



Regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia no RDC.

(o “padrão fifa” é legítimo?)

Por: Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Por: Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União

1. Introdução

Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

IV - empreitada integral; ou

V - contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no caput deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

§ 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 5º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

§ 6º No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o § 3º deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

§ 7º É vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia para cuja concretização tenha sido utilizado o RDC, qualquer que seja o regime adotado.



A execução indireta de obras e serviços foi assim batizada pelo Decreto-Lei nº 200/67, cujo art. 10, § 7º, dispunha que, para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração federal - a tal esfera restringia-se o DL 200/67 - haveria de desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que existente iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução.

A Lei nº 8.666/93, instituidora das normas gerais que passaram a disciplinar as licitações e contratações em todas as esferas da Administração pública brasileira, define a execução indireta como aquela que o órgão (administração direta) ou entidade (administração indireta, vale dizer, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista) contrata com terceiros obras e serviços, sob qualquer dos seguintes regimes: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa ou empreitada integral (art. 6º, VIII).

Na execução indireta, a Administração contrata recursos humanos, materiais e a *expertise* de sociedade empresarial privada para a consecução de seus objetivos públicos, por oposição à execução direta, mercê da qual tais objetivos são buscados com recursos organizacionais, humanos e materiais próprios da Administração. Assim¹:

A norma constitucional que estabelece o dever de licitar traduz política pública na medida em que pressupõe ser a competição seletiva isonômica aquela que habilita a Administração Pública, consultado o mercado, à identificação da proposta mais favorável à prestação de serviços, à execução de obras, à compra ou à alienação de bens. A competição reduz o risco da formação de cartéis e superiormente atende aos princípios nomeados na cabeça do art. 37 da CR/88. Também significa política que prefere a execução indireta, por terceiros, à direta, pelo próprio Estado, acreditando no potencial racionalizador dessa opção, seja por não dispor a Administração dos recursos necessários e suficientes para a execução com seus próprios meios, ou por considerar que os recursos de que disponha não seriam adequados, vale dizer, opção estratégica pela contratação de empresas do mercado.

A Lei do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) mantém essa opção estratégica e prevê cinco regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia: (a) empreitada por preço unitário; (b) empreitada por preço global; (c) contratação por tarefa; (d) empreitada integral; (e) contratação integrada.

Do sistema da Lei nº 8.666/93 extraem-se as definições daqueles quatro primeiros regimes:

a) empreitada por preço global (*execução da obra ou serviço em etapas*) – caracteriza-se pela execução da obra ou do serviço por preço certo e total. Na medida em que forem executadas as etapas definidas no cronograma físico, efetivam-se os pagamentos estipulados pelo cronograma financeiro. Ilustre-se com a construção de um edifício, sob o regime de empreitada por preço global: na medida em que cada etapa do objeto (a obra) seja executada, desde que atenda às especificações constantes do projeto básico, será efetivado o pagamento à contratada; assim, o cronograma físico especificará cada etapa da obra e o seu respectivo prazo da execução (fundações, estruturas, instalações, revestimentos etc.); ao final de cada etapa e mediante atestação de seu respectivo cumprimento, haverá a contraprestação financeira; logo, não é verdadeira a síntese de que, nesse regime de execução, são irrelevantes os valores orçados para cada etapa, importando apenas o valor global final; isto porque a cada etapa deve corresponder valor condizente com o seu respectivo custo, tal como previsto nas planilhas que integram o projeto básico;

b) empreitada por preço unitário (*execução da obra ou serviço medida em unidades*) – a execução da obra ou do serviço se dá por preço certo de unidades determinadas. Na medida em que forem executadas as unidades estabelecidas no cronograma físico, e desde que atendam às especificações

¹PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2012, p. 33.



exigidas no projeto básico, conferida por membro ou equipe de fiscalização do contrato, será efetivado o pagamento indicado pelo cronograma financeiro. Na hipótese da construção de edifício, o objeto da licitação é a obra, mas será possível dividir a sua execução em unidades determinadas e passíveis de medição autônoma. Por exemplo: o assentamento de determinado volume de metros cúbicos de concreto ou de determinada área de parede de alvenaria;

c) empreitada integral (*execução de todas as etapas da obra ou serviço e sua entrega em operação*) – a execução compreende todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de funcionar, atendidos os requisitos técnicos e legais para a sua utilização com segurança estrutural e operacional, adequada às finalidades para que foi contratada. Não basta concluir a obra. O escopo do contrato somente é atingido com o funcionamento do que se construiu, sob a responsabilidade ainda da contratada;

d) tarefa – é o regime adotado quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais. O objeto da licitação é a obra ou o serviço coincidente com a tarefa (levantamento de um muro, por exemplo). Dada a simplicidade da execução, é comum que a Administração forneça ao executante o material que este empregará na tarefa (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2012, p. 149-150).

No novel regime da contratação integrada - criatura do RDC, desconhecida da Lei Geral -, o vencedor da licitação incumbir-se-á das seguintes tarefas: elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, a execução dos serviços de engenharia e obras, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. À Administração Pública caberá desenvolver os estudos preliminares e elaborar o anteprojeto, contendo as informações necessárias e suficientes para os licitantes formularem suas propostas.

O sistema do RDC considera prioritários os regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada para a licitação e a contratação de obras e serviços de engenharia. Ou seja, privilegia os regimes de execução indireta em que o terceiro contratado, sob a forma de consórcio ou não, encarrega-se da integralidade do objeto, admitindo-se, desde que previsto no instrumento convocatório, a subcontratação de parte do objeto (art. 10 do Decreto nº 7.581/11: “*A possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia deverá estar prevista no instrumento convocatório*”).

Na licitação e contratação de outros serviços, que não os de engenharia, processadas segundo o RDC, não há prelação de regimes de execução, sendo da escolha discricionária do órgão ou da entidade licitante o regime aplicável, dentre os enumerados no art. 8º, desde que amparada tal escolha em critérios técnicos que a justifiquem, vale dizer, os motivos que respondem pela idoneidade e a pertinência da solução adotada, sob pena de invalidação do ato administrativo que a estabeleceu e de apuração de responsabilidades por opção que se mostre inadequada.

Vale conferir-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, aplicável também ao RDC, sobre as diferenças, vantagens e desvantagens do regime de empreitada por preço global e da empreitada por preço unitário, apresentadas também em quadro comparativo:

II – CARACTERIZAÇÃO DA EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL

8. Antes de iniciar a análise da empreitada por preço global, faz-se neste tópico uma breve introdução sobre o tema, apresentando a diferenciação entre a empreitada por preço global e a empreitada por preços unitários.

