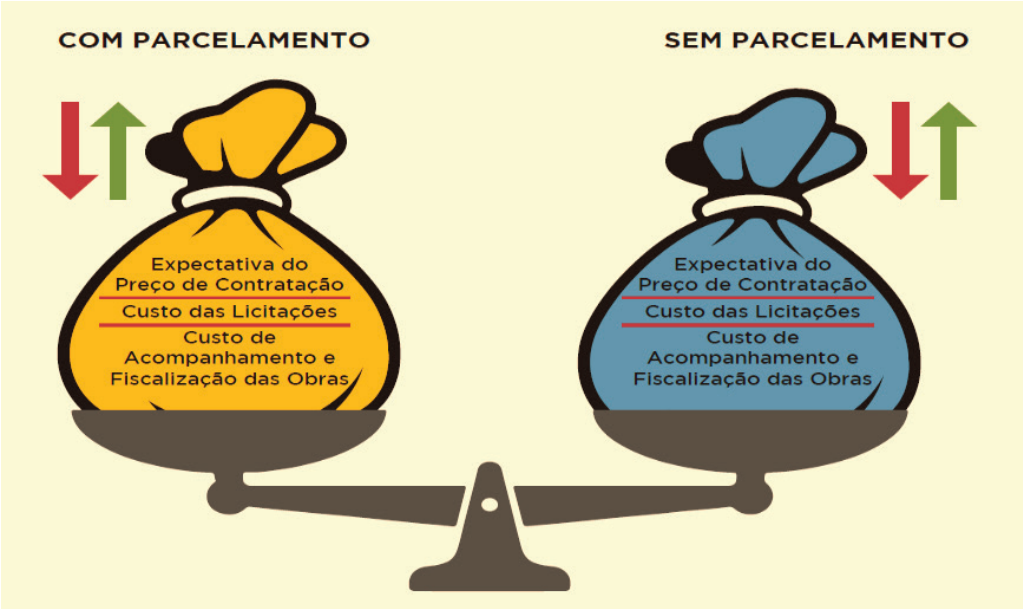
Com relação à salvaguarda da economia de escala, trata-se de encontro de contas que poderá ser estimado a partir de simples contas aritméticas. Com relação ao eventual prejuízo para o conjunto/complexo, trata-se de análise subjetiva e de resultado incerto, eis que vinculado a eventos futuros que poderão ou não ocorrer. São, assim, riscos que deverão estar adequadamente quantificados. A questão requer análise individual dos tópicos.

2.3.2.1 Ampliação da competitividade x perda de economia de escala

Trata-se de estimativa matemática a partir do cotejamento entre o preço que potencialmente seria alcançado por um maior número de empresas habilitadas ao certame (ampliação da competitividade) versus a expectativa de valor que seria obtido na licitação do objeto como um todo (economia de escala). Contudo, em ambos os cenários, os custos de gestão dos contratos (custos necessários ao desenvolvimento dos processos licitatórios, acompanhamento e fiscalização das obras), deverão ser adicionados.[91]

91 Nota do autor: aplica-se, por analogia, o comando trazido pelo artigo 40 da Lei Nº 14.1333/21: "§ 3º O parcelamento não será adotado quando: I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;" (grifo do autor)

Ao final, a resposta será obtida pela alternativa que resultar em menor dispêndio aos cofres da Administração, conforme ilustração a seguir:



Em qualquer das hipóteses, o cômputo dos potenciais preços que poderão ser alcançados nas licitações poderá se basear no histórico de licitações anteriores, bem como 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.

O modo de obtenção desses valores não reclama por critérios rígidos, contudo, para se evitar o risco de desvios oriundos da utilização de dados não consistentes, as estimativas devem ser alicerçadas por ferramentas estatísticas.

De toda sorte, é desejável que os órgãos/entes desenvolvam seus próprios indicadores financeiros, assim, possibilitando estimativas mais próximas de suas realidades.

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 sob o requisito técnico, cada parcela deverá contar com orçamento específico, respeitados os atributos inerentes às peças orçamentárias (especificidade, temporalidade, vinculação ao contrato, precisão).

De igual importância, o custo deverá considerar os pressupostos trazidos pelo Acórdão nº 2.622/13 do plenário do TCU, notadamente acerca dos canteiros de obras, mobilização/desmobilização, administração local, benefícios e despesas indiretas.[92]

92 Acerca dos orçamentos de obras públicas, veja-se em: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas. Coordenação-Geral de Controle Externo da Área de Infraestrutura e da Região Sudeste. Brasília: TCU, 2014. Pgs. 18/19.

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.[93] Ao contrário, em sendo vantajosa a ampliação da competitividade, há que se verificar o risco de eventuais prejuízos para o conjunto/complexo.

2.3.2.2 Ampliação da competitividade x prejuízo ao conjunto/complexo

Recentemente, o tema foi enfrentado pelo TCU de forma irretocável. A Corte de Contas assentou que, uma vez desprovido de informações inerentes ao cenário específico, impraticável a terceiro qualquer (incluindo o próprio controle externo) julgar qual seria a decisão mais acertada. Em outras palavras, o momento em que o gestor decide por qualquer das opções (parcelar ou não parcelar o objeto) é o mesmo momento em que fará uma renúncia.

> Acórdão Nº 2750/18 do Plenário do TCU: "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." (grifo do autor)

É razoável assumir o dilema como de ordem geral. Ao decidir pelo não parcelamento do objeto, o gestor público opta por menor exposição aos riscos. Como consequência, deverá suportar um maior custo econômico à execução do objeto. Lado outro, optando pelo parcelamento da execução do objeto, o nível de risco aumentará. Todavia, tal exposição poderá ser compensada por um menor custo econômico à execução da empreitada.

Seja qual for a decisão tomada, ao longo da execução das obras, os riscos poderão ou não se materializar. Assim, a resposta se a decisão tomada foi ou não a mais acertada será sempre impraticável de ser prestada. Portanto, dado o caso concreto, a questão central repousa em como tomar essa decisão.

93 Nota do autor: de forma não fulminar de plano o caráter competitivo das disputas, o artigo 15 da Lei Nº 14.133/21 (correspondência legislativa parcial, Art. 33, Lei Nº 8.666/93) traz a possibilidade de formação dos consórcios de empresas, instrumento que permite número maior de licitantes em face da possibilidade do somatório de suas condições técnicas e econômicas à habilitação.

Em 22 de novembro de 2017, o governo federal editou o Decreto nº 9.203, o qual "dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional". O comando legal determinou aos órgãos e entidades da Administração direta e indireta a necessidade de instituírem sistemas de gestão de riscos no âmbito de suas organizações.[94]

Nessa senda, o manual intitulado "Metodologia de Gestão de Riscos", de autoria da Controladoria Geral da União (CGU), definiu risco como a "possibilidade de ocorrência de um evento que tenha impacto no atingimento dos objetivos da organização".[95]

A partir do conceito de risco, a análise dos eventuais prejuízos do parcelamento do objeto terá dois parâmetros a serem considerados: a probabilidade de ocorrência dos diversos riscos (possibilidade) e a extensão de seus efeitos no caso de materializarem-se (impacto). O cerne de tal providência consiste em identificar e mensurar os diversos eventos capazes de dificultar ou frustrar a execução do objeto. O nível de exposição ao risco (prejuízo potencial) é, então, obtido pela relação entre a probabilidade de ocorrência do risco e a intensidade de seu impacto no 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 ou impactantes ao ponto de sua mitigação não ser suficientemente satisfatória, o cenário de eventual prejuízo ao conjunto/complexo estará caracterizado e a execução do objeto não deverá ser parcelada.

Dentre as diversas ferramentas e instrumentos disponíveis às análises dos aspectos sobre descritos, destaque para a Matriz de Riscos[96] prevista na Lei das Estatais[97] e recepcionada pela Lei nº 14.133/21.[98] Um exemplo didático da construção de uma Matriz de Riscos pode ser extraído da anteriormente citada publicação da CGU:[99]

---

94 Artigo 17 do Decreto Nº 9.203/17: "A alta administração das organizações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação da estratégia e a consecução dos objetivos da organização no cumprimento da sua missão institucional, [...]"

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

96 "[...] 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." 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.

97 Cf. Art. 42, X, Lei Nº 13.303/16.

98 Cf. Art. 22, Lei Nº 14.133/21.

99 CGU, ibidem, pg. 21.

A seguinte matriz representa os possíveis resultados da combinação das escalas de probabilidade e impacto.

Quadro 6: 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				

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

Para a classificação apresentada pela CGU os níveis de exposição indicados como Risco Baixo (RB) e Risco Médio (RM) foram categorizados como dentro do apetite ao risco, conceito definido como o 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. Assim, no caso de um evento de risco restar classificado como alto ou extremo, a organização deverá avaliar sua capacidade de resposta ao risco.[100] Caso não haja capacidade de resposta ou a resposta possível não seja satisfatória, a opção pelo não parcelamento da execução do objeto estará adequadamente justificada.

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

i. Objetos compostos por obras de execução independente, porém, cuja funcionalidade esteja conectada, têm o risco de o eventual atraso na entrega de certa parcela impedir a utilização pela sociedade da outra parcela já entregue, gerando altos custos de manutenção e conservação à Administração. É o caso das obras aeroportuárias compostas de pistas de pouso/decolagem e terminal de passageiros, bem como de edifícios escolares conjugados com ginásio poliesportivos. O atraso na entrega da parcela destinada às salas de aula impede o uso do ginásio (ou ao menos o torna subutilizado);

ii. Objetos em que a Administração optar pela aquisição de equipamentos/itens em separado das obras civis poderão gerar enormes

100 Acerca do tema, confira-se o tópico 5 "Resposta ao Risco" do mencionado manual do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. (CGU, ibidem, pg. 12).

transtornos. Existindo atrasos no cronograma de quaisquer das parcelas, sobrevirão custos em face da depreciação, guarda, perdas e/ou reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos (nos casos de frentes de trabalho ociosas por culpa da Administração ou para as quais o contratado não tenha concorrido). É o caso, por exemplo, das obras destinadas aos sistemas de saneamento ou outras em que os equipamentos perfazem valor significativo do contrato;

iii. Imbróglios judiciais poderão trazer enormes tormentos à Administração nos casos em que uma parcela do objeto avançar e a outra não. Além de a Administração não poder fazer uso do objeto como um todo, será compelida à manutenção, conservação e guarda das parcelas de obra que restarem paralisadas. Não é raro que tais situações perdurem 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 à urgência que demanda a execução do objeto. Essa é uma eventualidade não rara nos rincões do país, muito em face da legislação que privilegia em demasia 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.

Dado o caso concreto, caberá ao gestor adotar metodologia de gestão de riscos à sua escolha, importando analisar e demonstrar nos autos do processo, os pressupostos que o conduziram a decisão pelo parcelamento ou não do objeto.[101]

101 Nota do autor: em tempo, oportuno anotar evolução do arcabouço normativo acerca da gestão de riscos. Capítulo III - Do controle das contratações, Art. 169, Lei Nº 14.133/21: "As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, [...] § 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas." (grifo do autor)

2.4 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 da execução desses objetos alcançam conclusões distintas.

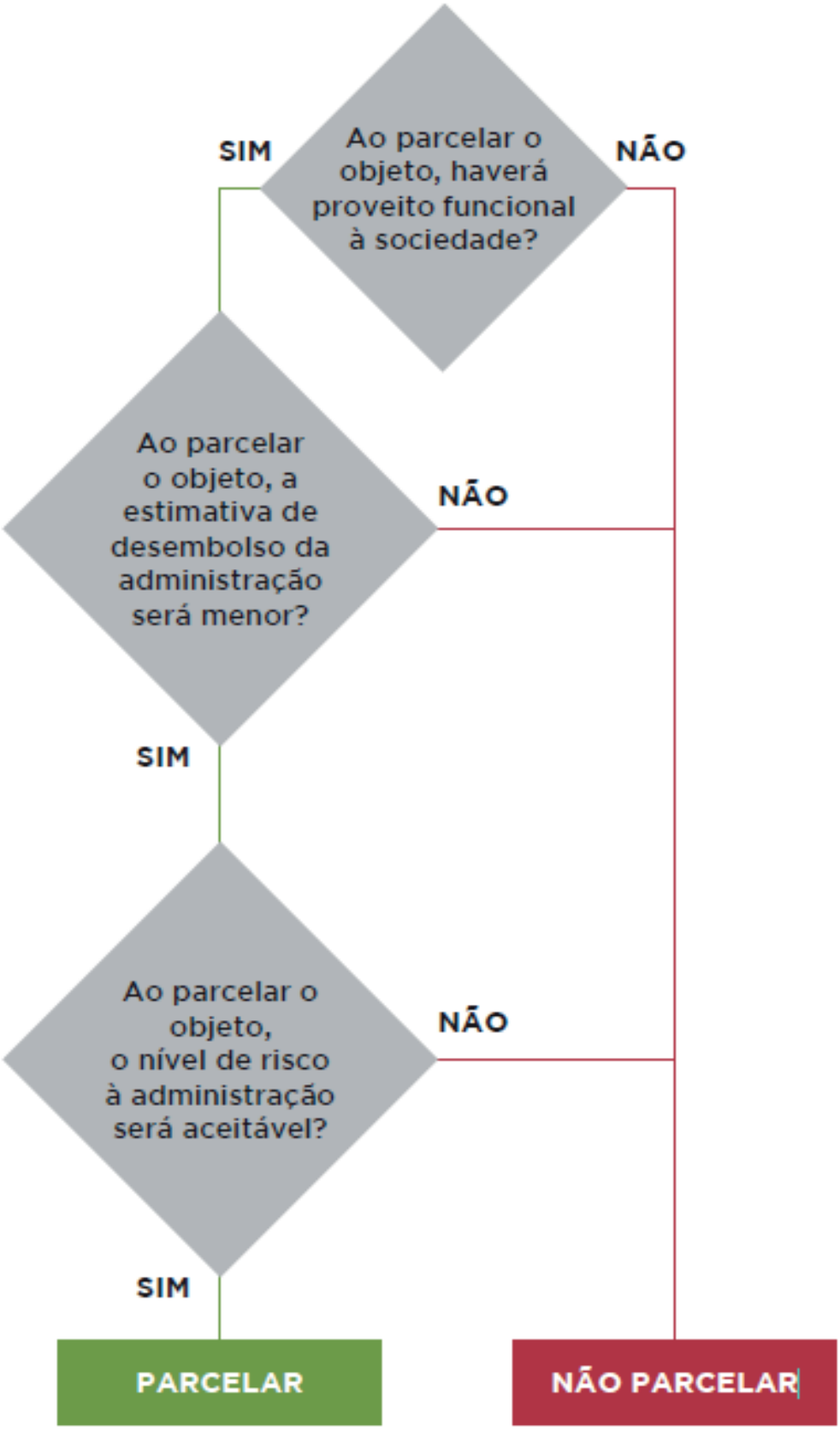
A hipótese mais provável apontou para o equívoco de se fundir às análises acercas das viabilidades técnica e econômica, ou seja, adotar apenas uma delas como razão de decidir. Por sua vez, a metodologia procede com análise separada dos requisitos, devendo a análise de viabilidade técnica preceder a análise de viabilidade econômica.

Ficou demonstrado de forma inequívoca que a análise da viabilidade técnica é de critério pragmático (possibilidade de utilização da parcela do objeto pela sociedade), bem como o primeiro requisito à viabilidade econômica é perfeitamente atendido pela utilização de ferramentas estatísticas (opção pelo menor custo estimado, considerado o benefício imutável). Dessa sorte, se os requisitos técnicos e/ou matemático-estatísticos apontarem o parcelamento ser inviável, de se notar que a decisão do gestor se reveste de caráter absolutamente objetivo, extinguindo qualquer debate.