9. A Lei 8.666/1993 elenca os seguintes regimes de execução contratual: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa ou empreitada integral. Pela letra da lei, não fica claro como e quando utilizar cada um dos regimes de execução por empreitada definidos pelo legislador.

10. A escolha do regime de execução da obra não é decisão de livre arbítrio do gestor, visto que deve ser pautada pelo interesse público e estar sempre motivada, pois impactará as relações entre



contratado e contratante, as medições do contrato firmado, seus aditivos, entre outros fatores relacionados à gestão do empreendimento contratado. Decorre desse entendimento a constatação de que não existe, em tese, um regime de execução melhor que outro, e sim um regime que, no caso concreto, melhor atende ao interesse público.

II.i Empreitada por preço global

11. De acordo com a Lei 8.666/1993, utiliza-se a empreitada por preço global quando se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo e total. Esse regime é indicado quando os quantitativos dos serviços a serem executados puderem ser definidos com precisão. Por isso, pressupõe uma definição minuciosa de todos os componentes da obra, de modo que seus custos possam ser estimados com uma margem mínima de incerteza.

12. O artigo 47 da Lei 8.666/1993 exige que, nas contratações por preço global, a Administração disponibilize, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto licitado. Em outras palavras, deve haver projeto básico com alto grau de detalhamento, com o objetivo de minimizar os riscos a serem absorvidos pela contratada durante a execução contratual, o que resulta, por conseguinte, em menores preços ofertados pelos licitantes. A contratada poderá arcar com eventuais erros ou omissões na quantificação dos serviços, situação em que, em regra, não teria direito a aditivos contratuais de quantidades em caso de quantitativos subestimados por erro que pudesse ter sido detectado durante o processo licitatório.

13. Na empreitada por preço global, a remuneração da contratada é feita após a execução de cada etapa, previamente definida no cronograma físico-financeiro. As medições de campo das quantidades realizadas devem ser precisas apenas o suficiente para definir o percentual executado do projeto. Essa particularidade facilita a fiscalização da obra, já que esse critério de medição não envolve necessariamente o levantamento preciso dos quantitativos dos serviços executados.

14. Além disso, cabe ao fiscal assegurar a execução da obra em absoluta conformidade com o projeto e as especificações técnicas. Nesse sentido, não podem ser admitidos pagamentos por serviços executados em desconformidade com o estipulado, ensejando superfaturamento por serviços não executados ou por qualidade deficiente.

II.ii Empreitada por preço unitário

15. Segundo a Lei de Licitações e Contratos, a empreitada por preço unitário consiste na contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas. É utilizada sempre que os quantitativos a serem executados não puderem ser definidos com grande precisão.

16. Portanto, em que pese não ser necessário um grau de detalhamento de projeto no mesmo nível das empreitadas por preço global, o conceito de projeto básico definido no art. 6º da Lei 8.666/1993 deve ser respeitado com rigor.

17. Entretanto, não se deve pressupor que a existência de maior imprecisão nos quantitativos dos serviços implique, por si só, deficiência do projeto básico. Convém ressaltar que, mesmo em projetos bem elaborados, há serviços cujos quantitativos estão intrinsecamente sujeitos a um maior nível de imprecisão, como é o caso de serviços de movimentação de terra em rodovias e barragens. Por isso, recomenda-se que essas tipologias de obras sejam contratadas no regime de empreitada por preço unitário.

18. A remuneração da contratada, nesse regime, é feita em função das unidades de serviço efetivamente executadas, com os preços previamente definidos na planilha orçamentária da obra. Assim, o acompanhamento do empreendimento torna-se mais difícil e detalhado, já que se faz necessária a fiscalização sistemática dos serviços executados. Nesse caso, o contratado se obriga a executar cada unidade de serviço previamente definido por um determinado preço acordado. O construtor contrata apenas o preço unitário de cada serviço, recebendo pelas quantidades efetivamente executadas.



19. Em decorrência da ausência do risco de variação de quantitativos para o construtor, um contrato celebrado no regime de preços unitários pode ter um preço final ligeiramente menor. Porém, isso não significa, necessariamente, que esse regime de execução seja o mais econômico para a Administração, devido aos maiores custos decorrentes da fiscalização do contrato.

20. A precisão da medição dos quantitativos é muito mais crítica no regime de empreitada por preço unitário do que em contratos a preços globais, visto que as quantidades medidas no campo devem ser exatas, pois corresponderão, de fato, às quantidades a serem pagas. Portanto, as equipes de medição do proprietário devem ser mais cuidadosas e precisas em seus trabalhos, porque as quantidades medidas definirão o valor real do projeto.

21. O valor final do contrato sob o regime de empreitada por preço unitário pode oscilar para mais ou para menos, em relação ao originalmente contratado, em função da precisão das estimativas de quantitativos dos serviços.

22. Entende-se que na empreitada por preço unitário, pequenas variações de quantitativos de alguns serviços, para mais ou para menos, não demandam a formalização de um aditivo, desde que o valor final executado fique inferior ao valor contratado originalmente. Em que pese haver alguns precedentes do Tribunal contrários a tal entendimento, por exemplo, os Acórdãos Plenários 282/2008 e 1655/2010, considera-se que o pagamento dos serviços com pequenas discrepâncias em relação aos quantitativos originalmente estimados não infringe o art. 60 da Lei 8.666/93 e não pode ser caracterizado como contrato verbal. Afinal, há um contrato previamente formalizando o ajuste e, na empreitada por preço unitário, os quantitativos presentes na planilha orçamentária poderão variar para mais ou para menos, pois apenas os preços unitários foram ajustados entre as partes.