Lado outro, caso os sobre mencionados requisitos indiquem o parcelamento ser viável, o gestor terá que ponderar os riscos de tal medida, momento em que a decisão será acometida de caráter subjetivo. Para análise deste último requisito (eventual prejuízo para o conjunto ou complexo), a gestão de riscos é ferramenta legalmente prevista. Para além de oferecer parâmetros mais adequados às tomadas de decisão, tem o condão de diminuir significativamente a subjetividade inerente ao tema. Ao final, os gestores públicos terão à sua disposição instrumento adequado para bem fundamentarem suas opções de modo robusto.

Desse modo, o objetivo da metodologia se mostrou comprovadamente viável ao propósito perseguido, sendo plenamente possível satisfazer o comando sumular dado pelos controladores e simultaneamente oferecer a segurança jurídica desejada pelos jurisdicionados.

FLUXOGRAMA DE DECISÃO



03

DAS SOLUÇÕES AOS RISCOS DE CONTRATAÇÃO DE PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS

Os inúmeros critérios subjetivos inerentes aos numerosos comandos normativos para os quais os agentes públicos e privados estão submetidos já seria, por si só, enorme desafio à regular execução de uma obra pública. Não bastassem os dilemas derivados das interpretações possíveis desses dispositivos de carga subjetiva, no ano de 2010, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula nº 262, transformando importante critério de objetividade terminativa em uma decisão que pode beirar à arbitrariedade.

Trata-se da análise das propostas manifestamente inexequíveis, tópico para o qual a legislação esquematizou equação matemática de simples aplicação às análises correlatas. Parece razoável inferir que o legislador buscou na ciência exata o limite de risco aceitável à contratação de uma obra pública de engenharia. Não obstante, o controlador entendeu por bem legislar por sobre o critério matemático, impondo à sociedade brasileira um risco maior que aquele estabilizado por seus representantes democraticamente eleitos.

Assim, o tema que antes era indiscutível passou a dispor de caráter brutalmente instável. De toda sorte, cumpre reforçar que o ofício da engenharia legal, e mais especificamente, o objetivo do presente compilado, não é o de promover evolução ou aperfeiçoamento à legislação vigente, mas tão somente o de oferecer leituras e metodologias capazes de estreitar a assimetria de informação entre controladores e controlados.

Nesse passo, o presente módulo irá investigar os atuais parâmetros que impõem à Administração contratar parceiros temerários, seus motivos, efeitos práticos, além de apresentar metodologia capaz de informar o cenário criado aos casos concretos. Tudo para que, quando os gestores públicos forem assim coagidos, ao menos tenham ciência dos riscos inerentes à contratação.

3.1 DO CARÁTER ARBITRÁRIO DA SÚMULA Nº 262 DO TCU

O projeto da epigrafada súmula versou sobre a obrigatoriedade de a Administração facultar à licitante a demonstração da viabilidade de sua proposta antes de considerá-la inexequível. Sua apreciação pelo plenário do TCU ocorreu em 1º de dezembro de 2010, alcançando os seguintes termos:

> 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. (Acórdão Nº 3240/10 do Plenário do TCU).

De se notar que a Súmula em destaque versa sobre dispositivo legal incidente especificamente sobre obras e serviços de engenharia.[102] 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.

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. Tal 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 [...]".

Lado outro, sempre rememorando o cenário caótico de obras paralisadas e suas diversas relações de causa-efeito, o tema é invariavelmente alvo de numerosas críticas, notadamente acerca de empresas que "mergulham no preço" e não conseguem cumprir os contratos.[103] Ao final, acabam impondo à Administração esforço adicional para retomada dos serviços, além do aumento de custos e extensão do cronograma de entrega.

Todavia, o controlador obrigou o gestor público a investigar minuciosamente o menor preço proposto mesmo em face da incontestável problemática de empresas que abandonam contratos. Assim sendo, tal imposição desperta questionamento de especial interesse: se os critérios consagrados pela legislação conduzem à uma presunção relativa de inexequibilidade da proposta, quais então seriam os parâmetros que conduziriam ao juízo absoluto?

---

102 Artigo 48 da Lei Nº 8.666/93: "Inc. II, § 1º 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: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinqüenta por cento) do valor orçado pela administração, ou b) valor orçado pela administração." (grifo do autor).
Nota do autor: a lei Nº 14.133/21 recepcionou parte do disposto na Lei Nº 8.666/93, ao tempo em que tornou menos elástica a variação percentual caracterizadora da inexequibilidade: Artigo 59 da Lei Nº 14.133/21: "§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração."

103 O então Deputado João Arruda, relator da comissão especial que analisou o projeto da nova lei de licitações, lembra que "Empresas mergulham no preço, consideram que poderão pedir um aditivo." Em sentido idêntico, a então Senadora Lídice da Mata ilustra caso real, narrando que "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". (originais sem grifos)
Disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/noticias/534502-comissao-da-lei-de-licitacoes-promove-audiencia-com-orgaos-de-controle/> e <https://www.bnews.com.br/noticias/politica/politica/91045,lidice-critica-modelo-de-licitacao-no-estado-e-paralisacao-de-obras-em-rodovia.html>. Acessado em 02.06.2021.

Em outras palavras, a Súmula nº 262 do TCU relativizou o julgamento objetivo perfeitamente regrado pela legislação de licitações e contratos, assim, criando espaço arbitrário onde antes não havia.

Cumpre anotar que adjetivar como arbítrio não é exagero algum, eis que o TCU não se preocupou em apresentar quaisquer critérios que pudessem nortear as análises dos gestores públicos. De tal sorte, resta flagrante a insegurança jurídica para os tomadores de decisão.

Assim, resposta para a indagação em tela é o que a presente análise persegue. O objeto nuclear do presente estudo é estruturar metodologia para o processo de análise crítica às propostas comerciais apresentadas pelos eventuais parceiros privados à execução de uma obra pública. Para tanto, há que se demonstrar as arbitrariedades para as quais os gestores públicos estão expostos, condição que justifica a aplicação de métodos que evitem os voluntarismos e as convicções pessoais, possibilitando a aplicação do conhecimento coletivo acumulado ao longo do tempo. 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.

Evidentemente que o estudo necessitará adentrar em aspectos polêmicos da questão em relevo, dentre eles, o critério que fundamenta o presente esforço, qual seja: se a inexequibilidade de uma proposta é presunção relativa, então, a exequibilidade também o será.

3.2 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 como a Administração alcançará a proposta mais vantajosa, em especial, pela adoção do princípio do julgamento objetivo.[104]

104 Artigo 3º da Lei Nº 8.666/93: "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." (grifo do autor)
Nota do autor: a Lei Nº 14.133/21 recepcionou a seleção da proposta mais vantajosa, a isonomia e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável em seu artigo 11, incisos I, II e IV, respectivamente. Por seu turno, o princípio do julgamento objetivo foi inserido no artigo 5º, juntamente como os demais princípios ali taxativamente listados.

Não há margem para dúvidas, bem como inexistem brechas que autorizem à Administração um julgamento subjetivo. Muito pelo contrário, eis que tal eventualidade é fortemente rechaçada ao longo do texto da Lei nº 8.666/93, impossibilitando aos agentes públicos adotarem critérios que conduzam a entendimento contrário. A Lei nº 14.133/21 verte no mesmo sentido. Confira-se:

> Artigo 44 da Lei Nº 8.666/93: "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".[105] (grifo do autor)
>
> Dos Critérios de Julgamento da Lei Nº 14.133/21: "Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios: I - menor preço; II - maior desconto; III - melhor técnica ou conteúdo artístico; IV - técnica e preço; V - maior lance, no caso de leilão; VI - maior retorno econômico. [...] Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.". (grifo do autor)

Conforme alhures relatado, acerca da inexequibilidade das propostas, ambos os textos não silenciaram. No caso específico das obras e serviços de engenharia, a Lei estabeleceu parâmetros matemáticos à identificação das propostas manifestamente inexequíveis, não existindo critérios capazes de superar a objetividade da aritmética.[106] Porém, como já dito, a Súmula nº 262 firmou inteligência no sentido que a delimitação matemática esculpida no diploma legal não seria absoluta, e sim, relativa.

---

105 Confira-se também os seguintes excertos da Lei Nº 8.666/93 (originais sem grifos):
Artigo 30, §8º: "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."
Artigo 40, Inc. VII: "critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;"
Artigo 42, §5º: "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 [...]"
Artigo 44: "No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, [...]."
Art. 46, §2º, Inc. I: "será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;"

106 Vide Art. 48, Inc. II, §1º da Lei Nº 8.666/93 e Art. 59, § 4º da Lei Nº 14.133/21.

Para fundamentar seu entendimento, o TCU apelou para o princípio do interesse público. Decidiu que o cânone do interesse público reside na proposta de menor preço, desde que a licitante tenha capacidade de executar os serviços.[107] De forma nitidamente antagônica ao comando legal, o TCU diz que a identificação de propostas inexequíveis a partir de critérios objetivos não será suficiente para desclassificações, devendo a Administração empreender esforço adicional na investigação das propostas de empresas que "mergulham no preço". Ou seja, o TCU resolveu que os gestores devem extrapolar o texto legal e "irem até o fim" na persecução de validar propostas que a própria legislação categorizou como inexequíveis.

Em verdade, o princípio do julgamento objetivo não proíbe que sejam adotados critérios para investigações adicionais, desde que os parâmetros estejam previstos no instrumento convocatório.[108] Uma vez previstos, bastaria, então, aplicá-los. Contudo, se tais critérios não constarem no edital, adotá-los em momento posterior irá lhes conferir características notoriamente subjetivas e até mesmo arbitrárias, conflitando com o dispositivo legal.

Assim, ao admitir utilização de critérios a posteriori em busca do menor preço, a Súmula nº 262 promove uma perturbação posicionada no cerne da Lei de Licitações e Contratos, qual seja: o julgamento objetivo não será, por si só, capaz de identificar a proposta mais vantajosa. Em outras palavras, a regra trazida pelo TCU determina que, superadas demais exigências normativas, o menor preço é condição necessária à contratação da proposta mais vantajosa, mas não suficiente.

Em síntese, o TCU disse que o vencedor do certame deverá ser aquele que ofertar o menor preço e, simultaneamente, comprovar que é capaz de bem executar o objeto licitado, ainda que o comprove por meio de critérios subjetivos ou arbitrários.

Há correntes doutrinárias que divergem desse raciocínio, lecionando que propostas inexequíveis são até mesmo ilegais.[109] Contudo, sob a óptica do

---

107 Acórdão Nº 589/2009 da 2ª Câmara do TCU: "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;" (grifo do autor)

108 Artigo 45 da Lei Nº 8.666/93: "O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, [...]." (grifo do autor)

109 Celso Antônio narra que "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.'." (grifo do autor). MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 15ª ed. Malheiros Editores. RJ: 2003, p. 547.

interesse público, é possível dizer que a conclusão extraída da Súmula nº 262 é plenamente válida. Tal fato decorre pelo fato de que, 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 controle externo, 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 absolutamente plausível 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 perfeitamente cabível constatar que a proponente não dispõe 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, sempre considerado o melhor interesse público, por qual motivo a sociedade deveria contratar uma empresa com evidente risco de não cumprir o contrato?

3.3 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 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]

Todavia, 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 o interesse público. De modo agravante, o arcabouço legal que permeia os contratos de obras públicas impede uma retomada das obras de modo automático.[111] Não raras vezes, o canteiro termina por se transformar nos conhecidos "elefantes-brancos".

A bem da realidade, a preocupação contida na Lei nº 8.666/93 recaiu iminentemente sob o viés financeiro da relação contratante/contratado. O fato é que na prática da esmagadora maioria das licitações de obras públicas não se têm aplicado instrumento de análise que considere as externalidades de uma eventual inexecução do objeto.[112] Mesmo a recente Lei nº 14.133/21 instrumentalizando a matriz de alocação de riscos (art. 103), o comando legal terminou por conferir caráter discricionário à decisão do gestor, eis que optou pelo verbete

110 Artigo 48 da Lei Nº 8.666/93: "§ 2º Dos licitantes [...] 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, [...]" (grifo do autor). Confira-se também o Art. 55, VI, e o Art. 56, caput e §§ 2º e 3º, da mesma Lei. Da Lei Nº 14.133/21, veja-se o Art. 59, § 5º e Art. 98. Da Lei Nº 13.303/16, veja-se o Art. 70.

111 Nota do autor: a Lei Nº 8.666/93 dispõe do mecanismo da dispensa de licitação para contratação de remanescentes de obra, desde que atendidas idênticas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive o preço (vide Art. 24, XI). Evidentemente que em se tratando de propostas matematicamente inexequíveis, a probabilidade dos demais licitantes anuírem com tal imposição é deveras remota. Na prática, a Administração necessitará promover novo procedimento licitatório. Em tempo, a Lei Nº 14.133/21 evoluiu no sentido de permitir celebrar contratos relativos aos remanescentes de obras nas condições ofertadas pelos demais licitantes (vide Art. 90 § 7º). De fato, o dispositivo tem o condão de acelerar o processo de contratação dos remanescentes de obras, em que pese questões como responsabilidades técnicas à execução e alcance das garantias quando do surgimento de vícios construtivos etc., permanecerão sendo aspectos impeditivos para retomadas automáticas de obras que foram abandonadas durante a vigência contratual.

112 Nota do autor: em tipos muito particulares de obras/serviços de engenharia, o Art. 9º, § 5º, da Lei nº 12.462/11 (RDC) apresenta possibilidade de o 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. Mas com relação a esmagadora maioria dos casos, oportunas as considerações de André Pachioni Baeta: "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.

"poderá prever matriz de alocação de riscos" ao invés do vocábulo "deverá prever matriz de alocação de riscos".[113]

Entrementes, considerando o interesse público de modo holístico, os efeitos deletérios da inexecução do objeto não são poucos. Essa questão é sensível e pode ser mais bem percebida a partir do conceito extraído do já citado magistério de Renato G. Mendes.[114] Como dito, o autor pontua que o objeto licitado é definido como a solução que melhor atende uma necessidade ou problema da Administração. Ou seja, antes da contratação do parceiro privado, a Administração já estava às voltas com certa necessidade/problema. Posteriormente, 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, a exemplo dos reflexos legais, técnicos, econômicos e administrativos da proposta não cumprida. Diante de tal risco, fundamental investigar o princípio do custo-benefício tão especialmente destacado pelo controle externo.

O Manual de Custo-Benefício para Projetos de Infraestrutura de Transporte define a análise de custo-benefício como sendo "a avaliação dos custos e dos benefícios econômicos de um determinado projeto em relação a um cenário base".[115] Adiante, referido manual indica que a avaliação dos custos e dos benefícios econômicos envolvidos na análise necessitam ser precificados. É dizer que tanto os custos quanto os benefícios deverão ser traduzidos para uma mesma base, notadamente um valor monetário. Assim sendo, quanto maior a diferença de valor 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".[116] Tem-se, pois, que a análise custo-benefício está no eixo do princípio da economicidade

113 Nota do autor: a recente Lei Nº 14.133/21 recepcionou a obrigatoriedade da matriz de alocação de riscos dada pela Lei das Estatais quando se tratar de contratação integrada ou semi-integrada, além de estender a imposição às obras de grande vulto (vide Art. 22, § 3º). A hipótese verte no sentido que a Administração não está disposta a transferir e remunerar o risco às contratações de obras que não se enquadrem nos pressupostos que determinou como obrigatórios, exatamente a condição da imensa maioria das obras públicas.

114 Id. Ibidem. Pgs. 45-48.

115 BRASIL. EPL - Empresa de Planejamento e Logística S.A. Manual de Custo-Benefício para Projetos de Infraestrutura de Transporte. 2019. Pg. 06.
Nota do autor: ao tratar da fase dos estudos preliminares às compras, o conceito foi recepcionado pela Lei Nº 14.133/21: "Art. 44. Quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa".