23. Os quadros a seguir, extraídos e adaptados do Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU, aprovado pela Portaria SEGECEX n. 38, de 08/11/2011, demonstram resumidamente, as vantagens, desvantagens e indicação de utilização do regime de empreitada por preço global e de empreitada por preço unitário:

EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO

VANTAGENS	DESVANTAGENS	INDICADA PARA:
<p>Pagamento apenas pelos serviços efetivamente executados;</p> <p>Apresenta menor risco para o construtor, na medida em que ele não assume risco quanto aos quantitativos de serviços (riscos geológicos do construtor são minimizados); e</p> <p>A obra pode ser licitada com um projeto com grau de detalhamento inferior ao exigido para uma empreitada por preço global ou integral.</p>	<p>Exige rigor nas medições dos serviços;</p> <p>Maior custo da Administração para acompanhamento da obra;</p> <p>Favorece o jogo de planilha;</p> <p>Necessidade frequente de aditivos, para inclusão de novos serviços ou alteração dos quantitativos dos serviços contratuais;</p> <p>O preço final do contrato é incerto, pois é baseado em estimativa de quantitativos que podem</p>	<p>Contratação de serviços de gerenciamento e supervisão de obras;</p> <p>Obras executadas "abaixo da terra" ou que apresentam incertezas intrínsecas nas estimativas de quantitativos, a exemplo de:</p> <ul style="list-style-type: none">- Execução de fundações, serviços de terraplanagem, desmontes de rocha, etc.;- Implantação, pavimentação, duplicação e restauração de rodovias;- Canais, barragens, adutoras, perímetros de irrigação, obras de saneamento;- Infraestrutura urbana;



	<p>variar durante a execução da obra;</p> <p>Exige que as partes renegociem preços unitários quando ocorrem alterações relevantes dos quantitativos contratados;</p> <p>e</p> <p>Não incentiva o cumprimento de prazos, pois o contratado recebe por tudo o que fez, mesmo atrasado.</p>	<p>- Obras portuárias, dragagem e derrocamento;</p> <p>- Reforma de edificações; - Poço artesiano.</p>
--	--	--

EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL

VANTAGENS	DESVANTAGENS	INDICADA PARA:
<p>Simplicidade nas medições (medições por etapa concluída);</p> <p>Menor custo para a Administração Pública na fiscalização da obra;</p> <p>Valor final do contrato é, em princípio, fixo;</p> <p>Restringe os pleitos do construtor e a assinatura de aditivos;</p> <p>Dificulta o jogo de planilha; e</p> <p>Incentiva o cumprimento de prazo, pois o contratado só recebe quando conclui uma etapa.</p>	<p>Como o construtor assume os riscos associados aos quantitativos de serviços, o valor global da proposta tende a ser superior se comparado com o regime de preços unitários;</p> <p>Tendência de haver maior percentual de riscos e imprevistos no BDI do construtor; e</p> <p>A licitação e contratação exige projeto básico com elevado grau de detalhamento dos serviços (art. 47 da Lei 8.666/1993).</p>	<p>Contratação de estudos e projetos;</p> <p>Elaboração de pareceres e laudos técnicos;</p> <p>Obras e serviços executados "acima da terra" que apresentam boa precisão na estimativa de quantitativos, a exemplo de:</p> <p>- Construção de edificações; e - Linhas de Transmissão.</p>

III – DA OPÇÃO PELO REGIME DE EPG

24. Como visto, o regime de EPG ganhou enorme importância no âmbito das contratações de obras públicas, notadamente após o surgimento do RDC e sua extensão às obras do PAC, tornando nítida a preferência que a Lei deu ao regime de EPG em detrimento do regime de empreitada por preço unitário (EPU). Na verdade, a lei instituidora do RDC exige que, ao optar pelo regime de EPU, o gestor justifique a inviabilidade da utilização dos demais regimes (Lei, 12.462, art. 8o, § 2o).



Portanto, a lei dá ao gestor o poder -dever de verificar se , em cada caso , é pertinente a adoção do regime de empreitada por preço global.

25. No regime de empreitada por preço global contrata-se a execução da obra ou do serviço por preço certo e total (Lei 8.666/93, art. 6º, VIII, “a”). Nessa linha, mostra-se interessante para obras cujo objeto , por sua natureza , possa ser projetado com margem mínima de incerteza acerca das variáveis intervenientes , de modo que o custo global, e o das etapas que o constituem , estejam estimados, também, com uma maior precisão. Em outras palavras:

(...) o regime de execução de empreitada por preço global é recomendado para obras de construções novas em que o projeto básico contemple todos os elementos e serviços a serem contratados , em nível de informação suficiente para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação e contenham sólido estudo de viabilidade técnica e legal, justificando e consolidando todas as etapas do objeto. [CROCE, J., MELLO, S. & AZEVEDO, W., Decisão por Empreitada Global ou Unitária em Obras Públicas de Reformas de Edificações – Monografia apresentada ao departamento de engenharia civil da PUC-RJ, 2008]

26. Nesse contexto, convém mencionar o caput do art. 5º do PLS 56/2011, de autoria do Senador Pedro Taques, que tramita no Senado Federal e trata de normas relacionadas à responsabilização na contratação de obras públicas . O referido projeto de lei traz importantes contribuições sobre as condições para utilização da empreitada por preço global:

Art. 5º A empreitada por preço global, prevista no art. 6, inciso VIII, alínea “a”, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, deve ser utilizada quando se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo e total, exigindo que os quantitativos dos serviços a serem executados possam ser definidos com precisão, pressupondo-se uma definição minuciosa de todos os componentes da obra. (destaques acrescidos).

27. PINI & CARVALHO também defendem a necessidade de maior definição da obra como requisito para a contratação em regimes de empreitada por preço global:

Assim, o regime de preço global (mais favorável ao contratante) deveria ser adotado, em situações de elevado grau de definição da obra.

(...)

Há que se considerar também a incompatibilidade de regimes de contratação com os graus de definição do que se quer executar. Executar uma obra por regime de preço global, com muitas indefinições, implicará conflito entre as partes . O preço estará subdimensionado , sob a óptica do construtor, para suportar os diversos serviços presumíveis , os quais o contratante supostamente julgaria estarem considerados no preço ofertado. Sob a óptica do contratante , o preço terá uma onerosidade excessiva porque o construtor tende a abranger, no preço ofertado, valores para cobrir presumibilidades que possam ocorrer ao longo do processo de execução da obra. [CARVALHO, Luiz F. e PINI , Mário S ., Como remunerar fatos presumíveis ? Artigo obtido em: <http://www.infraestruturaurbana.com.br/solucoes- tecnicas/14/artigo256272-2.asp> em 10/10/2012.]

28. Conforme LIMMER [LIMMER, Carl Vicente – Planejamento, Orçamento e Controle de Projetos e Obras, 1997, Editora LTC, p. 158], na contratação por preço global (contrato de preço fixo, com valor imutável em moeda constante), pressupõe-se uma definição minuciosa de todos os componentes da obra, de modo que seus custos possam ser estimados com uma margem mínima de incerteza.

29. Em resumo, pode-se afirmar que a conveniência de se adotar o regime de empreitada por preço global diminui à medida que se eleva o nível de incerteza sobre o objeto a ser contratado .

30. Nas obras civis, uma das principais fontes de incertezas reside nas características geotécnicas do solo no qual será implantado o empreendimento . Tal incerteza aumenta consideravelmente em função da extensão de área do empreendimento . Assim, por exemplo, as incertezas relativas às características geotécnicas de um sítio que será alagado por uma barragem , ou de uma estrada que será implantada em uma extensão de 100 km, são evidentemente maiores do que as incertezas que



cercam a execução de uma edificação que será erguida em um terreno confinado de dimensões 100 m x 100 m, cuja prospecção do subsolo pode ser realizada com nível de precisão até mesmo maior do que o recomendado em norma técnica, se disso resultar em precisão maior do projeto.

31. Em outro entendimento, o Tribunal tem considerado, por exemplo, que a utilização de empreitada por preço global em obras de restauração e manutenção rodoviárias é inadequada, conforme se deduz do Acórdão 3.260/2011:

9.2. dar ciência ao [...] de que:

9.2.1. embora o regime de empreitada por preços globais tenha previsão explícita da Lei de Licitações e, em razão disso, não se possa considerá-lo propriamente ilegal, as obras de restauração e manutenção rodoviária, por suas características, e considerando o histórico de desalinhamento dos projetos ao art. 47 da Lei 8.666/93, não são indicadas para esse regime de contratação; (Acórdão 3.260/2011 – TCU – Plenário)

32. Em suma, conclui-se que, a princípio, não é recomendável que todas as obras sejam licitadas pelo regime de empreitada por preço global. Caberá ao gestor diligente avaliar a situação concreta e, se for o caso, especialmente quando houver incertezas consideráveis em relação ao objeto, justificar a não aplicabilidade do regime de EPG àquela obra.

[...]

9. Acórdão:

9.1.1. a escolha do regime de execução contratual pelo gestor deve estar fundamentada nos autos do processo licitatório, em prestígio ao definido no art. 50 da Lei 9.784/99; [...]

9.1.3. a empreitada por preço global, em regra, em razão de a liquidação de despesas não envolver, necessariamente, a medição unitária dos quantitativos de cada serviço na planilha orçamentária, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea 'a', da Lei 8.666/93, deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras;

9.1.4. nas situações em que, mesmo diante de objeto com imprecisão intrínseca de quantitativos, tal qual asseverado no item 9.1.3. supra, se preferir a utilização da empreitada por preço global, deve ser justificada, no bojo do processo licitatório, a vantagem dessa transferência maior de riscos para o particular – e, conseqüentemente, maiores preços ofertados – em termos técnicos, econômicos ou outro objetivamente motivado, bem assim como os impactos decorrentes desses riscos na composição do orçamento da obra, em especial a taxa de BDI – Bonificação e Despesas Indiretas; [...]

9.2. nos contratos executados mediante o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicam-se, no que couber, os entendimentos expressos nesta decisão, por força do disposto no art. 2º, inciso II; art. 8º, § 10; art. 39; art. 45, inciso I, alínea "b" e art. 63, todos da Lei 12.462/2011, como também no Acórdão 1.510/2013-Plenário, mormente no que se refere à necessidade de estabelecer uma matriz de riscos, a explicitar as exatas responsabilidades e encargos a serem assumidos pelos particulares – inclusive no que se refere a erros quantitativos; (Acórdão nº 1977/2013 – Plenário, Relator Min. Valmir Campelo, Processo nº 044.312/2012-1).

Para a execução indireta de obras ou serviços de engenharia que se meçam por unidades, ou na hipótese de ser viável contratar-se a execução de pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais, os regimes adequados, respectivamente, serão a empreitada por preço unitário ou a contratação por tarefa, silente a Lei do RDC quanto à ordem de preferência entre esses dois regimes. A decisão por um ou outro encontrará suporte nas características da obra ou do serviço de engenharia, também



explicitando-se, nos autos do respectivo processo licitatório, os motivos determinantes da escolha, que nada mais retratará do que uma relação de adequação entre as características da obra ou do serviço e o regime de execução que lhe seja próprio.

Qualquer que seja o regime adotado, dentre os elencados no art. 8º, exige-se - reitere-se por sua relevância na gestão pública republicana, comprometida com o princípio da eficiência -, a motivação (enunciação expressa dos motivos nos autos do processo), sustentada em critérios técnicos, colhidos de pareceres ou laudos expedidos por profissionais qualificados, a evidenciar ser esta ou aquela a solução que superiormente atende ao interesse público. A falta ou a imperfeição dessa motivação, quer resulte ou não em dano à Administração, será sempre geradora do dever jurídico administrativo de rever o ato, apurar responsabilidades e impor as sanções a que se ajustar o caso concreto.

Tal o cenário que o presente texto intentará descortinar em seus mais assinaláveis desdobramentos.

2. A estimativa do custo global

De acordo com os §§ 3º e 4º do art. 8º da Lei do RDC, o custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), na hipótese de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), na hipótese de obras e serviços rodoviários. Acaso inviável a aplicação dos sistemas indicados, a estimativa do custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados constantes de tabelas formalmente aprovadas por órgãos ou entidades da Administração Pública federal e veiculadas por publicações técnicas especializadas, bem como de sistema específico instituído para o setor ou de pesquisa de mercado.

Na Lei nº 12.708/12 - a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União para o exercício de 2013 -, também há previsão acerca dos custos estimados para obras e serviços de engenharia (global e unitários), a partir de consultas aos sistemas indicados no art. 8º da Lei nº 12.462/11 (Sinapi e Sicro). A mesma LDO faculta ao órgão ou à entidade pública desenvolver sistemas de referência de custos, na hipótese de incompatibilidade daqueles (Sinapi e Sicro) com o caso concreto, podendo considerar especificidades locais ou projetos na elaboração das respectivas composições de custos, desde que demonstrada, em relatório técnico firmado por profissionais habilitados, a pertinência dos ajustes para obras ou serviços de engenharia, por isto que se deve exigir, na elaboração das planilhas orçamentárias, a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART². Confirma-se o regramento da Lei nº 12.708/12:

² Súmula nº 260 do TCU: É dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas.

Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia, compete aos gestores públicos exigir, a cada etapa (projeto, execução, supervisão e fiscalização), as respectivas Anotações de Responsabilidade Técnica, sob pena de responsabilização. Em autos de Prestação de Contas Simplificada, exercício de 2009, do [...] fora verificado, dentre outros apontamentos, o desabamento da estrutura de um galpão da Unidade Educativa de Produção, em consequência de irregularidades na contratação e na execução da obra, e a inutilização de outros três. Realizado o contraditório, a relatora anotou que a conduta do diretor-geral do [...] fora decisiva para a ocorrência das irregularidades, que acarretou dano ao erário, em especial porque (i) autorizou a realização de licitação e a contratação das empresas baseado em projeto básico apócrifo, (ii) permitiu a execução da obra e pagamentos sem as Anotações de Responsabilidade Técnica – ART do projeto básico e do orçamento da licitação e (iii) designou como fiscais das obras servidores sem qualificação para o encargo. No entendimento da relatora, o diretor-geral, ao agir dessa maneira “*assumiu para si toda a responsabilidade pela coerência e suficiência das informações contidas naquele importante documento*”. A propósito, lançou mão do parecer exarado pelo representante do Ministério Público que, alicerçado na legislação e na jurisprudência incidente, anotou: “*deveria o gestor público ter exigido, nos termos da lei, a apresentação de ART referente ao projeto básico em questão, sendo que a sua inexistência fez recair sobre o mesmo, autoridade que homologou o processo licitatório, a responsabilidade por eventual deficiência de projeto ... Ademais, jurisprudência do TCU há muito se mostra pacífica acerca da obrigatoriedade de exigência, por parte do gestor público, da apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia. Nesse sentido, inclusive, foi publicada a Súmula/TCU n. 260 ...*”. Também recorrendo ao parecer do MP, a relatora entendeu não ser possível afastar a responsabilidade das empresas executoras: “*o simples fato de terem executado obras de engenharia sem a apresentação da competente Anotação de Responsabilidade Técnica - ART faz recair sobre as empresas contratadas a responsabilidade sobre os defeitos, vícios ou incorreções, resultantes da elaboração e execução do projeto de engenharia em questão*”. Nesse sentido, acolhendo proposta da relatora, o Tribunal julgou irregulares as contas do gestor, condenando-o ao recolhimento dos



Art. 102. O custo global das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal e pelo IBGE, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias - SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

§ 1º O disposto neste artigo não impede que a administração federal desenvolva sistemas de referência de custos, aplicáveis no caso de incompatibilidade de adoção daqueles de que trata o caput, incorporando-se às composições de custo unitário desses sistemas, sempre que possível, os custos de insumos constantes do SINAPI e do SICRO, devendo sua necessidade ser demonstrada por justificativa técnica elaborada pelo órgão mantenedor do novo sistema, o qual deve ser aprovado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e divulgado pela internet.

§ 2º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no *caput* deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 3º Na elaboração dos orçamentos-base, os órgãos e entidades da administração pública federal poderão considerar especificidades locais ou de projetos na elaboração das respectivas composições de custos unitários, desde que demonstrada, em relatório técnico elaborado por profissional habilitado, a pertinência dos ajustes para obras ou serviços de engenharia a ser orçada.

O Decreto nº 7.983/13 - alheio ao RDC -, ao estabelecer critérios para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos orçamentários da União, adota disposições similares às da Lei nº 12.708/12. Assim:

Art. 3º O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 4º O custo global de referência dos serviços e obras de infraestrutura de transportes será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema de Custos Referenciais de Obras - Sicro, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.

Art. 5º O disposto nos arts. 3º e 4º não impede que os órgãos e entidades da administração pública federal desenvolvam novos sistemas de referência de custos, desde que demonstrem sua necessidade por meio de justificativa técnica e os submetam à aprovação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

débitos apurados, dois deles solidariamente com as empresas contratadas, aplicando-lhes, individualmente, a multa capitulada no art. 57 da Lei 8.443/92. (Acórdão nº 4790/2013 – Segunda Câmara, Rel. Min. Ana Arraes, Processo nº 020.190/2010-7, TCU)



Parágrafo único. Os novos sistemas de referência de custos somente serão aplicáveis no caso de incompatibilidade de adoção dos sistemas referidos nos arts. 3º e 4º, incorporando-se às suas composições de custo unitário os custos de insumos constantes do Sinapi e Sicro.

Art. 6º Em caso de inviabilidade da definição dos custos conforme o disposto nos arts. 3º, 4º e 5º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

Art. 7º Os órgãos e entidades responsáveis por sistemas de referência deverão mantê-los atualizados e divulgá-los na internet.

Art. 8º Na elaboração dos orçamentos de referência, os órgãos e entidades da administração pública federal poderão adotar especificidades locais ou de projeto na elaboração das respectivas composições de custo unitário, desde que demonstrada a pertinência dos ajustes para a obra ou serviço de engenharia a ser orçado em relatório técnico elaborado por profissional habilitado.

Parágrafo único. Os custos unitários de referência da administração pública poderão, somente em condições especiais justificadas em relatório técnico elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, exceder os seus correspondentes do sistema de referência adotado na forma deste Decreto, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle, dispensada a compensação em qualquer outro serviço do orçamento de referência.

O Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi) e a tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro) são, destarte, ferramentas oficiais com que conta a Administração federal na elaboração dos orçamentos para obras e serviços de engenharia licitados segundo o RDC. Nada obstante a omissão da Lei nº 12.462/11, nada impede que o órgão ou a entidade pública licitante desenvolva sistemas de referência de custos, se inservíveis o Sinapi e o Sicro no caso concreto, ou, ainda, elabore orçamentos-base e as respectivas composições de custos unitários, consideradas as especificidades locais ou de projetos, desde que demonstrada, em relatório técnico firmado por profissionais habilitados, a pertinência dos ajustes para a obra ou o serviço de engenharia, por aplicação subsidiária da LDO.

O orçamento estimado das obras e serviços de engenharia será aquele resultante da composição dos custos unitários diretos do sistema de referência utilizado, acrescido do percentual de BDI de referência, ressalvado o disposto no art. 9º da Lei nº 12.462/11, para o regime de contratação integrada (art. 42, § 6º, do Decreto nº 7.581/11).

Veja-se também a Súmula 258 do Tribunal de Contas da União:

As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão 'verba' ou de unidades genéricas.

E, ainda, as Súmulas 254 e 253, respectivamente:

O IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

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



Nas contratações por administrações municipais, estaduais ou do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

A aferição da proposta apresentada pelo licitante tomará como base os custos globais e unitários orçados com supedâneo nas referências indicadas no art. 8º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 12.462/11 e manejados os mecanismos de aferição de custos elencados no art. 102 da Lei nº 12.708/12 (LDO de 2013), utilizados de forma subsidiária.