116 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.

tutelado pelo controle externo, além de ter sido recepcionada textualmente pelo legislador brasileiro como medida da proposta mais vantajosa.[117]

Enfim, o custo-benefício é de observância obrigatória e baliza central à esmagadora maioria das decisões de contratação. Em se tratando de execução de obras públicas, uma vez deflagrado o certame licitatório, os benefícios desejados pela Administração estarão irremediavelmente fixados.[118] A partir desse momento, a variação marginal somente poderá ocorrer pela outra ponta da equação, a do custo. Portanto, quanto menor o preço proposto, maior será a margem observada na relação custo-benefício. Essa é, pois, a fórmula para alcançar o que a legislação brasileira considera como a proposta mais vantajosa ao interesse público.

Por sua vez, ao abrir precedente de análise para além dos critérios objetivos, a Súmula nº 262 do TCU revela que o interesse público não considera a proposta mais vantajosa tão somente com base na análise do custo-benefício. Faz valer uma das maiores sapiências populares, aquela pela qual "o seguro, morreu de velho". Em outras palavras, a partir da referida Súmula, 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 de a Súmula nº 262 obrigar a análise do risco para propostas que escapam do consenso mercadológico, não se verifica o mesmo zelo quando os preços permanecem dentro dos parâmetros legais. As consequências de tal descuido são, pois, inevitáveis. É claro que haverá sustentação oposta no sentido que o risco da contratação estaria mitigado pelas exigências de habilitação, questão que será abordada logo em seguida. Antes, porém, é preciso estabelecer uma ordem de prioridade entre o custo e o benefício. Renato G. Mendes assim sustenta (grifo do autor):[119]

> "[...] 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."

117 Artigo 32 da Lei Nº 13.303/16: "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, [...]" (grifo do autor). Veja-se também o Artigo 4º da Lei Nº 12.462/11.

118 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)

119 Id. Ibidem. Pgs. 58-59.

Estabelecida a ordem de prioridade, o processo decisório será, então, balizado sob a perspectiva do benefício perseguido pelo interesse público, não do custo. Evidentemente, 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, a 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, absolutamente incertos. Se os impactos forem de menor grau, a relação custo-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. As regras de habilitação das empresas interessadas em contratar com o poder público consideram apenas a experiência passada e o atual status das licitantes. Não existem critérios de análise para eventos futuros que poderão impactar a robustez da empresa, tampouco sua capacidade de resposta. No limite, há situações em que a Administração deverá desconsiderar cenários com gritante risco de forte impacto, como no simbólico caso a seguir:

> Acórdão Nº 4458/2020 da 1ª Câmara do TCU: "[...] 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, [...], 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 [...] 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 [...];" (grifo do autor)

Há que se anotar que o presente estudo não intenciona soluções finais às vicissitudes de nossa legislação. Não se está a analisar a aplicação do direito. Pelo contrário, o intuito é expor o imbróglio no qual os gestores públicos se encontram, sendo o Acórdão suprailustrado por demais emblemático. No caso exemplificado, a Administração se viu obrigada a recepcionar proposta de menor preço que, para além de possivelmente inexequível, foi formulada por empresa alvo de investigação do Ministério Público Federal. Como efeito, forçoso, concluímos 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.

A título de exercício, vale nos colocarmos na posição do gestor público responsável pela contratação, sendo pertinentes as seguintes indagações: a investigação poderá refletir no contrato? A investigação envolve dano ao erário? Os sócios da empresa investigada poderão ser presos? É possível que a investigação conduza à falência da empresa? Firmado o contrato, há possibilidade de medições serem penhoradas em função da investigação? Quais os prováveis impactos na empresa investigada e, por consequência, quais os prováveis impactos para o contrato?

Ora, se o benefício resguarda prioridade sobre o preço, o interesse público não pode desconsiderar a realidade. Entretanto, mesmo diante de uma situação deveras preocupante, a decisão do controlador foi pela desconsideração dos prováveis efeitos das diligências do Ministério Público Federal (MPF). Ao contrário, determinou, claramente, que a Administração deve correr o risco de contratar uma empresa sob processo de investigação sem qualquer cautela adicional.

Como explicar para o cidadão 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 e o controlador acreditarem 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?

Além do exemplo ilustrado, existem incontáveis incertezas à execução de uma obra pública, algumas de maior grau, outras nem tanto. Dada a situação fática, 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, pois, o instituto do risco-retorno.

3.4 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 de uma obra pública. Isso decorre do tipo de análise eleita pelo legislador, na 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 a empresa com 60 anos de mercado do aventureiro com a "pasta debaixo do braço."[120]; não difere a empreiteira com excessivos contratos em andamento de outra com boa parte de recursos ociosos e prontos para irem a campo; não diferencia a empresa eivada de processos judiciais de outra que conduz seus conflitos de modo equilibrado. Enfim, a análise desconsidera as diferentes capacidades de resposta frente aos impactos das possíveis contingências. 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 aquisições de materiais de escritório, compras de automóveis, serviços de limpeza, entre outros. Evidentemente que haverá 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 de certas prestações de serviços. O risco, portanto, tende a ser suportável.

Distinto é o caso das obras públicas. De modo geral, os empreendimentos terão utilidade somente quando terminados, com a "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 de seu investimento, e não raras vezes, o projeto termina por ser abandonado. Portanto, sempre sob a premissa prioritária do benefício, aqui o risco nem sempre será suportável.

120 Acórdão Nº 926/2020 do Plenário do TCU: "[...] 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." (grifo do autor)

Por exemplo, adotar de modo nivelado o risco de abandono à execução de uma praça na cidade, em tese, poderia ser aceito pela sociedade. Hipótese outra, 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 incentivadas pelos órgãos de controle, as práticas da boa governança no setor público já são objeto de estudo há vários anos.[121] 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 na implementação, manutenção e aperfeiçoamento de sistemas de governança.

Novo 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 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.[122] Finalmente, a Lei nº 14.133/21 sacramentou o instrumento em seu capítulo específico do controle das contratações (vide Art. 169).

O conceito carregado pelo critério do risco-retorno advém das teorias econômicas e é bastante óbvio.[123]: 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, pois, será identificar a melhor relação entre um retorno satisfatório e um risco suportável.[124]

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

121 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.

122 Artigo 2º do Decreto Nº 9.203/17: "IV - 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." (grifo do autor)

123 Acerca do tema, confira-se a Teoria Moderna do Portfólio de Harry Markowitz.

124 Nesse sentido, o já citado Manual de Custo-Benefício para Projetos de Infraestrutura de Transporte: "Considerando apenas os subconjuntos dos projetos viáveis socialmente, ranqueiam-se os projetos conforme os critérios de maior retorno social líquido e menor risco"." (grifo do autor). EPL, ibidem, Pg. 11.

diante de um cenário onde o retorno é constante, mas o risco variável. Ocorre que o sucesso do investimento não depende exclusivamente da Administração. Uma empresa parceira será escolhida para fazer valer o interesse 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 irão suportar as consequências desses impactos e a obra será entregue; outras irão sucumbir e o empreendimento entrará para as estatísticas de obras inacabadas. Enfim, o retorno do investimento não é garantido.

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.[125]

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), dos mais diversos imbróglios judiciais, de processos no âmbito dos tribunais de contas, de disputas societárias e outros, como no caso citado anteriormente, onde verificou-se que a empresa era alvo do MPF por prováveis 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 permanecerão sem vagas em creches para seus filhos, são os marginalizados que seguirão sendo afetados por enchentes, são os cidadãos que continuarão desprovidos de unidades de saúde, enfim, a paralisação de uma obra pública vai muito além de uma simplória conta aritmética.

125 Id. Ibidem. Pg. 154

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

3.5 O INTERESSE PÚBLICO E A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Resgatando o magistério de Renato G. Mendes, o doutrinador faz questionamento oportuno e derradeiro: "Como ter a certeza de que um terceiro conseguirá satisfazer a necessidade, por meio de uma solução adequada?" Na sequência, Mendes 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". Na evolução da exposição, 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". Adicionalmente, a conclusão doutrinária busca arrimo 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, enfim, 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)".[126]

De fato, esse é o caminho oferecido pela legislação para obtenção daquilo que se entende como a "proposta mais vantajosa". Contudo, dado o nefasto cenário de obras inacabadas, é crível que a sistematização consagrada pela Lei nº 8.666/93 não respondeu à expectativa da sociedade, razão pela qual a preocupação dada pela Súmula nº 262 do TCU é valorosa.

Ou seja, o que melhor atende ao interesse público é a capacidade da empresa bem executar a obra pública, desiderato que o atual protocolo licitatório nem sempre é capaz de encerrar de modo pleno. Em sendo verdade manifesta, salutar que sejam observadas cautelas adicionais. Para tanto, é conveniente que o gestor analise os riscos em função do cenário que se criou à fase de apresentação das propostas. Dentre os instrumentos disponíveis, a Teoria dos Custos de Transação (TCT) figura entre os principais. A TCT promove abordagem micro analítica e consciente dos pressupostos comportamentais, assim, adotando exame institucional comparativo e considerando a empresa como uma estrutura de governança ao invés de uma unidade de produção.

126 Id. Ibidem. Pgs. 52-57.

Assim, a análise é desenvolvida por uma combinação das perspectivas legais, econômicas e gerenciais, porém, não para um cenário fixo, pretérito e genérico. Ao contrário, a TCT pressupõe o futuro tal como ele é, incerto. Para além, não assume o risco como nivelado aos moldes do procedimento de habilitação próprio das licitações públicas, eis que investigará as vicissitudes de contrato específico.[127]

A TCT assume 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.[128]

É dizer que para fornecedores diferentes os custos de transação serão sempre distintos. Todavia, o atual protocolo das 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 DE 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, a proposta de uma licitante é menos vantajosa que as das 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 para a Administração.

127 Nota do autor: para análise mais detalhada da Teoria dos Custos de Transação em estruturas de governança, confira-se o estudo de Decio Zylbersztajn. ZYLBERSZTAJN, Decio. *Estruturas de Governança e Coordenação do Agribusiness: Uma Aplicação da Nova Economia das Instituições*. Tese (Livre docência em Administração). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. Universidade de São Paulo. São Paulo, 1995.

128 AUGUSTO, SOUZA, ERDMANN e CARIO. 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.

Infortunadamente, a legislação brasileira não permite tal análise, restando ao gestor público a providência de alguma forma tentar minimizar os riscos incidentes à proposta de menor preço. Aliás, é exatamente o que preconizou a Súmula nº 262 do TCU ao determinar a investigação quanto à real capacidade de entrega da empresa proponente quando da apresentação de propostas inexequíveis.

Todavia, no atual ambiente das obras públicas, inexistem parâmetros consensuais para essa análise, fato que gera brutal insegurança jurídica aos gestores. Isso ocorre porque, mesmo decidindo com base em suas diligências particulares, ao não contratarem a proposta de menor preço, os gestores correrão o risco de serem acusados pelos controladores de terem promovido uma análise inadequada, incompleta ou algo do gênero. De igual sorte, se avançarem com a contratação e a empresa abandonar o contrato, correrão risco idêntico. Ao fim, é precisamente esse o dilema que a metodologia a seguir intenciona colaborar à solução.

3.6 METODOLOGIA DA IDENTIFICAÇÃO DO RISCO DA CONTRATAÇÃO

As linhas anteriores demonstraram a pertinente orientação do TCU no sentido de que a Administração deve ir além da mera análise das propostas, necessitando se debruçar sobre a efetiva capacidade do licitante de entregar o objeto. Isso implica em dizer 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 de que a verificação cartesiana com base apenas em parâmetros mercadológicos necessita ser extrapolada, sendo imprescindível o aprofundamento investigativo às reais condições da contratada para bem executar a obra pública. Todavia, o TCU não prescreveu como tal análise deverá ser feita. Como efeito, o dilema está posto. Não existindo métricas consensuais, quaisquer que sejam os critérios adotados pelos gestores estarão sujeitos à reprovação do controle externo,

De toda sorte, a jurisprudência do TCU confirma que o menor preço não pode ser perseguido a qualquer custo. Há que se ponderar o risco, esse o cerne da metodologia que ora se apresenta à solução do imbróglio. Para tal mister, o método está lastreado na Teoria dos Custos de Transação, a qual orienta a adoção de mecanismos de governança. Ademais, cumpre reforçar que, mais recentemente, a própria Lei nº 14.133/21 previu referido instrumento em seu capítulo destinado ao controle das contratações (vide art. 169).

3.6.1 Premissas iniciais

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

Na prática, o risco da contratação é variável e dependente da licitante 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 ter a obra concluída.

Trata-se, portanto, de checagem adicional que, se não tem o condão de interferir no resultado do processo licitatório, poderá muito bem servir de norte às ações de acompanhamento e fiscalização do contrato.[129]

3.6.2 Risco limite e risco assumido

Conceitos similares, risco limite e risco assumido não podem ser confundidos. O risco limite é a fronteira além da qual uma organização não aceita 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 em edital[130], a Administração estará impedida de contratá-la, qualquer que seja o preço ofertado. Ou seja, o risco limite será dado pelo risco legal. Ainda com relação às fronteiras legais, a Administração não contratará empresa que ofereça proposta de preços manifestamente inexequíveis.[131]

Por sua vez, risco assumido é o nível de risco aceito pela organização para enfrentar os riscos inerentes ao seu objetivo, também conhecido pelo conceito fight or flight (luta ou fuga). Ou seja, a organização decide lutar com os riscos até certo ponto. Uma vez ultrapassados, sua capacidade de resposta irá diminuir progressivamente, de forma que a organização tentará evitar, mitigar ou transferir os riscos. A ilustração demonstra os conceitos:

129 Hamilton Bonatto adverte que: "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." (grifo do autor). Id. Ibidem, pg. 58.

130 Acerca da habilitação, veja-se o Art. 27 da Lei Nº 8.666/93, Art. 58 da Lei Nº 13.303/16 (Lei das Estatais) e Art. 62 da Lei Nº 14.133/21.

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

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

Todavia, no caso das normas que regem a contratação de uma obra pública, essa cautela não foi recepcionada, vez que não há distinção entre o risco assumido e o risco legal (risco limite). Portanto, é simples verificar que sem o *gap* a Administração desconhece sua real exposição ao risco. Eis o ambiente em que os gestores públicos atuam:

Os gráficos demonstram que, quanto maior o risco assumido, maior será o nível de incertezas a serem enfrentadas, maior será o esforço necessário à organização para bem executar o contrato e menores serão as chances de alcance dos seus objetivos. Em síntese, quanto maior o risco assumido, maiores serão os custos de transação. E, dentre as principais incertezas à execução de uma obra pública, a possibilidade de uma empresa qualquer abandonar o contrato é um dos eventos de risco frequentemente observados nos últimos anos. Tal eventualidade é variável e diretamente dependente da empresa contratada.

Lado outro dos gráficos de riscos acima ilustrados, 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. Em síntese, quanto menor o risco assumido pela Administração, menores serão os custos de transação à execução do contrato.

O risco assumido é, portanto, uma função diretamente proporcional ao nível de certeza (ou incerteza) que uma empresa qualquer oferecerá à execução da obra. Dada uma obra específica, o cerne da presente metodologia é o estabelecimento desse patamar de risco em face das condições que permeiam a execução do contrato. Com tal parâmetro estabelecido, é possível à Administração compreender o verdadeiro nível de risco que determinada contratação oferecerá à execução da obra.

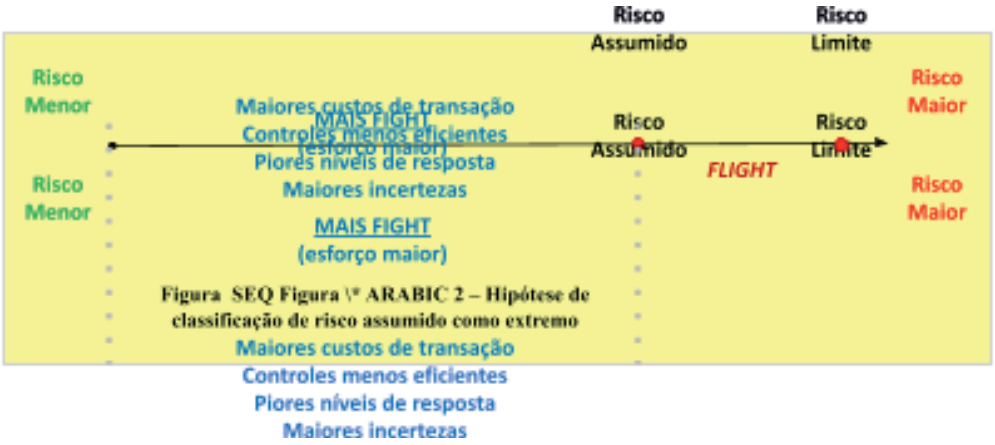
Assim, além de permitir uma capacidade de resposta mais adequada à ameaça, o indicador possibilita melhor tempo de reação, a fim de impedir a extrapolação do risco limite, quiçá, evitando a paralisação da obra pública.

3.6.3 Definição do risco assumido

Quanto mais próximo o objetivo estiver das possibilidades da organização, menor será o seu risco assumido, eis que menores as incertezas que serão enfrentadas. Para o caso das obras públicas, uma vez tomada a decisão por sua execução, o risco assumido não é uma escolha, mas uma constatação. Tal fato ocorre porque as propostas de preços já foram reveladas, cabendo à Administração compreender o cenário de risco em que se encontra.

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 à execução, bem como aquelas cujo emaranhado legal é mais desafiador, tendem apresentar um risco assumido bem maior.



Cenário constatado às obras públicas de maior risco

A identificação do patamar do risco assumido é uma análise que reúne critérios múltiplos e, se desenvolvida de modo empírico, pode conduzir a uma decisão com base em informação defeituosa. Há diversas ferramentas que podem auxiliar os gestores, dentre as quais, o presente estudo fará uso do *Analytic Hierarchy Process* (AHP).[132]

Para tanto, três cenários foram estabelecidos. O primeiro cenário é o ideal, assim considerado aquele caracterizado num patamar mínimo de riscos. O segundo cenário é o que se pretende evitar, precisamente o risco limite, que no caso das obras públicas, é aquele posicionado na fronteira legal. O terceiro cenário é exatamente 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. O exemplo utilizou os seguintes parâmetros: (1) complexidade de execução da obra, (2) estrutura de fiscalização disponível, (3) estrutura de gestão de contratos disponível, (4) impacto e disponibilidade financeira, (5) tempo estimado de execução das obras, (6) condições e impactos no meio ambiente, (7) nível de confiabilidade e precisão do projeto, (8) grau de interferência externa, (9) grau de legislação incidente e (10) possibilidade de retomada das obras em caso de abandono da empresa vencedora do certame.

Para cada um dos cenários suprarrelatados (riscos mínimo, máximo e assumido), a tabela a seguir ilustra uma licitação com vistas à obra de uma creche em um pequeno município brasileiro. Nessa primeira hipótese, foi considerada a licitação vencida por uma empresa com proposta de preços no limite do que a legislação caracteriza como 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

Numa segunda hipótese, consideram-se os mesmos critérios do exercício anterior, porém, a empresa vencedora apresentou proposta de preços mais próxima das ofertadas por suas concorrentes, o que tornaria a retomada das obras algo mais crível no caso de abandono do contrato.

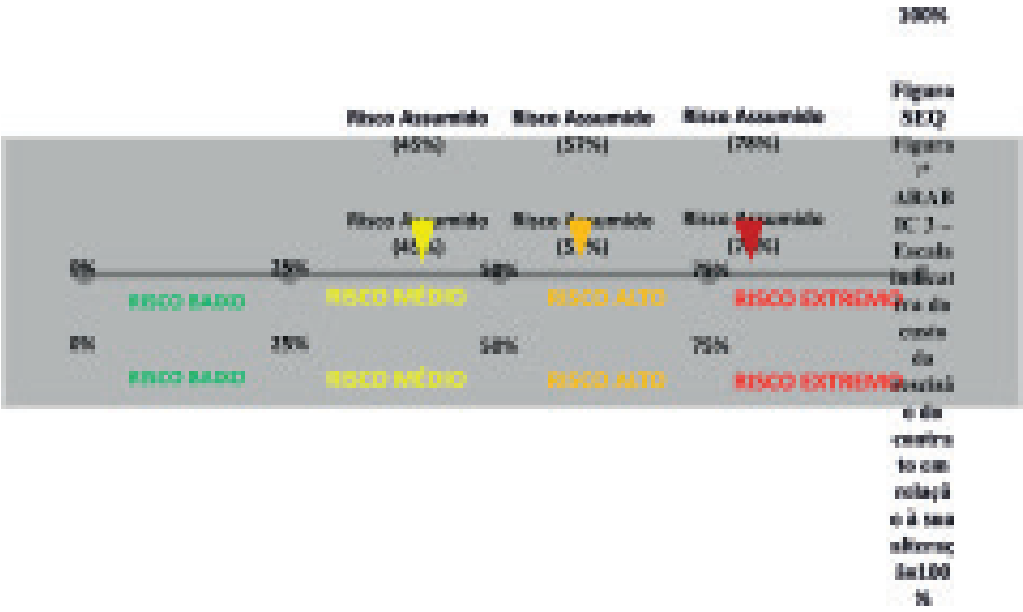
132 Nota do autor: O presente estudo não adentrará no detalhamento da ferramenta. Para aprofundamento da temática, confira-se, entre outros, excelente estudo do Ministério da Saúde. SALGADO, Jéssica B. Métodos de modelagem para adaptação da MCDA como apoio à tomada de decisão em saúde. Dissertação (Mestrado Profissional em Avaliação de Tecnologias em Saúde). Instituto Nacional de Cardiologia – INC. Rio de Janeiro, 2016.

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 Extema	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

Para a terceira hipótese, além de a proposta de menor preço estar mais alinhada com as práticas mercadológicas, a robustez da empresa vencedora 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

As notas dos riscos assumidos obtidas com base nas tabelas acima podem ser transferidas para uma escala qualitativa, conforme esquema a seguir:



De se notar que os exemplos demonstram a hipótese suscitada pela Súmula nº 262 do TCU, onde a capacidade de entrega do parceiro privado é fator derradeiro para o sucesso da execução da obra pública. Mais ainda, os riscos inerentes ao parceiro privado afetam diretamente a capacidade de resposta do contratante público.

Assim, resta demonstrada que 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 tendem a não aceitar executar o objeto pelo mesmo preço e nas mesmas condições.[133]

Para evitar um nível perigoso de exposição ao risco, a Administração precisará aumentar seus custos de transação, atuando nas suas estruturas de controle, fiscalização 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.[134] Para se precaver, será imprescindível que a Administração analise a capacidade de entrega da empresa que apresentar a proposta de "melhor custo-benefício", qualquer que seja o preço ofertado.

3.6.4 Capacidade de entrega do licitante de menor preço

O raciocínio é simples: se a empresa tiver grande capacidade para executar o contrato, o risco assumido pela Administração irá diminuir. Caso contrário, o risco poderá até mesmo ultrapassar o limite da fronteira legal. Nesse sentido, é razoável a inferência que empresas de maior robustez financeira, mais experiência de mercado, melhor histórico de desempenho e/ou sem problemas legais, conduzirão a um nível de incerteza menor, igualmente possibilitando à Administração um esforço menor para ter seu objeto entregue.

Na outra ponta, empresas com limitado suporte financeiro, pouco tempo de mercado, marcadas por 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.

No mundo corporativo, existem diversas cautelas para análise de fornecedores. Dentre as opções disponíveis, a *Due Diligence* de terceiros está entre

133 Nota do autor: caso a licitação seja deflagrada sob regência da Lei Nº 14.133/21, o risco de não retomada do remanescente de obra é mitigado em face da possibilidade de a Administração celebrar contratos nas condições ofertadas pelos demais licitantes (vide art. 90, § 7º). De toda sorte, o esforço ao acompanhamento e fiscalização permanece hígido. Ainda que os dissabores de uma paralisação das obras sejam menores, a Administração será acometida de prejuízos e esforços adicionais para bem tratar os reflexos diretos e indiretos de eventual abandono.

134 As variáveis são diversas. O fluxo financeiro pode não depender do órgão/ente, como no 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 inerentes.

as principais providências que podem contribuir para a clareza do cenário.[135] A profundidade das diligências da Administração deverá 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 à real capacidade de entrega do fornecedor.

Quatro aspectos da empresa vencedora do certame são fundamentais, sendo avaliados em função do porte e desafios inerentes à obra: (1) situação econômica, (2) experiência operacional, (3) histórico de desempenho e (4) imbróglios jurídicos/administrativos.

Com base nesses parâmetros, podendo inclusive outros serem adicionados, a Administração poderá estabelecer uma medida qualitativa de certeza em relação à real capacidade de entrega. A escala aqui sugerida é: grande certeza, boa certeza, pouca certeza e nenhuma certeza.

De modo análogo ao método de análise anterior, é possível confeccionar 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

Nenhuma 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

Pouca 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

Figura SEQ Figura * ARABIC 4 – Cálculo do risco efetivo

135 Nota do autor: a Due Diligence ou diligência prévia é conceituada como o conjunto de medidas necessárias e razoáveis a serem tomadas para satisfazer requisitos legais anteriores a uma negociação e com objetivo de avalição de risco do negócio. A título de exemplo, confira-se o Acórdão Nº 800/2017 do Plenário do TCU: "9.4.4. realização da operação sem a observância do dever de cuidado e diligência, tendo em vista a ausência da adequada análise dos riscos da aquisição da empresa Swift Foods & Co. para a empresa JBS e para o BNDES, [...]: 9.4.4.1. incertezas quanto ao valor contábil da empresa Swift Foods e Co., em razão de não terem sido realizados ou analisados os procedimentos de due diligence ou qualquer análise mais aprofundada, que apresentava situação econômica e financeira claramente deteriorada;" (grifo do autor)

3.6.5 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 poderá ser 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%). Com base nas capacidades de entrega retro calculadas, as equações a seguir exemplificam o risco efetivo para o qual a Administração estará submetida. O exercício a seguir considerou o risco assumido na classificação "extremo" (78%), obtido na primeira parte da metodologia descrita às linhas anteriores:

Risco Efetivo = Risco Assumido * Coeficiente de Majoração/Minoração

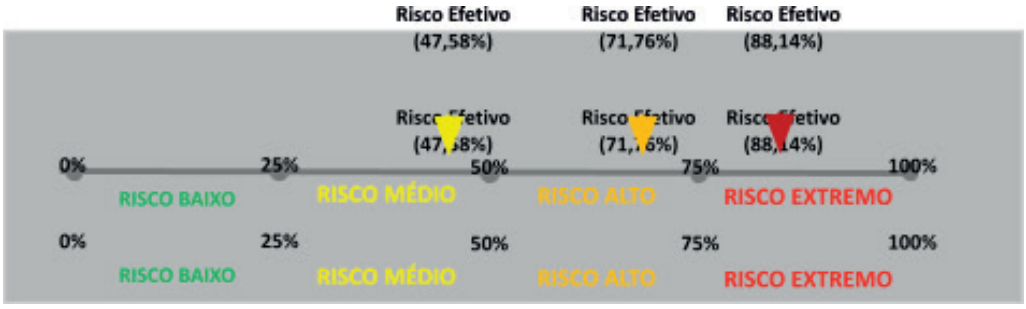
Risco Efetivo = 78% * [1 + (5 – 1,9)/10] = 102,18% (Cenário 01) RE+

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

Finalmente, as notas dos riscos efetivos calculados podem ser igualmente transferidas para a mesma escala qualitativa dos riscos assumidos, conforme esquema a seguir:



Com base na ilustração em destaque, 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 que a contratação seria por demais temerária, quiçá, gozando do aval do controlador para não realizar procedimento que se demonstra por demais arriscado.

3.7 CONCLUSÕES

A análise foi contundente em demonstrar que, quando colocada sob a óptica da gestão, a demonstração da exequibilidade de uma proposta, por si só, não é suficiente para uma tomada de decisão plenamente segura. Sempre será prudente ponderar o risco. Não se nega que a "proposta mais vantajosa" poderá ser a "proposta economicamente mais vantajosa", contudo, a recíproca não é verdadeira. A vantajosidade de uma proposta não está restrita ao menor preço ofertado, ainda que legalmente classificado como exequível, eis que, fatalmente, incidirão os custos de transação.

Na esfera corporativa e sob óptica puramente econômica, é possível os tomadores de decisão considerarem um custo maior às contratações em troca de um risco suportável e com menores riscos de transação. Todavia, não é o caso da administração pública, pois a escolha da empresa parceira é feita tão somente pelo critério da melhor relação custo-benefício, desconsiderando em absoluto os custos de transação inerentes. Sendo o benefício fixo e não sendo possível aumentar o custo em troca de um risco menor, a opção que resta ao gestor público é 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 certa empresa para executar determinada obra em cenário específico.

Para tanto, a metodologia em destaque aplicou o conceito do risco-retorno, o qual, diferentemente do critério 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, em que pese ser impraticável alcançar juízo absoluto quanto à inexequibilidade (ou exequibilidade) de uma proposta, restou demonstrado ser possível tornar o ambiente decisório mais controlado e menos incerto. Ainda assim, é possível que o esforço da Administração não seja suficiente para trazer o risco aos patamares desejados. Se isto ocorrer, os gestores deverão considerar a hipótese de não aceitarem o risco e submeterem a questão ao crivo dos controladores.

04

DAS SOLUÇÕES ÀS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS EM OBRAS PÚBLICAS DE ENGENHARIA

Firmado o contrato e iniciada a execução da obra, todos os erros, falhas e omissões do projeto fatalmente se revelam. Adicionalmente, é usual deparar-se com estruturas de acompanhamento e fiscalização desprovidas de condições adequadas para seguir o ritmo que os serviços exigem. Para além, os fatores supervenientes e extracontratuais comumente impactam o contrato, seja em maior, seja em menor grau.

São esses os principais fatores que fazem do tema um dos mais sensíveis no campo das obras públicas. Alterações contratuais têm se tornado motivos de enorme apreensão por parte dos gestores, eis que respondem de forma subsidiária por questões técnicas estranhas ao seu conhecimento. Para os controladores, é campo fértil à verificação de irregularidades das mais diversas, oportunidades nas quais têm feito valer ao máximo o seu poder sancionatório.

Dado o cenário, o presente capítulo enfrenta o tópico sob a ótica da eficiência administrativa como elemento à satisfação do interesse público. Para tanto, considera os desequilíbrios contratuais derivados e os limites de valores legalmente estabelecidos, mas, principalmente, o nível de sacrifício imposto às pessoas que aguardam pela conclusão das obras.

Adicionalmente, é proposto um indicador de aplicação descomplicada e capaz, de forma objetiva e transparente, de balizar as decisões dos gestores por alterar ou rescindir certo contrato. De igual sorte, harmoniza tal decisão com a análise dos controladores. Para tanto, considera, além dos aspectos técnicos e financeiros, especialmente o interesse das parcelas da sociedade alcançadas por eventuais modificações.

4.1 DAS ALTERAÇÕES UNILATERAIS

O interesse público é usualmente o motivador decisivo às alterações contratuais promovidas unilateralmente pela Administração. Dizendo de outro modo, modificações em contratos administrativos, seja à execução de uma obra de engenharia, seja incidente em qualquer outro objeto, necessitam alcançar um grau de interesse público que as justifiquem. Do contrário, não há razão para serem feitas. Aliás, trata-se de obrigação textualmente materializada na legislação de regência.