De acordo com o art. 42, § 1º, do Decreto nº 7.581/11, o valor global da proposta não poderá superar o orçamento estimado pela Administração com base nos parâmetros previstos nos §§ 3º e 4º ou 6º, do art. 8º, da Lei nº 12.462/11. É que, refletindo de modo veraz os preços praticados pelo mercado, o orçamento-base ensejará, eficazmente, a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, assegurada a economicidade da contratação.

2.1 estimativa de custo no regime de contratação integrada

O Decreto nº 7.581/11 dispõe sobre a composição de custos no regime de contratação integrada nos seguintes dispositivos:

Art. 42 [...]

§ 6º O orçamento estimado das obras e serviços de engenharia será aquele resultante da composição dos custos unitários diretos do sistema de referência utilizado, acrescida do percentual de BDI de referência, ressalvado o disposto no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, para o regime de contratação integrada.

O art. 66, § 4º, do mesmo Decreto, reza que:

O disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.462 não se aplica à determinação do custo global para execução das obras e serviços de engenharia contratados mediante o regime de contratação integrada.

O § 3º do art. 8º da Lei nº 12.462/11, por sua vez, estatui que:

O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

No regime de contratação integrada, pois, o custo estimado do objeto não será obtido a partir do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, nem na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários. O valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica, conforme estabelece o art. 9º, § 2º, II, da Lei nº 12.462/11.

A determinação acima, sobre o custo estimado do objeto no regime de contratação integrada, repete-se no Decreto nº 7.581/11, *verbis*:

Art. 75. O orçamento e o preço total para a contratação serão estimados com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em contratações similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.



Não é necessário, pois, inserir no instrumento convocatório, a exigência de que os licitantes apresentem, em suas propostas, a composição analítica do percentual dos Benefícios e Despesas Indiretas - BDI e dos Encargos Sociais - ES, com a discriminação de todas as parcelas que o compõem (art. 8º, § 2º, II, do Decreto nº 7.581/11).

O mesmo Decreto estabelece, ainda, que no regime de contratação integrada, quando da elaboração do orçamento estimado, na forma prevista no *caput* do art. 75, poderá ser considerada taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, devendo a referida taxa ser motivada de acordo com metodologia definida em ato do Ministério supervisor ou da entidade contratante. A taxa de risco não integrará a parcela de benefícios e despesas indiretas - BDI do orçamento estimado, devendo ser considerada apenas para efeito de análise de aceitabilidade das propostas ofertadas no processo licitatório (art. 75, §§ 1º e 2º).

Nesse regime (contratação integrada) devem estar previstos no instrumento convocatório critérios de aceitabilidade por etapa, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado na forma prevista no art. 9º da Lei nº 12.462/11 e compatíveis com o cronograma físico do objeto licitado. O licitante que ofertar a melhor proposta deverá apresentar o valor do lance vencedor distribuído pelas etapas do cronograma físico, definido no ato de convocação e compatível com o critério de aceitabilidade por etapas (art. 40, § 3º, do Decreto nº 7.581/11).

O valor global da proposta ofertada pelo licitante, segundo o art. 42, § 1º, do Decreto nº 7.581/11, não poderá superar o orçamento estimado pela administração pública, definido na forma estabelecida no art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei nº 12.462/11 (o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica).

3. Aceitação das propostas de preço nos regimes de empreitada por preço unitário e de tarefa

Dispõe o Decreto nº 7.581/11 sobre a aceitação das propostas ofertadas por licitantes, nos regimes de empreitada por preço unitário e de tarefa:

Art. 42 [...]

§ 2º No caso de adoção do regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas não podem exceder os custos unitários estabelecidos no orçamento estimado pela administração pública, observadas as seguintes condições:

I - serão considerados itens materialmente relevantes aqueles de maior impacto no valor total da proposta e que, somados, representem pelo menos oitenta por cento do valor total do orçamento estimado ou que sejam considerados essenciais à funcionalidade da obra ou do serviço de engenharia; e

II - em situações especiais, devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado aprovado pela administração pública, poderão ser aceitos custos unitários superiores àqueles constantes do orçamento estimado em relação aos itens materialmente relevantes, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle, dispensada a compensação em qualquer outro serviço do orçamento de referência;

§ 3º Se o relatório técnico de que trata o inciso II do §2º não for aprovado pela administração pública, aplica-se o disposto no art. 62, salvo se o licitante apresentar nova proposta, com adequação dos custos unitários propostos aos limites previstos no §2º, sem alteração do valor global da proposta.

Deduz-se que, nos regimes de empreitada por preço unitário e de contratação por tarefa, o critério de aceitabilidade das propostas concernentes aos itens materialmente relevantes basear-se-á no preço



máximo³ fixado, ou seja, não serão admitidas propostas de preços superiores aos fixados pela Administração no instrumento convocatório. E assim se deduz porque a norma veda que os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas excedam os custos unitários estabelecidos no orçamento estimado pela Administração. Para os itens considerados não relevantes, o critério de aceitabilidade das propostas poderá basear-se na compatibilidade com os custos unitários estimados no instrumento convocatório, ou seja, admite-se uma margem de oscilação superior nas propostas apresentadas pelos licitantes em relação aos custos estimados pela Administração.

Excepcionalmente, em situações especiais e em relação aos itens materialmente relevantes, podem ser aceitas propostas com custos unitários superiores àqueles constantes do orçamento estimado pela Administração, desde que o licitante comprove situação especial mediante relatório técnico circunstanciado, aprovado pela Administração. Se não alcançar a aprovação, é facultado ao licitante apresentar nova proposta, com adequação dos custos unitários propostos aos limites estabelecidos no instrumento convocatório para os itens relevantes, sem alteração do valor global da proposta.

A rigor, preside tal hipótese a lógica adotada nos verbetes 262 e 263, da Súmula do Tribunal de Contas da União, segundos os quais, embora em situações diversas, “O critério definido no art. 48, inciso II, 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 mostrar a exequibilidade de sua proposta”; e “Para comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras e serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

Não acolhida a situação especial apontada pelo licitante, ou não se tendo este valido da opção de ajustar os custos unitários propostos aos limites estabelecidos no instrumento convocatório para os itens relevantes, o caminho para a Administração será o de optar pela (a) revogação da licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei nº 8.666/93 e no Decreto nº 7.581/11; ou (b) por convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor. Nessa hipótese, se nenhum dos licitantes aceitar a contratação nas condições da proposta vencedora, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições por eles ofertadas, desde que em valor igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados, nos termos do instrumento convocatório. A alternativa lembra a hipótese de dispensa de licitação definida no art. 24, XI, da Lei nº 8.666/93, mas dela diverge ao admitir a possibilidade de contratar-se por valor diverso, e não apenas “corrigido”, daquele cotado pela proposta vencedora.

Entenda-se por “situação especial” aquela que seja portadora de peculiaridades que a afastem dos parâmetros usuais de mercado.

Daí a importância de produzir-se o orçamento-base com fidedignidade aos custos constantes em sistemas oficiais ou em outros sistemas existentes e aceitos pelos tribunais de contas, seja qual for o regime de execução. Quando, em razão da natureza da obra ou do serviço de engenharia, os custos unitários forem incompatíveis com os apresentados nos referidos sistemas ou, ainda, neles inexistentes, as demais formas de aferição de custos postas à disposição da Administração deverão ser manejadas de modo a verdadeiramente refletir os preços praticados pelo mercado, a prevenir a aceitação de proposta superfaturada ou em descompasso com a capacidade ordinária do mercado de atender às especificações justificadamente desejadas pela Administração.

Na aferição do valor do objeto da licitação (também o da contratação direta), segundo os preços praticados no mercado, podem ser utilizadas as seguintes fontes de consulta de preços: (a) os obtidos em recentes contratações de objetos assemelhados; (b) os praticados em outros contratos da Administração Pública e também por entidades privadas, desde que em condições semelhantes; (c) os praticados no balcão de empresas do ramo do objeto, apurados inclusive por meio telefônico ou eletrônico, certificando-se, o

³ Súmula nº 259 do TCU: Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.



agente responsável, de registrar a razão social da empresa consultada, a data da consulta e nome de quem prestou a informação, entre outros dados; (d) os fixados por órgão oficial competente ou constantes de sistema de registro de preços; (e) os constantes de publicações especializadas, se for o caso; e (f) os extraídos da internet.

Tais fontes não se excluem. Ao contrário, se complementam e devem ser todas trazidas aos autos do respectivo processo em cada caso, com o fim de ampliar a pesquisa e referendar o paradigma representativo dos preços praticados no mercado, ao que orienta o Manual de Convênios do Tribunal de Contas da União, fixando conceito que se pode estender às licitações e contratações realizadas com base no RDC, *verbis*:

Para calcular o custo do objeto proposto, o interessado deverá realizar prévias pesquisas de preços no mercado fornecedor dos produtos ou dos serviços pleiteados. Também poderá se valer de informações contidas em bancos de dados informatizados, pesquisas na internet, publicações especializadas e outras fontes.

Averbe-se a jurisprudência da Corte de Contas da União sobre as diversas fontes de pesquisa de preço, para fins de estimar o valor do objeto a ser licitado ou contratado:

6. Para a estimativa do preço a ser contratado, é necessário consultar as fontes de pesquisa que sejam capazes de representar o mercado. A propósito, o Voto que conduziu o Acórdão 2.170/2007 - TCU - Plenário, citado no relatório de auditoria, indica exemplos de fontes de pesquisa de preço: "Esse conjunto de preços ao qual me referi como 'cesta de preços aceitáveis' pode ser oriundo, por exemplo, de pesquisas junto a fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos - inclusive aqueles constantes no Comprasnet -, valores registrados em atas de SRP, entre outras fontes disponíveis tanto para os gestores como para os órgãos de controle - a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública -, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado." (Acórdão nº 868/2013, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, Processo nº 002.989/2013-1).

Sublinhe-se a parte final do julgado: independentemente das fontes utilizadas para a consulta de preços, devem ser desprezadas aquelas que, manifestamente, não representem a realidade do mercado. Por evidente que, se computadas, tais fontes deformariam o cálculo da mediana e poderiam conduzir a Administração a aceitar preços excessivos.

4. Aceitação das propostas de preço nos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral

De acordo com o art. 42, § 4º, do Decreto nº 7.581/11, quando adotados os regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, serão observadas as seguintes condições: (a) no cálculo do valor da proposta, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles previstos nos §§ 3º e 4º ou 6º, do art. 8º, da Lei nº 12.462/11, desde que o valor global da proposta e o valor de cada etapa prevista no cronograma físico-financeiro sejam iguais ou inferiores aos valores calculados a partir do sistema de referência utilizado; (b) em situações especiais, devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado, aprovado pela Administração, os valores das etapas do cronograma físico-financeiro poderão exceder o limite fixado com base no sistema de referência utilizado; e (c) as alterações contratuais, sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico, não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato.



4.1 aditamento a contratos de execução de obras ou serviços de engenharia, sob empreitada por preço global

Nos aditamentos a contratos de execução de obras ou serviços de engenharia por empreitada por preço global, sob o RDC, aplicam-se as disposições previstas no art. 102, § 6º, da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 12.708/12), disposições essas que vêm sendo repetidas há alguns anos nos textos das LDO.

Confira-se:

Art. 102 [...]

§ 6º No caso de adoção do regime de empreitada por preço global, previsto no art. 60, inciso VIII, alínea “a”, da Lei no 8.666, de 1993, devem ser observadas as seguintes disposições:

I - na formação do preço que constará das propostas dos licitantes, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles fixados no caput, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, observado o § 7º, fique igual ou abaixo do valor calculado a partir do sistema de referência utilizado, assegurado ao controle interno e externo o acesso irrestrito a essas informações para fins de verificação da observância deste inciso;

II - o contrato deverá conter cronograma físico-financeiro com a especificação física completa das etapas necessárias à medição, ao monitoramento e ao controle das obras, não se aplicando, a partir da assinatura do contrato e para efeito de execução, medição, monitoramento, fiscalização e auditoria, os custos unitários da planilha de formação do preço;

III - mantidos os critérios estabelecidos no caput, deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto básico, sendo que as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, 10% (dez por cento) do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite do § 10 do art. 65 da Lei no 8.666, de 1993;

IV - a formação do preço dos aditivos contratuais contará com orçamento específico detalhado em planilhas elaboradas pelo órgão ou entidade responsável pela licitação, mantendo-se, em qualquer aditivo contratual, a proporcionalidade da diferença entre o valor

global estimado pela administração nos termos deste artigo e o valor global contratado,

mantidos os limites do art. 65, § 10, da Lei no 8.666, de 1993;

V - na situação prevista no inciso IV deste parágrafo, uma vez formalizada a alteração contratual, não se aplicam, para efeito de execução, medição, monitoramento, fiscalização e auditoria, os custos unitários da planilha de formação do preço do edital, assegurado ao controle interno e externo o acesso irrestrito a essas informações para fins de verificação da observância dos incisos I e IV deste parágrafo; e

VI - somente em condições especiais, devidamente justificadas em relatório técnico circunstanciado, elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, poderão os custos das etapas do cronograma físico-financeiro exceder o limite fixado nos incisos I e IV deste parágrafo, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo.