Avançando em leitura linear da norma, tem-se que a legislação foi taxativa em determinar que alterações unilaterais deverão respeitar os direitos do contratado. Ou seja, estando devidamente manifesto o interesse público e estan-

136 Artigo 58 da Lei Nº 8.666/93: "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;" (grifo do autor). Confira-se também idêntico postulado constante no artigo 104 da Lei Nº 14.133/21.

do posicionada dentro dos limites legais, qualquer alteração contratual somente será frustrada se a modificação atingir a esfera de direitos do parceiro da Administração. A lógica é mais nítida quando analisada de forma inversa. Observadas as fronteiras legais, estando os direitos do contratado assegurados e o interesse público se apresentar manifesto, a decisão mais eficiente do gestor público não poderá ser outra, senão a de modificar o contrato.

Dentre os diversos direitos do contratado, o que mais importa à presente análise é a desobrigação em aceitar acréscimos e supressões unilaterais que excedam os limites percentuais relativos ao valor inicial atualizado do contrato.[137] Mas o legislador foi além. Ainda que o contratado anua com modificação para além daquela que está obrigado, estabeleceu-se um limite para esse comum acordo entre as partes, impedindo que qualquer acréscimo ou supressão extrapole as fronteiras estabelecidas pelo artigo 65, §1º da Lei Nº 8.666/93.[138] É dizer que mesmo existindo consenso, a alteração bilateral também estará limitada.[139]

Não obstante a leitura da norma ser demasiado objetiva e matematicamente clara, parte da doutrina encadeou raciocínio no sentido que alterações que classificou como qualitativas[140] não teriam limites de valor. O arrimo desta corrente doutrinária está na expressão final constante na alínea "b" do dispositivo legal que regulamenta as alterações unilaterais[141], qual seja, "nos limites permitidos por esta Lei". Assim, uma vez que a redação da hipótese constante na alínea "a" não indica qualquer limite, então, por exclusão, a limitação somente incidiria à hipótese prevista na alínea "b".

137 Artigo 65 da Lei Nº 8.666/93: "§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos." Confira-se postulado equivalente constante no artigo 125 da Lei Nº 14.133/21.

138 Artigo 65 da Lei Nº 8.666/93: "§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: [...] II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes."

139 Nota do autor: em que pese não existir equivalência direta na Lei Nº 14.133/21, conforme será visto adiante, caso a Administração deseje promover modificações para além dos limites legalmente preconizados pela Lei Nº 8.666/93, a Decisão Plenária Nº 215/99 do TCU permitiu fazê-lo em circunstâncias excepcionalíssimas.

140 Nota do autor: doutrina e jurisprudência são uníssonas quanto a existência de alterações qualitativas e quantitativas. Qualitativas assim consideradas aquelas posicionadas na hipótese descrita à letra "a", I, art. 65 da Lei Nº 8.666/93. Quantitativas aquelas previstas na hipótese descrita à letra "b", do mesmo dispositivo (equivalência com artigo 124 da Lei Nº 14.133/21). Ainda acerca do tema, confira-se o artigo de Lucas Rocha Furtado. "FURTADO, Lucas Rocha. CAVALCANTI, Augusto Sherman. Os limites legais às alterações de contratos administrativos: possibilidade de extrapolação. Revista do TCU nº 82. 1999. Pgs. 17-24.

141 Artigo 65 da Lei Nº 8.666/93: "Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;" (grifo do autor)

Para além da questão gramatical, essa parte da doutrina procura sustentar que o interesse público estaria prejudicado se as alterações de ordem qualitativa sofressem limitações. A doutrina defende que, seja pela não viabilidade técnica de se manter o projeto licitado, seja porque a rescisão do contrato e a realização de novo procedimento licitatório seria ainda mais custoso ao erário, as necessárias adequações técnicas permitiriam à Administração extrapolar os limites percentuais.

Mas é flagrante a perturbação nesse magistério. Se tal hermenêutica vingasse, o contratado seria coagido a aceitar toda e qualquer tipo de modificação, eis que a hipótese está prevista como prerrogativa unilateral da Administração. Ora, como poderia, de uma hora para outra, a Administração impor o dever de executar objeto modificado cuja variação de valor fosse ilimitada? Estaria o contratado obrigado a suportar todos os reflexos financeiros, logísticos, operacionais, entre outros, decorrentes de objeto cujo valor variasse 40%, 100%, 250%, 800%, ..., da quantia inicialmente pactuada? E na hipótese de a modificação ser tão profunda a ponto de afetar sua própria qualificação técnica à execução? Estaria o contratado obrigado a executar objeto para o qual não detém expertise? Nos parece que não.

Vale aprofundar a análise. Para tanto, resgate-se o exemplo oferecido por Eros Roberto Grau que propõe diferenciar alterações qualitativas e quantitativas. O raciocínio do jurista é amplamente divulgado, recepcionado por diversos autores e mencionado à Decisão Plenária Nº 215/99 do TCU:

> Voto-Revisor da Decisão Plenária Nº 215/99 do TCU: "'(a) contrata-se a pavimentação de 100km de rodovia; se a Administração estender a pavimentação por mais 10km, estará acrescendo, quantitativamente, o seu objeto - a DIMENSÃO DO OBJETO foi alterada; (b) previa-se, para a realização do objeto, a execução de serviços de terraplanagem de 1000m3; se circunstâncias supervenientes importarem que se tenha de executar serviços de terraplanagem de 1200m3, estará sendo acrescida a quantidade de obras, sem que, contudo, se esteja a alterar a DIMENSÃO DO OBJETO - a execução de mais 200m3 de serviços de terraplanagem viabiliza a execução do objeto originalmente contratado' (Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29)'" (grifo do autor)

De acordo com o exemplo em destaque, a diferença entre os tipos de alteração estaria na interferência ou não na dimensão do objeto. Se mantida a dimensão, a alteração seria qualitativa. Se a dimensão for alterada, quantitativa.

Contudo, dada a variedade de situações possíveis, o exemplo é insuficiente para estabilizar a questão. Isso porque, na primeira hipótese, o verbo "estender" parece indicar não uma alteração na dimensão do objeto originalmente licitado, mas um novo objeto. No tocante à segunda hipótese, trata-se de modificação puramente técnica, eis que não decorreu de imprecisão nas estimativas das quantidades inicialmente previstas, mas da ocorrência de fato superveniente. Cumpre, pois, examinar os tipos de alteração unilateral.

4.1.1 Das modificações unilaterais do projeto

As incorreções que contaminam o critério calcado nas dimensões do objeto podem ser elucidadas a partir da doutrina de Renato Geraldo Mendes. Ao discorrer acerca da conceituação do objeto, o jurista anota a relação umbilical deste com a necessidade da Administração. O autor explana que "a necessidade é o problema a ser resolvido, e o encargo/objeto é a solução para o problema."[142] Registra, ainda, que "antes de definir o objeto a ser contratado, cabe à Administração identificar e dimensionar todas as peculiaridades que caracterizam a sua necessidade. Uma coisa decorre da outra e, mais do que isso, tem nela o seu fundamento de validade."[143] Em síntese, o dimensionamento do objeto é função direta do dimensionamento da necessidade que o precedeu.

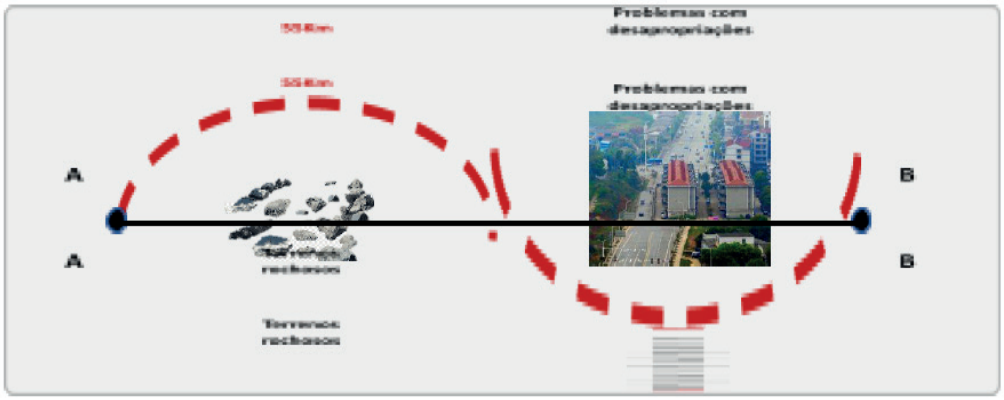
Pois bem. O enunciado do exemplo anterior narra que a necessidade da Administração era conectar a localidade A à localidade B. Com base em tal necessidade, concebeu-se o projeto e assim o objeto foi dimensionado com distância estimada de 100km. Ato contínuo, a Administração decidiu prolongar a pavimentação 10km para além do projetado, conectando a localidade B com a localidade C. Em termos gráficos, temos a seguinte representação:

Ora, a necessidade da Administração para a qual o objeto foi licitado era tão somente conectar as localidades A e B. O acréscimo do trecho B-C revela necessidade outra. De se notar não existir qualquer modificação no projeto aprovado (solução escolhida) para atendimento à necessidade original. O projeto que interliga A e B se manteve absolutamente hígido.

Enfim, o projeto do trecho B-C em nada, absolutamente em nada, afeta o trecho A-B. A pavimentação do trecho B-C é necessidade outra que implica em solução outra (outro projeto). Diferente seria se, por circunstância qualquer, o projeto do trecho A-B precisasse ser modificado. Para tanto, considere-se o esquema alternativo a seguir ilustrado:

142 Id. Ibidem. Pg. 48.

143 Id. Ibidem. Pg. 339.



Nesta hipótese, o dimensionamento da necessidade cujo objetivo era conectar as localidades A e B, permaneceu. Porém, devido a ocorrência de fatos supervenientes, o dimensionamento do objeto precisou ser alterado, passando de um percurso inicialmente previsto de 100km para um percurso mais longo, de 110km. Temos, pois, uma imperativa modificação no projeto a fim de satisfazer a mesma necessidade originalmente licitada, repita-se, interligar A e B. Mais importante, em que pese nitidamente se tratar de modificação de ordem técnica, a alteração implica nos quantitativos inicialmente contratados, afetando o dimensionamento do objeto licitado.

Portanto, as alterações de projeto poderão igualmente interferir na dimensão do objeto, mesmo quando mantido o dimensionamento da necessidade. Seja para ajustar a execução do objeto à necessidade da Administração, seja para otimizar a solução originalmente concebida, as alterações de ordem técnica sempre irão interferir na solução contratada. Assim, as características do objeto serão necessariamente afetadas.

Assim, alterações de ordem técnica são aquelas que modificam as características do objeto contratado. Dentre os principais motivos que conduzem às alterações de ordem técnica, destacam-se:

1 - A impossibilidade de execução plena da solução original, como nas situações em que ocorrem problemas com desapropriações e das intervenções adicionais verificadas após intervenção destrutiva (caso das reformas, das obras lineares de água e esgoto, das movimentações de solos etc.), entre outras;

2 - Mudança do dimensionamento da necessidade da Administração, a exemplo de cenários futuros que terminam por exigir maior demanda de vagas de estacionamento, área maior de estoque para materiais apreendidos, área menor de arquivos em virtude da implementação de processos eletrônicos, área menor de escritórios em face da adoção de home-office, entre outros;

3 - Mudança nas exigências do arcabouço legal, a exemplo da evolução da legislação da segurança do trabalho, das normas relativas ao

meio-ambiente, dos requisitos de projeto para prevenção e combate a incêndio e pânico, entre outras;

4 - Modificações nas especificações de projeto, com vistas à otimização das soluções. São exemplos a substituição de lâmpadas comuns por lâmpadas de LED, motobombas com menor exigência de manutenção, vidros com melhor tecnologia reflexiva, entre outros.

5 - Demais eventos que alterem as condições balizadoras do projeto, a exemplo de inundações, deslizamentos de encostas, interferências de obras de terceiros, entre outras.

A bem da verdade, o dispositivo legal que permite à Administração promover alterações unilaterais de projeto não se ocupa se há ou não interferência na dimensão do objeto. O efeito prático da norma é resguardar a Administração da eventualidade de o projeto necessitar ser modificado, sem que isso desague em negociações adicionais e incertas junto ao contratado. Por isso unilateral. É questão de interesse exclusivo da Administração, não podendo o contratado opor resistência.[144] Essa a razão pela qual não há que se falar em limites para o número de vezes que o projeto necessite ser alterado.

Contudo, as modificações unilaterais de ordem técnica produzem reflexos imediatos na equação encargos-remuneração do contrato. Nos termos da legislação, sempre que tal ocorrer "a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial", providência que conduz ao segundo tipo de alteração unilateral, a do valor contratual.

4.1.2 Das modificações unilaterais do valor contratual

Conforme demonstrado no tópico anterior, as alterações de projeto são do interesse exclusivo da Administração, por isso, unilaterais. Todavia, seus reflexos econômico-financeiros implicam diretamente o contratado, afetando sua esfera de interesses. Para evitar imbróglios, a legislação impôs a obrigatoriedade de o contratado "aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, [...]".[145] Em contrapartida, caberá à Administração restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da avença.[146]

144 Carlos Ari Sundfeld esclarece que "É perfeitamente natural ao contrato administrativo a faculdade de o Estado introduzir alterações unilaterais. [...]. Caso a administração ficasse totalmente vinculada pelo que avençou, com o correlato direito de o particular exigir a integral observância do pacto, eventuais alterações do interesse público - decorrentes de fatos supervenientes ao contrato - não teriam como ser atendidas." (1992, *apud* Decisão Plenário Nº 215/99 do TCU).

145 Artigo 65, § 1º da Lei Nº 8.666/93. Equivalência com o Artigo 125 da Lei Nº 14.133/21.

146 Artigo 65, § 6º da Lei Nº 8.666/93. Equivalência com o Artigo 130 da Lei Nº 14.133/21.

Para além das modificações do valor contratual oriundas de modificações do projeto, é possível à Administração corrigir quantitativos de serviços e insumos de difícil ou impraticável mensuração em momento precoce.[147] Não obstante ser vedada "a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto",[148] além de a estimação das quantidades dever fluir de métodos apropriados,[149] sempre existirá a possibilidade de variação quando da evolução do contrato.

Em síntese, quando a estimativa de quantidades destoar daquilo que na prática se revelou necessário, a legislação igualmente agasalhou a possibilidade de a Administração modificar unilateralmente o contrato até os limites financeiros dados pelo §1º, art. 65, da Lei Nº 8.666/93.[150]

Adicionalmente, há possibilidade de ocorrerem circunstâncias que não alteram o projeto, contudo, interferem nas estratégias de execução da obra, sem que o contratado tenha contribuído para tal. Tais eventos estão previsto no artigo art. 57, § 1º, da Lei Nº 8.666/93, descritos como "[...]; II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; [...] V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração [...]; VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, [...] de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, [...]".[151]

Se tal decorrer, os coeficientes de produtividade de alguns serviços poderão ser afetados, impactando a composição dos custos unitários em face da alteração dos quantitativos de insumos necessários à execução dos serviços. É o clássico exemplo das frentes de trabalho paralisadas por motivo estranho à vontade do contratado, gerando número adicional de horas de máquinas, equipamentos, recursos humanos, despesas inerentes à manutenção da equipe, além de outros custos derivados, tudo sem a respectiva produção.

Enfim, dados os pressupostos que lhe concedem a prerrogativa de unilateralmente promover alterações nos contratos, a Administração é livre para promover tantas modificações de projeto quanto necessárias, bem como cor-

147 Nota do autor: não à toa, a legislação permitiu acréscimos percentuais da ordem de 50% (cinquenta por cento) no caso das reformas de edifícios e equipamentos. Sobre o tema, Cláudio Sarian anota que as hipóteses de alteração "não foram criadas para correção de projetos básicos mal elaborados, mas para ajustes que se fizeram necessários em função de [...] impossibilidade de exata quantificação de todos os serviços [...]". Id. Ibidem, pg. 378.

148 Artigo 7º, § 4º da Lei Nº 8.666/93. Equivalência com Artigo 18, § 1º da Lei Nº 14.133/21.

149 Artigo 15, § 7º da Lei Nº 8.666/93. Equivalência com Artigo 40, III, da Lei Nº 14.133/21.

150 Equivalência com Artigo 125 da Lei Nº 14.133/21.

151 Equivalência parcial com o Artigo 115 da Lei Nº 14.133/21.

reções de estimativas, ajustes na estratégia e cronologia de execução que oportunamente sejam reveladas. Inexiste limites para o número de vezes que tais alterações sejam feitas, tampouco o contratado poderá se opor.[152]

Todavia, ao assim proceder, a Administração fatalmente irá produzir reflexos nos encargos do contratado, exigindo, pois, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial da avença. Nesse momento, os limites financeiros próprios dos contratos administrativos serão imediatamente acionados, não podendo a Administração, unilateralmente, extrapolar as balizas fixadas pelo artigo 65, § 1º, da Lei Nº 8.666/93.[153]

Em tempo, com relação às tais fronteiras, cumpre anotar que a legislação foi demasiado categórica, estabelecendo que "nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, [...]:"[154]

152 Nota do autor: o fato de o contratado não poder obstar uma alteração de projeto não significa dizer que está absolutamente obrigado a executá-la. Mesmo porque, há que se observar a necessária qualificação técnica para o mister. Caso não detenha os requisitos para tal, a Administração deverá solucionar de maneira outra que não pela imposição de ofício a quem não detém expertise para tal.

153 Equivalência com o Artigo 125 da Lei Nº 14.133/21.

154 Artigo 65, § 2º da Lei Nº 8.666/93. Nota do autor: em que pese não existir equivalência na Lei Nº 14.133/21, a jurisprudência do TCU foi recepcionada (vide Súmula Nº 261 e DP Nº 215/99), de forma que as alterações unilaterais são permitidas, desde que não transfigurem o objeto. Artigo 126 da Lei Nº 14.133/21: "As alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei não poderão transfigurar o objeto da contratação." Para além, o comando normativo estabeleceu apuração de responsabilidade em caso de falhas de projeto. Artigo 124 da Lei Nº 14.133/21: "§ 1º Se forem decorrentes de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia ensejarão apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração." Infere-se que o interesse público não pode ser prejudicado pela limitação dada pelo Art. 65, § 2º, da Lei Nº 8.666/93, contudo, conforme se verá adiante as modificações deverão respeitar rigorosas exigências alicerçadas na jurisprudência do TCU.

4.2 DA DECISÃO PLENÁRIA Nº 215/1999 DO TCU

A DP Nº 215/99 do TCU figura entre as mais emblemáticas decisões da Corte de Contas. Resumidamente, trata-se do exame em que o controle externo relativizou a proibição dada pelo Artigo 65, § 2º da Lei Nº 8.666/93, oferecendo à Administração a faculdade de em casos excepcionalíssimos extrapolar os limites legais objetivamente estabelecidos. O pronunciamento do TCU decorreu de indagação do Ministério do Meio Ambiente (MMA) cujo núcleo remetia a uma mudança nevrálgica na legislação. Em síntese, o MMA desejava elucidar se a vedação dada pela Lei Nº 8.666/93 alcançaria o que se convencionou chamar de alterações qualitativas. A consulta foi assim articulada:

> Decisão Plenária Nº 215/99 do TCU: "Colocados os fatos, o consulente, salientando que o contrato mencionado é regido pelo Decreto-Lei n.º 2.300/86 (arts. 48, I, 55, I, a, e 55, § 4.º), oferece as seguintes questões: [...] II) as extensões contratuais ditadas por razões de natureza 'qualitativa' - caso acima mencionado - ainda que impliquem em acréscimos de quantidades, podem ser aditadas em contrato, mesmo estando estas sujeitas aos limites do § 1.º do art. 55 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, apesar do que preceitua o § 4.º do mesmo diploma legal?'" (grifo do autor)

O sobre destacado Artigo 55, § 4º do antigo Decreto-Lei Nº 2.300/86 é o cerne da questão. Isso porque o Artigo 65, § 2º da Lei Nº 8.666/93 alterou diametralmente a outrora previsão da norma. Confira-se o cotejamento a seguir:

Decreto-Lei Nº 2.300/86	Lei Nº 8.666/93
Art. 55. § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos. [...] § 4º 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.	Art. 65. § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. [...] § 2º **NENHUM acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior**. [...]:
Art. 55. § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos. [...] § 4º 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.	**Figura SEQ Figura * ARABIC 1 – Escala indicativa da capacidade Monte-operacional**Art. 65. § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. [...] § 2º **NENHUM acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior**. [...]:

Em síntese, na vigência do Dec-Lei Nº 2.300/86 o contratado era obrigado a aceitar alterações unilaterais até os limites ali preconizados. Todavia, caso as modificações importassem percentual de valor maior, poderiam ser feitas de comum acordo, hipótese em que não haveria limites para as modificações contratuais. Por seu turno, a Lei Nº 8.666/93 vedou essa prática.

A bem da realidade, a verdade é que antes do "freio de arrumação" imposto pela Lei Nº 8.666/93 vários gestores deliberadamente utilizavam esse pressuposto para classificar diversas das modificações contratuais como sendo de caráter qualitativo, ora para corrigir falhas, erros e omissões de projetos defeituosos, ora para práticas espúrias nos preços de serviços e artimanhas conhecidas como "jogo de planilha" e "jogo de cronograma",[155] e não raras vezes como artifício para fraudar licitações.[156]

É plausível deduzirmos que o desiderato do legislador foi, 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 e estreitando as brechas para os maus feitos. A bem da realidade, hipótese que nunca passou de mera esperança desprovida de uma estrutura pública capaz de atender referido desejo.[157] Assim, se por um lado a Lei Nº 8.666/93 em alguma medida protegeu o erário das mazelas oriundas das incorreções da Administração, por outro retirou da sociedade uma ferramenta capaz de corrigi-las em tempo e condições melhores que as atuais.

Por sua vez, é bastante perceptível que a DP Nº 215/99 do TCU avaliou como extremada a vedação legal, pois, a depender do caso concreto, os reflexos dessa imposição poderiam ser ainda mais nefastos. Nesse sentido, o relatório da referida decisão (grifo do autor): "VI - Isso não significa, entretanto, que, na realização do interesse público, a Administração não possa, em caráter excepcional, ultrapassar referidos limites. Em nossa opinião, poderia fazê-lo, em situações

155 Assim definidos à Orientação Técnica IBRAOP OT – IBR 005/2012: "3.16 Jogo de cronograma: também denominado jogo de planilha na distribuição dos pagamentos no cronograma físico-financeiro da obra, é a distorção do cronograma físico-financeiro caracterizada pela ocorrência de serviços com sobrepreços nas etapas iniciais do cronograma financeiro e com subpreços nas etapas finais. 3.17 Jogo de planilha: alterações contratuais em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária alterando, em favor do contratado, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos preços de mercado, exigindo a revisão da avença para manter a vantagem em relação aos preços referenciais de mercado." INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Orientação Técnica OT - IBR 005/2012: Apuração do sobrepreço e superfaturamento em obras públicas. Florianópolis/SC, 2012. Pg. 04.

156 Lucas Rocha Furtado anota que "os limites genéricos importam o respeito ao direito dos contratados e a interdição da fraude à licitação." Id. Ibidem, pg. 20. Acerca do tema, veja-se também o tópico 2.2.3 do presente tratado.

156 A título ilustrativo, confira-se o edital para Concurso Público de Provas e Títulos CP Nº 01/2019 publicado pela Prefeitura de Caldas/MG, visando, entre outros, contratação de engenheiro civil sob oferta de remuneração de R$ 4.298,00 para jornada semanal de 40h. Disponível em (acessado em 15.06.2021): <https://arquivo.pciconcursos.com.br/prefeitura-de-caldas-mg-comunica-cancelamento-de-concurso-publico/1483308/9fa8589e82/edital_de_abertura_retificado_n_01_2019.pdf>.

excepcionalíssimas, na hipótese de alterações qualitativas, revisando, não unilateralmente, mas consensualmente, as obrigações e o valor do contrato." Adiante, o TCU assim parametrizou situações de caráter excepcionalíssimo: "sustentamos que tais alterações sejam excepcionalíssimas, no sentido de que sejam realizadas quando a outra alternativa - a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação - significar sacrifício insuportável do interesse coletivo primário a ser atendido pela obra ou serviço."

Como se trata de pressuposto criado às margens do texto legal, para sustentar a aplicação da nova inteligência o controlador criou 6 requisitos a serem satisfeitos (grifo do autor):

> 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;

Todavia, a Corte de Contas determinou atendimento cumulativo aos requisitos, o que implica idêntico grau de relevância de todos os preceitos. Sendo os critérios desprovidos de dosimetria, na prática não existe alternativa mediana para o gestor público, e a tendência é que opte pela paralisação da obra.

Mas se a Lei foi relativizada sob o manto do interesse público, não parece fazer sentido relativizar o sacrifício que esse mesmo interesse público estará submetido. Se tal sacrifício for classificado como insuportável, conceito de relevo superior, certamente não poderia estar posicionado no mesmo grau de importância dos demais requisitos estabelecidos pelo TCU. Indaga-se:

I - Caso a alteração pretendida acarrete à Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual, o sacrifício insuportável ao interesse público deixará de ser insuportável e poderá ser relativizado?

II - Caso a capacidade técnica e econômico-financeira do contratado, para fazer frente à alteração pretendida, não preencha as exigências costumeiras de habilitação, o sacrifício insuportável ao interesse público deixará de ser insuportável e poderá ser relativizado?

III - Caso os fatos que ensejaram a necessidade de alteração contratual não sejam supervenientes ou de dificuldades imprevisíveis, o sacrifício insuportável ao interesse público deixará de ser insuportável e poderá ser relativizado?

IV - Caso a necessidade da Administração exija modificação no objeto ao ponto de transfigurá-lo, o sacrifício insuportável ao interesse público deixará de ser insuportável e poderá ser relativizado?

V - Caso o cronograma de execução não seja abreviado pelas alterações necessárias, bem como não seja possível a antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da obra, o sacrifício insuportável ao interesse público deixará de ser insuportável e poderá ser relativizado?

Ora, se o sacrifício em não se proceder a alteração for insuportável ao interesse público, de consequências gravíssimas que caracterizam situações de urgência e emergência, não poderia restar alternativa à Administração, senão a de tentar viabilizar a modificação contratual.[158]

Trata-se de tentativa porque a modificação afetará a esfera de direitos do contratado, hipótese na qual, não havendo concordância, a alteração contratual estaria fulminada, vez que o Estado não poderia fazer uso de seu poder de coerção. Para além, mesmo que o contratado se julgue capaz de executar o projeto modificado, há que se ter cautela por parte dos gestores públicos. Existirá a possibilidade de a modificação pretendida guardar características e exigências técnicas que extrapolam a qualificação operacional e/ou profissional do contratado, parcial ou completamente, elevando os riscos da contratação a patamares intoleráveis, mesmo nas situações de absoluta emergência e insuportável sacrifício.

Enfim, se a modificação contratual não é uma discricionariedade do gestor público, também não pode ser obstada por requisitos que desqualificam o sacrifício do interesse público tido como insuportável. Ao contrário, sempre que tal interesse alcançar tal patamar, e seja ele primário ou secundário, os efeitos positivos e negativos da alteração ou rescisão do contrato precisam ser analisados sob a óptica da necessidade que reclama pela execução da obra pública, sem prejuízo da responsabilização daqueles que eventualmente deram causa ao cenário.

158 Nota do autor: para situações dessa natureza, dentre outras, a legislação previu o mecanismo da dispensa de licitação. Artigo 24 da Lei Nº 8.666/93: "IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, [...]". Equivalência com Artigo 75, VIII da Lei Nº 14.133/21.

Nesse sentido, nos tópicos adiante é proposta metodologia de apoio ao processo decisório relativo às alterações contratuais. Antes, porém, há que se examinar outro postulado do TCU de forte repercussão às obras públicas.

4.3 DO ACÓRDÃO Nº 749/2010 DO PLENÁRIO DO TCU

Na evolução da inteligência das alterações contratuais, o TCU analisou processo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). A emblemática decisão afetou o cerne dos demais contratos de obras públicas:

> Acórdão Nº 749/2010 do plenário do TCU: "[...], 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;

Em síntese, permanece plenamente possível suprimir-se até 25% do valor inicial atualizado do contrato, bem como nada impede os gestores de acrescerem 25% sobre o valor inicial atualizado desse mesmo contrato.[159] 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 nessa realidade fática que o TCU novamente extrapolou o texto legal e, na prática, impôs[160] interpretação particular ao artigo 65 da Lei Nº 8.666/93, taxativamente proibindo a compensação financeira para qualquer tipo de ajuste.

159 Para o caso de reformas de edifício e de equipamentos o limite de acréscimos é de 50%. Artigo 65, § 1º, Lei Nº 8.666/93. Equivalência com Artigo 125, Lei Nº 14.133/21.

160 Diferentemente da DP Nº 215/99, o AC Nº 749/2010-P não possuía caráter normativo, eis que não derivou de consulta. Nesse sentido, a Lei Nº 8.443/92: "Art. 1° Ao Tribunal de Contas da União, [...], compete, [...]: XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno. [...] § 2° A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto." (grifo do autor). Não obstante, atendendo à consulta do Ministério da Integração Nacional, o Acórdão Nº 1536/2016 do Plenário do TCU elevou ao grau de norma a vedação da compensação de acréscimo e supressões às alterações contratuais.

Contudo, esse tipo de inciativa também causa reflexos contrários. 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 genérica e particular, assim decretando seu desejo a todos os contratos administrativos sob quaisquer circunstâncias, os controladores avançam em seara logicamente discricionária, pois retiram o poder de exame dos casos concretos 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 ser 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, uma alteração com evidente vantagem para o erário seria enquadrada como uma "troca de serviços".

O fato de existirem gestores públicos mal-intencionados não implica em dizer que todos os gestores públicos assim 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 vantajoso ou até mesmo factível.

Exigir do prefeito de um pequeno município 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 interpretações subjetivas, a competência legítima para o exercício da discricionariedade repousa nos gestores locais, não nos controladores remotos.

Sob tal óptica, ao contrário da atual obsessão formalística perseguida por controladores e recepcionada à força pelos jurisdicionados, muito mais produtivo que controle incida sobre os resultados obtidos pelos gestores. Evidente-

mente, 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 estiver inserido.

Tudo isso porque a eficiência na administração pública é uma construção específica conectada aos cenários reais. Sob tal premissa, as decisões dos respectivos gestores tendem a ser mais acertadas se considerada a situação concreta, não 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 sempre serão melhores analisados caso a caso, respeitada a discricionariedade dos gestores e exigida a devida fundamentação para sua efetuação. Em tempo, caso sejam verificadas ilicitudes, as penalidades cabíveis são de aplicação regular.

4.4 DO ACÓRDÃO Nº 1977/2013 DO PLENÁRIO DO TCU

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, II, ao tratar de questões específicas às empreitadas por preço global, o decreto apresentou redação nebulosa no tocante às alterações contratuais, exigindo que o TCU, às pressas, se debruçasse sobre o tema. O fez por meio do emblemático Acórdão Nº 1.977/13 do Plenário.[161]

De modo análogo à Decisão Nº 215/99, para concessão de eventual alteração contratual o AC Nº 1977/13 do TCU exigiu análise de 5 requisitos que deverão estar cumulativamente atendidos (novamente todos no mesmo grau de dosimetria).[162] Dentre as diversas exigências, vale anotar desde logo a subjetividade da decisão ao discorrer acerca das superestimativas e subestimativas relevantes, sem, contudo, definir o que se entende como relevante. Contudo, o destaque maior repousa no equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, conduzindo a uma brevíssima análise do tema.

Partindo da premissa que determinado objeto 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 de-

161 Acórdão Nº 1977/2013 do Plenário do TCU: "Relatório [...]. I – Introdução: Trata-se de estudo elaborado pela Secob-1, com vistas a uniformizar procedimentos sobre a utilização do regime de empreitada por preço global (EPG) para a contratação de obras públicas, bem como apresentar diretrizes e orientar os auditores do Tribunal em relação ao tema."

162 Itens 9.1.8.1 a 9.1.8.5 do AC Nº 1977/2013.

verá ser reequilibrada. Esse eventual desequilíbrio pressupõe a ocorrência de situações extraordinárias, as quais derivam da superveniência de fatos imprevisíveis, ou, previsíveis, porém, de consequências incalculáveis. De modo harmônico, os estudiosos da Teoria da Imprevisão apontam as seguintes situações: caso de força maior (forças da natureza como inundações, vendavais, entre outros), caso fortuito (exemplo da greve dos caminhoneiros), fato do príncipe (alteração na legislação tributária) e fato da administração (atraso no processo de desapropriação de terreno, atraso na emissão de alvarás etc.).

Nas hipóteses sobre descritas temos situações alheias à vontade das partes e de origem externa ao contrato, mas que terminam por afetá-lo e provocam seu desequilíbrio. De se notar que na eventual ocorrência de quaisquer destes cenários o interesse público que embasou a contratação permanecerá, em tese, hígido, não sendo afetado em grau algum. Assim, situações extraordinárias que desequilibrem a avença permitem o restabelecimento do equilíbrio contratual de forma regular, eis que, via de regra, o interesse público que originou o pacto entre as partes continuará incólume.

Adicionalmente, há que se pontuar que projetos de engenharia são inevitavelmente acometidos por desacertos em suas estimativas. A própria Corte de Contas possui entendimento pacificado no sentido que obras de engenharia são caracterizadas por uma imprecisão intrínseca. Todavia, existem aquelas "situações extraordinárias" (com todas as aspas) que derivam de erros, falhas e omissões dos projetos contratados. Em que pese diversos países desenvolvidos também são atingidos por intercorrências do tipo, essas causas figuram entre as principais fontes de problemas que reforçam o estratosférico número de obras inacabadas em nosso país.

Em face dessa indesejável realidade brasileira, que se associa aos contínuos problemas de corrupção, é que a legislação e jurisprudência procuraram evoluir à tentativa de minorar os problemas correlatos. De modo nítido, sua estratégia tem sido majoritariamente a de estreitamento do poder decisório dos gestores e de ampliação das sanções dos seus jurisdicionados. Entretanto, os recursos para fazer frente à melhoria expectada no planejamento e desenvolvimento dos projetos não acompanharam o caminhar das normas que regem a contração das obras públicas. Ao final, o resultado prático dessa contínua evolução legislativa foi:

I - os projetos de uma enorme gama de obras públicas permanecem com elevada incidência de erros, falhas e omissões;

II - os controladortes externos continuam aplicando o texto legal sob a óptica 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;

Por tais razões, é possível que no tocante aos problemas provocados por erros, falhas e omissões dos projetos da Administração, a leitura do Acórdão Nº 1977/2013 do Plenário do TCU permita, para além da hermenêutica jurídica de sua competência, inferir que a Corte de Contas reconhece a realidade brasileira e que tal cenário não será alterado tão somente pelo desejo impresso no papel. Eis os termos da decisão no tocante aos desequilíbrios econômico-financeiros nos casos que não se enquadram à álea extraordinária:

> Acórdão Nº 1977/2013 do Plenário do TCU: "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:" (grifo do autor)

Leitura similar pode ser inferida pelo fato de a Lei Nº 14.133/21 não ter recepcionado a vedação de extrapolação de limites percentuais às alterações contratuais de comum acordo. Razoável, pois, concluir que legislação e controle permitem solução posicionada na interface técnico-jurídica.

4.5 METODOLOGIA À ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS EM OBRAS PÚBLICAS DE ENGENHARIA

O episódio do TRT/SP relatado na parte inicial do presente estudo é emblemático para demonstrar o dilema que não se restringe à esfera legal e tampouco à seara técnica. Sempre que analisado sob a óptica do interesse público, tem-se que a sociedade urge pela entrega de resultados. É o que o homem médio percebe como princípio da eficiência e o que certamente espera de seus representantes, resultados.

Sob tal óptica, não se mostra razoável que alterações contratuais sejam obstáculos para o atendimento às necessidades da sociedade, quanto mais quando caracterizadas situações de urgência e emergência. De toda sorte, independentemente dos motivos ensejadores de uma modificação contratual, espera-se dinamismo nos procedimentos cabíveis, sob pena de se incorrer na ineficiência administrativa.[165] Assim, foi exatamente sob a perspectiva da entrega de

165 Fernando Vernalha Guimarães assevera que "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." (grifo do autor). GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. Revista Colunistas Direito do Estado, ISSN 2525-4065, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acessado em 16.06.2021.

resultados que se procedeu à análise crítica dos dispositivos legais que delimitam as alterações contratuais, mais especificadamente, à jurisprudência do TCU extraída da Decisão Plenária Nº 215/199 e dos Acórdãos Nº 749/2010 e Nº 1977/2013, também do plenário.

Em que pese as competências do Poder Judiciário e do próprio Poder Legislativo, 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, o qual, adicionalmente, propõe um indicador compatível com as regras vigentes às alterações contratuais. 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, por si só, não alcançaram os resultados esperados pela sociedade, evidência facilmente comprovada pelo monumental prejuízo originado pelas obras inacabadas. No tocante ao modo atual de aplicação das normas legais não trazer resultados satisfatórios ao interesse público, argumentam Egon B. Moreira e Fernando V. Guimarães:[166]

> "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, "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." (grifo do autor)

Dada a forte carga subjetiva das decisões inerentes as modificações contratuais, é sob tal vertente que se justifica a criação de indicador que incorpore aspectos técnicos, financeiros e de impacto. Simultaneamente, o indicador intenciona permitir aos gestores públicos e controladores, em cada caso concreto, um exame mais alinhado à eficiência na execução de obras públicas, com viés à entrega de resultados.

Assim, a partir dos pressupostos a seguir apresentados e estribado pelo desinteresse da sociedade em gerenciar prejuízos desnecessários, ao final, o indicador deverá responder, objetivamente, o que melhor atende ao interesse público: a alteração ou a rescisão contratual?

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

4.5.1 Pressupostos para aplicação do indicador

O indicador proposto pretende não apenas balizar processos decisórios oriundos de eventos extraordinário, mas também quando da constatação de erros, falhas e/ou omissões em projetos de obras públicas, os quais, em certo momento, evidenciarem a necessidade de modificações no objeto, seja pelo mecanismo da alteração no pacto contratual, seja pelo da rescisão.

Contudo, 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. São eles:

I - Motivação e fundamentação do ato quanto ao enquadramento da alteração pretendida ao interesse público (primário 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, bem como sua anuência no caso de alterações de comum acordo;

V - Verificação da capacidade econômico-financeira da empresa para suportar o incremento contratual;

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:

4.5.2 Capacidade técnico-operacional da contratada em face do incremento contratual

Importante anotar que capacidade técnico-operacional[167] não se confunde com a capacidade econômico-financeira 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 econômico-financeira), então será impraticável avançar com a alteração do contrato. A lógica reside no fato que a

167 Valmir Campelo anota que: "A capacidade técnico-operacional envolve a comprovação de que a empresa participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar [...] 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." Id. Ibidem; pg. 402.

Administração assumiria risco deveras maior ao manter parceiro que não tenha condições econômicas e/ou financeiras para fazer frente aos encargos adicionais. 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.[168] 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 1.400 metros lineares, a Administração poderia exigir que a contratada comprovasse ter executado um mínimo de 700 metros lineares de objeto assemelhado.

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

Assim, se a contratada possuir entre 0-10% da nova capacidade operacional exigida, será anotada a nota 1. Se possuir entre 10-20%, será anotada a nota 2, e assim por diante até a nota 10, hipótese em que a contratada comprove possuir 90% ou mais da exigência necessária. Em outras palavras, quanto maior a capacidade técnico-operacional da contratada, mais próxima a Administração estará de optar pela alteração do contrato.

168 Nota do autor: 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. (veja-se o AC Nº 2781/2017-P).

4.5.3 Custo da rescisão do contrato em relação à sua alteração

Em seguida será analisado o custo de uma eventual rescisão contratual em contraponto à alteração pretendida. Esse valor deve 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 de serviços, se o custo da rescisão contratual em relação à 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 próxima a Administração estará de optar pela alteração do contrato.

4.5.4 Percentual de avanço das obras

Sempre sob a óptica do interesse público, não há como se furtar do 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 estiver avançada entre 0-10%, será anotada a nota 1. Se o avanço for entre 10-20%, será anotada a nota 2, e assim por diante até a nota 10, hipótese em que a obra já tiver avançado com 90% ou mais à sua execução. Em outras palavras, quanto maior o percentual de avanço da obra, mais próxima a Administração estará de optar pela alteração do contrato.

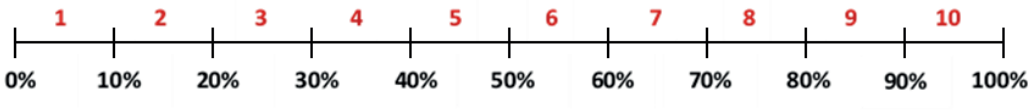
4.5.5 Tempo estimado para retomada dos serviços

Modo geral, em nosso país os processos de licitação e respectivas contratações de obras públicas não são conhecidos por sua dinâmica. Bem 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, pois necessitam de readequação dos pro-

jetos, análises das extensões das responsabilidades técnicas, reprogramações orçamentárias, preparação de novos editais, renovação de licenças, diversas providências jurídico-administrativas, tudo sem considerar eventuais disputas judiciais promovidas pela empresa que eventualmente teve seu contrato rescindido.

Tal qual os tópicos anteriores, o exame é traduzido em escala de 1 a 10 a partir da relação entre o tempo total estimado à conclusão das obras (incluído o incremento contratual) e o tempo estimado à eventual retomada.

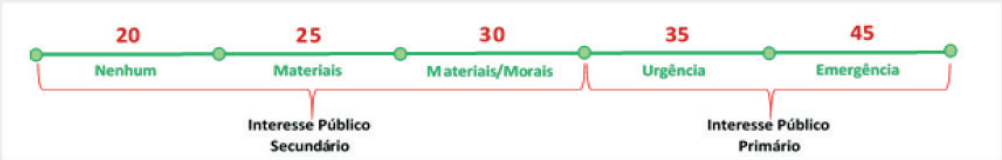


Por exemplo, considere-se uma obra originalmente prevista para ser concluída em 9 meses. Caso se opte pela rescisão e adotando cenário otimista, arbitra-se um tempo de retomada de 4 meses. O atraso é então obtido pela razão entre os 4 meses necessários para retomada dos serviços e os 9 meses próprios à conclusão da obra, ou seja, 44%. Transferindo esse percentual para a escala acima, será anotada a nota 5. Considere-se, ainda, o mesmo exemplo da obra prevista para ser concluída em 9 meses, mas agora com estimativa de tempo para retomada dos serviços de 6 meses (cenário mais realista). O atraso seria então de 67%, atribuindo-se uma nota 7 na escala ilustrada.

Assim, quanto maior o atraso estimado à retomada dos serviços, maior a pontuação na escala. Ou seja, quanto maior o tempo de retomada, mais próxima a Administração estará de optar pela alteração do contrato.

4.5.6 Nível de sacrifício do interesse público no caso de rescisão

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



O indicador considera interesses 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. Mais especificamente, recepciona-se o comando dado pelo artigo 24, IV, da Lei

Nº 8.666/93,[169] relacionado às hipóteses de dispensa de licitação "nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, [...]" (grifo do autor)

Situações emergenciais são aqui consideradas como aquelas onde a não intervenção poderá causar danos irreparáveis, notadamente as ameaças a vida, a integridade física e a propriedade das pessoas. Situações urgentes são aqui consideradas como aquelas onde o cenário necessita de intervenção dinâmica do poder público, porém, ainda não alcançou o nível emergencial. São as situações geradoras de prejuízos ao patrimônio de terceiros.

Por sua vez, os interesses públicos secundários residem em aspectos materiais do Estado e não atingem os interesses públicos primários de forma direta, bem como não se caracterizam como situações de urgência ou emergência. Nesses casos, poderão ocorrer meros dissabores às pessoas, como a demora à implantação de uma praça de lazer, até dificuldades que lhes causem transtornos, mas não impactam o *status quo* de seus patrimônios. São exemplos os custos permanentes de deslocamento de seus filhos enquanto a obra de uma escola não for concluída e a necessidade de convivência temporária em ambiente desarrumado em virtude da paralisação das obras.

4.5.7 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, representados pelos seguintes cenários:

Parâmetro	Cenário 01 MÍN. Sacrifício	Cenário 02 MÁX. Sacrifício
Capacidade do contratado (1 -10)	1	10
Custo da recisão do contrato (1 -10)	1	10
Percentual restante à conclusão (1 -10)	1	10
Tempo estimado de retomada (1 -10)	1	10
Nível de sacrifício à população (20 - 45)	20	45
TOTAL DE PONTOS	**24**	**85**

Em seguida, em que pese toda a fundamentação trazida no presente estudo, os marcos referencias de decisão terão sua dose de subjetividade, a qual sugere-se seja reservada à discricionariedade de cada gestor em face à sua própria realidade. Evidentemente, repise-se, os parâmetros adotados à decisão deverão ser detidamente motivados e justificados. Para esse estudo foram utilizadas as seguintes referências:

169 Equivalência com o artigo 75, VIII, da Lei Nº 14.133/21.

Soma de pontos entre 24 e 48: o contrato deverá ser rescindido.

Soma de pontos entre 49 e 85: o contrato deverá ser alterado.

Parâmetro	Cenário 01 MÍN. Sacrifício	Cenário 02 MÁX. Sacrifício
Capacidade do contratado (1 -10)	7	1
Custo da recisão do contrato (1 -10)	7	1
Percentual restante à conclusão (1 -10)	7	1
Tempo estimado de retomada (1 -10)	7	1
Nível de sacrifício à população (20 - 45)	20	45
TOTAL DE PONTOS	**48**	**49**

A lógica do marco de pontuação 48/49 tem como parâmetro uma situação emergencial, onde alguma garantia fundamental das pessoas está inegavelmente ameaçada. Tal cenário confere ao respectivo critério uma nota de partida de 45 (quarenta e cinco) pontos, de modo que, dada a pontuação mínima dos demais critérios ser sempre 1 (um), a soma final mínima para o indicador seria 49 (quarenta e nove) pontos. Esse, pois, o marco que autorizaria o gestor a proceder uma alteração contratual mesmo em projetos eivados de erros, falhas e omissões.

De modo razoável, de se notar que a outra ponta da nota de partida (20 pontos) exigirá uma média acima de 7 (sete) nos demais requisitos para alcançar os mesmos 49 (quarenta e nove) pontos, nível capaz de oferecer à Administração um bom patamar de convicção quanto a entrega do contrato a fim de evitar a paralisação das obras.

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

4.6 APLICAÇÃO DO INDICADOR EM CASOS REAIS

4.6.1 Caso 01 - Construção do Parque Paineiras de 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/RO, 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 de o 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. 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. As ilustrações a seguir demonstram o antes e o depois da intervenção.

A partir dos números mencionados no parágrafo anterior, é nítido visualizar a extrapolação dos limites percentuais de 25% previstos no Art. 65, § 2º, da Lei Nº 8.666/93. Importa anotar que no caso das supressões de serviços o contratado manifestou acordo. Esse o cenário em que os gestores deveriam decidir por alterar ou rescindir o contrato devido aos acréscimos e supressões necessárias à modificação do projeto original.

Procedendo o exercício de aplicação do indicador proposto, tem-se:

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, ...); **OK**

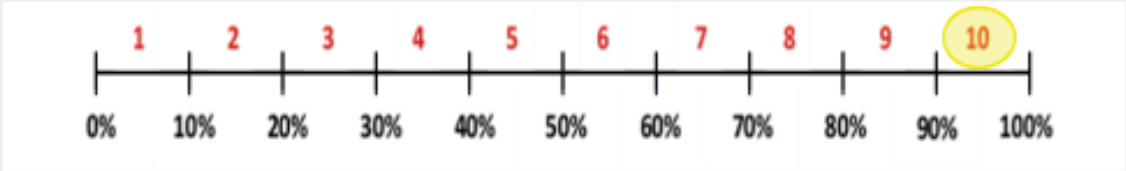
III - Correções que se fizerem necessárias em virtude de eventuais sobrepreços, jogos de planilha, jogos de cronograma, superdimensionamentos, entre outras impropriedades causadoras de superfaturamentos; **OK**

IV - Confirmação que os direitos do contratado estão assegurados, bem como sua anuência no caso de alterações de comum acordo; **OK**

V - Verificação da capacidade econômico-financeira da empresa para suportar o incremento contratual; **OK**

Capacidade técnico-operacional da contratada

No caso concreto a necessidade da Administração não sofreu alteração, 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 outras. O presente exercício não comporta tal nível de detalhamento, de forma far-se-á uso de indicador relativo derivado do Acórdão Nº 2.622/13 do Plenário

do TCU, o qual estabelece um percentual médio de custos com Administração Central (3,45%), Seguro+Garantia (0,48%), Riscos (0,85%) e Despesas Financeiras (0,85%). Totaliza-se uma estimativa de 5,63% para uma rescisão contratual seguida de nova licitação, de forma atribuir-se 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, bem como os aditamentos não provocaram extrapolação do valor pactuado. Dessa forma, são atribuídos 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 dias. Dessa sorte, estima-se o mesmo período para a eventual retomada dos serviços. Considerando que o prazo de execução das obras incluindo o aditamento foi de 811 dias, o atraso para retomada das obras seria de 33,91%. Assim, são atribuídos 4 (quatro) pontos para o quesito em análise.

Nível de sacrifício imposto à população em face da eventual rescisão

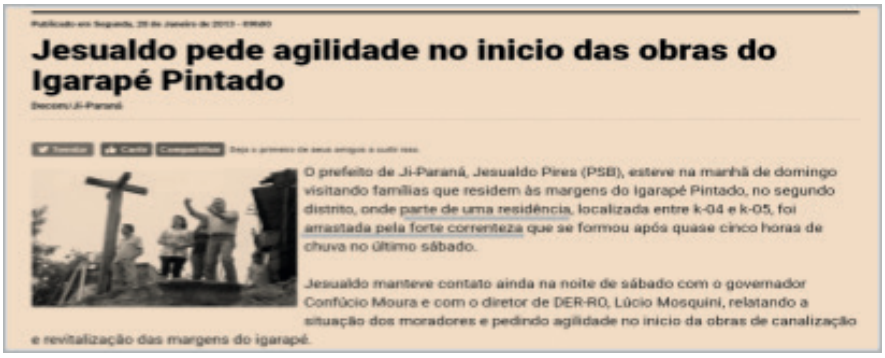
Repise-se que os interesses públicos primários são aqui considerados como aqueles que alcançam os direitos fundamentais dos cidadãos de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Nesse sentido, a reportagem/imagem onde o então prefeito municipal faz um apelo ao Governo do Estado (vide página seguinte), falam por si.[170] Assim, uma vez que claramente o cenário se caracteriza como uma situação emergencial, foram atribuídos 45 (quarenta e cinco) pontos como nota de partida à análise.

170 Disponível em: <https://www.rondoniagora.com/geral/jesualdo-pede-agilidade-no-inicio-das-obras-do-igarape-pintado>. Acessado em 16.06.2021.

Cálculo do indicador

Fazendo, pois, o somatório dos cinco critérios, alcança-se um total de 64 (sessenta e quatro) pontos. Assim, uma vez posicionado no intervalo entre 49 e 85 pontos, o indicador oferece supedâneo aos gestores públicos para promoverem uma ALTERAÇÃO contratual.

Parâmetro	Emergencial
Capacidade do contratado (1 -10)	10
Custo da recisão do contrato (1 -10)	3
Percentual restante à conclusão (1 -10)	2
Tempo estimado de retomada (1 -10)	4
Nível de sacrifício à população (20 - 45)	45
TOTAL DE PONTOS	**64**



Jesualdo pede agilidade no inicio das obras do Igarapé Pintado

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.

4.6.2 Caso 02 - Construção da Regional do TCE/RO

O projeto em destaque previa a Construção da Superintendência do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia TCE/RO no município de Cacoal. Para tanto, foi firmado o Contrato N° 016/TCE-RO/2009 num valor total de R$ 950.004,31. 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 objetivava permitir ao tribunal atender com maior proximidade os seus jurisdicionados. A ilustração a seguir demonstra a obra entregue.[171]

170 Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/nova/foto.asp?id=4110>. Acessado em 16.06.2021.

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 dos limites legalmente preconizados. Ao fim, com base nas alterações contratuais que se seguiram, o valor final alcançou o montante de R$ 1.321.292,55. Procedendo o exercício de aplicação do indicador proposto, tem-se:

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, ...); **OK**

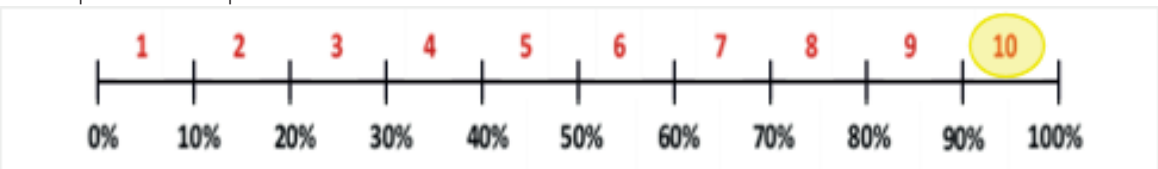
III - Correções que se fizerem necessárias em virtude de eventuais sobrepreços, jogos de planilha, jogos de cronograma, superdimensionamentos, entre outras impropriedades causadoras de superfaturamentos; **OK**

IV - Confirmação que os direitos do contratado estão assegurados, bem como sua anuência no caso de alterações de comum acordo; **OK**

V - Verificação da capacidade econômico-financeira da empresa para suportar o incremento contratual; **OK**

Capacidade técnico-operacional da contratada

No caso concreto a necessidade da Administração não sofreu alteração, sendo certo que a contratada dispunha de qualificação técnico-operacional adequada ao exigido à execução da obra, inclusive consideradas as modificações necessárias. 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, tal 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 outras. Assim sendo, adota-se o mesmo

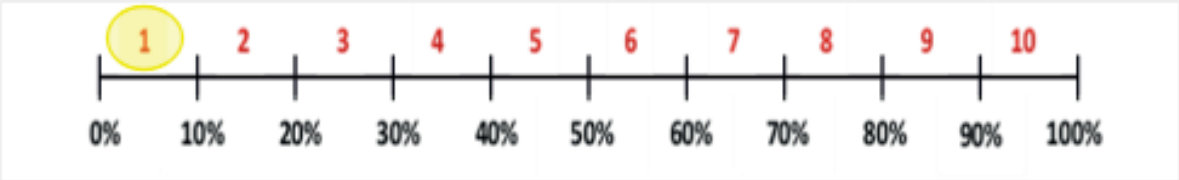
critério do caso anterior, contudo, nesse contrato específico os serviços sequer tinham tido início, de forma que o indicador relativo derivado de estudo do Tribunal de Contas da União (AC Nº 2.622/13-P) repousaria no percentual médio tão somente para custos com Administração Central (3,45%) e Riscos (0,85%), totalizando uma estimativa de 4,30% no caso de uma rescisão contratual seguida de nova licitação. De tal forma, atribuiu-se 3 pontos no quesito em análise.

Percentual de Avanço das Obras

O contrato em destaque apresentava 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 do processo administrativo 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. Dessa sorte, estima-se o mesmo período para a eventual retomada dos serviços. Considerando que o prazo de execução das obras incluindo o aditamento foi de 644 dias, o atraso para retomada das obras seria de 8,07%. 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 próprio Estado. Demora adicional pela obra em destaque não impõe sacrifício algum às pessoas, em nada afetando seu patrimônio ou interferindo a qualquer título em seu cotidiano. Portanto, são atribuídos 20 (vinte) pontos como nota de partida.

Cálculo do Indicador

Fazendo, pois, o somatório dos cinco critérios, alcança-se um total de 35 (trinta e cinco) pontos. Assim, uma vez posicionado no intervalo entre 24 e 48 pontos o indicador oferece supedâneo aos gestores públicos para promoverem uma RESCISÃO contratual.

Parâmetro	Nenhum sacrifício
Capacidade do contratado (1 -10)	10
Custo da recisão do contrato (1 -10)	3
Percentual restante à conclusão (1 -10)	1
Tempo estimado de retomada (1 -10)	1
Nível de sacrifício à população (20 - 45)	20
TOTAL DE PONTOS	**35**

4.7 CONCLUSÃO

Sob a óptica 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 permite uma validação inicial da hipótese defendida ao longo do estudo. Ou seja, quando a Lei não apresentar solução específica, a discricionariedade das decisões daqueles que detêm legitimidade deve preponderar. Não com base em entendimentos generalistas, mas munidos de metodologia que lhes ofereça segurança jurídica nos casos concretos.

PUBLICAÇÕES CBIC

PUBLICAÇÕES CBIC

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

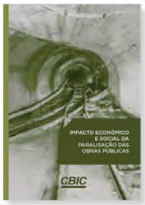
INFRAESTRUTURA

O Labirinto das Obras Públicas
2ª edição
Ano: 2022

O Impacto da Pandemia do Coronavírus nos Contratos de Obras Públicas
Ano: 2020

Seminário BNDES - Novo Ciclo de Investimentos em Infraestrutura e a Transparência na Construção Civil
Ano: 2019

Distribuição de Riscos nas Concessões Rodoviárias
Ano: 2018

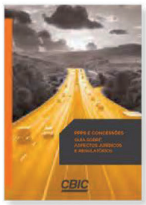


Impacto Econômico da Paralisação das Obras Públicas
Ano: 2018

Excelência em Gestão na Construção
Ano: 2017

Concessões e Parcerias Público-Privadas
Ano: 2019

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 Regiona 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

PAC - Radiografia dos Resultados 2007 a 2015
Ano: 2016

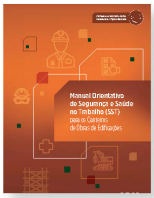
Encontro Internacional de Infraestrutura e PPPs (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2015

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

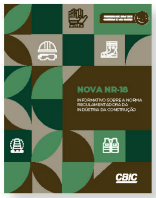
Proposta para Ampliar a Participação de Empresas 1ª Edição (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2015

Diálogos CBIC – TCU
Ano: 2014

POLÍTICAS TRABALHISTAS



Manual Orientativo de Segurança e Saúde no Trabalho (SST) para os Canteiros de Obras de Edificações
Ano: 2021



Nova NR-18
Informativo sobre a Norma Regulamentadora da Indústria da Construção
Ano: 2021

As Novas NRs e a Indústria da Construção
Ano: 2021

Novo Coronavírus: Recomendações para o Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção VOL 2
Ano: 2020

Novo Coronavírus: Recomendações para o Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção VOL 1
Ano: 2019

Novo Coronavírus: Recomendações para o Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção
Ano: 2020

As Novas NRs e a Indústria da Construção
Ano: 2020

Nova NR-18 para a Indústria da Construção
Ano: 2020

Segurança e Saúde do Trabalho na Indústria da Construção
Ano: 2019

Manual de Segurança e Saúde no Trabalho para Escavação da Indústria da Construção
Ano: 2019

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 – Relatório Completo
Ano: 2017

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

Guia para Gestão de Segurança nos Canteiros de Obras
Ano: 2017

Guia Orientativo de Incentivo à Formalidade
Ano: 2016

Guia Orientativo de Segurança
Ano: 2015

Guia Contrate Certo
Ano: 2014

OBRAS INDUSTRIAIS E CORPORATIVAS

Guia Prático de Gestão Compartilhada
Ano: 2020

O Segmento de Obras Industriais e Corporativas e o Coronavírus (COVID-19)
Ano: 2020

Indicadores de Gestão Compartilhada
Ano: 2020

Contratos de Empreitada na Construção
Ano: 2019

Bonificação e Despesas Indiretas nas Obras Industriais
Ano: 2019

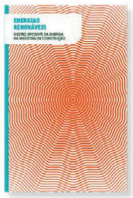
SUSTENTABILIDADE

Guia Orientativo - Normas de Conservação de Água, Fontes Alternativas Não Potáveis e Aproveitamento de Água de Chuva em Edificações

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

Energia na Construção
Ano: 2017

Gestão de Recursos Hídricos na Indústria 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 a 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

II Encontro Nacional Sobre Licenciamentos na Construção
Ano:2019

Letras Imobiliárias Garantidas e o Crédito Habitacional
Ano: 2017

Indicadores Imobiliários 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

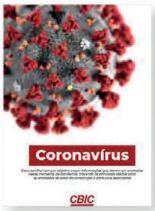
O Custo da Burocracia no Imóvel
Ano: 2015

I Encontro Nacional sobre Licenciamentos na Construção
Ano: 2015

JURÍDICO

Regime Especial de Tributação na Construção Civil
Ano: 2020

Recuperação Judicial - Conceitos Básicos
Ano: 2020



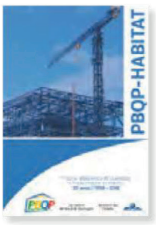
Cartilha CBIC sobre o Coronavírus
Ano: 2020

Novos Marcos Regulatório de Interface com a Construção Civil
Ano: 2019

Distrato na Incorporação Imobiliária
Ano: 2019

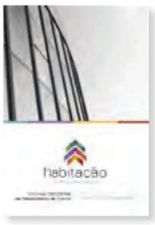
Desmistificando a Incorporação Imobiliária e o Patrimônio de Afetação
Ano: 2019

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

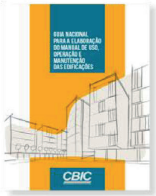
Cartilha – 10 Motivos para Evoluir com o BIM

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 Nacional para a Elaboração do Manual de Uso, Operação e Manutenção das Edificações
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 Formulação de Política, de Ciência, Tecnologia e Inovação para Indústria da Construção Civil
Ano: 2013

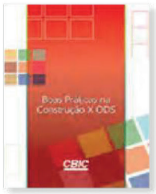
Desempenho de Edificações Habitacionais – Guia Orientativo para Atendimento à Norma ABNT NBR 15575/2013
Ano: 2013

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 & *Compliance* Volume I (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016

Ética & *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 91º ENIC
Ano: 2019

Relatório Técnico 90º ENIC
Ano: 2018

Relatório Técnico 89º ENIC
Ano: 2017

Relatório Técnico 88º ENIC
Ano: 2016

Relatório Técnico 87º ENIC
Ano: 2015

Relatório de Atividades – Julho 2014 a Julho 2017
Ano: 2014

CNI
SESI
SENAI
IEL

SENAI

Iniciativa da CNI - Confederação Nacional da Indústria

CBIC