O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1977/2013 – Plenário, apresenta e esclarece as situações que ensejam aditamentos a contratos executados sob o regime de empreitada por preço global, bem como a admissibilidade pelo órgão contratante nas diferentes situações que elenca:

VI – DA ADMISSIBILIDADE DE ADITIVOS EM EPG



55. Como regra geral, mas sempre de modo justificado, admite-se aditivo em contratos regidos por qualquer regime de execução contratual, haja vista que a Lei 8.666/93 não fez nenhuma distinção ou ressalva sobre o assunto:

Art. 65. 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;

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

56. Também, não se deve perder de vista a harmonização entre o art. 65 e o art. 58 do Estatuto das Licitações:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

57. O fundamento norteador dos mencionados dispositivos legais é o inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal que, entre outros comandos, preconiza que devem ser mantidas as condições efetivas da proposta, em atendimento ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, tanto do particular quanto da Administração.

58. Desse modo, parece não haver dúvidas de que nos casos em que a Administração demanda as alterações, ou acontecem “fatos imprevisíveis”, o aditivo é devido, em respeito ao multicitado “equilíbrio contratual”. As maiores celeumas doutrinárias ocorrem, na verdade, quando o contratado solicita o aditivo com o argumento de que houve erro de projeto, de orçamento ou de quantitativos quando da licitação. Exemplo dessa controvérsia é tratado no livro de CAMPELO & CAVALCANTE:

Questão polêmica – e de posicionamento jurisprudencial conflitante no TCU – é o tratamento a ser dado aos termos aditivos contratuais em um ou outro regime de execução contratual. Existe um entendimento – do qual discordamos – que nas empreitadas globais os aditivos provenientes de omissões do orçamento (ou mesmo do projeto) não seriam devidos. Igualmente, por ter se contratado uma obra por preço certo e global, os meios para se atingir aquele objetivo ficariam a cargo da empreiteira, não devendo a Administração imiscuir-se nesses assuntos, no que se refere ao quantum remuneratório devido. [CAMPELO, Valmir & CAVALCANTE, Rafael J., Op. Cit.]

59. Posicionamento diferente é apresentado por SARIAN:



Na empreitada global, a licitante vencedora se compromete a realizar o serviço por preço certo e total, ou seja, assume o risco de eventuais distorções de quantitativos a serem executados a maior do que os previstos no contrato. Por outro lado, a Administração também assume o risco em pagar serviços cujas quantidades foram avaliadas em valor superior no momento da licitação. O que importa é o preço ajustado. [ALTOUNIAN, Cláudio S., Op. Cit]

60. Do exposto acima pode se concluir, sinteticamente, que as situações em que se discute a possibilidade de celebração de aditivos em EPG dividem-se em dois grupos:

a) alterações de projeto propostas pela administração, fatos imprevisíveis e demais situações previstas na alínea “d” do inciso II do art. 65 da lei de Licitações;

b) alterações contratuais decorrentes de erros de orçamentação, projetos ou quantitativos.

61. A situação descrita no item “a” acima não merece maiores comentários, decorrendo de interpretação literal e direta do art. 65 da Lei 8.666/93. Embora o tema possa despertar algumas discussões doutrinárias, é pacífico no âmbito do tribunal o entendimento de que são situações em que é obrigatória a celebração de termo aditivo ao contrato de obra pública. Sempre que o escopo contratual for alterado será exigida sua formalização mediante termo aditivo, respeitados os limites legais. É o caso, por exemplo, de uma edificação licitada a partir de um projeto básico prevendo sua implantação em dez pavimentos. Se em virtude de necessidade superveniente da administração contratante houver a alteração do projeto, incluindo-se, por exemplo, a execução de uma nova guarita, obviamente será exigido ajuste no valor contratual adequando-o ao novo projeto, independentemente do regime de execução contratual utilizado.

62. Já a hipótese mencionada no item “b” supracitado, principal motivo que ensejou a realização do presente estudo, como visto, é muito controversa. Há situações em que os erros de orçamentos, projetos e quantitativos são de pequena monta, enquanto há outras em que as diferenças de quantitativos são relevantes para o contrato. Assim, é necessária uma abordagem mais pormenorizada, como se verá a seguir.

VII – ALTERAÇÕES CONTRATUAIS REFERENTES A ERROS E OMISSÕES NO ORÇAMENTO.

63. Preliminarmente, cumpre destacar que em caso de pequenas alterações quantitativas em cada item ou serviço, em que o contratado solicite o aditivo, não há cabimento em concedê-lo. Ora, se a medição da obra é feita por etapas, o fiscal do contrato não é capaz de verificar pequenas variações, para mais ou para menos, em itens ou serviços isolados. Caso ele opte por medir o serviço, para avaliar a pertinência do pleito, será obrigado a medir todos os serviços da mesma forma, para verificar aqueles em que o contratado está ganhando. Isso descaracterizaria completamente o regime de empreitada por preço global, tornando-o idêntico à empreitada por preço unitário, com a onerosa a atividade de medição dos quantitativos de cada serviço.

64. Atribuir as mesmas características da empreitada por preços unitários à empreitada por preço global mostra-se algo absolutamente despropositado sob qualquer forma de interpretação estabelecida pela hermenêutica jurídica. Afinal, se fossem o mesmo instituto, o legislador não teria tido o cuidado de defini-los separadamente e de estabelecer algumas regras especiais aplicáveis ao caso da empreitada por preço global, por exemplo, a prevista no art. 47 da Lei 8.666/93.

65. Também é relevante observar que, sob um prisma do direito comparado, os regimes de preço global e preço unitário são previstos nas legislações de diversos países, sempre com nítidas diferenças entre ambos. Não procede, portanto, a interpretação doutrinária de pagar os quantitativos efetivamente executados na empreitada por preço global, pois essa é a característica da empreitada por preços unitários.

66. Ante o exposto, no caso de pequenas variações de quantitativos, parece-nos mais adequado o entendimento de SARIAN. Ou seja, paga-se exatamente o preço ajustado, nem mais nem menos.

67. Portanto, trataremos a seguir de alterações contratuais referentes a erros e omissões relevantes para o orçamento global da obra, pois, nesses casos, outras considerações se fazem necessárias, pois



os riscos que envolvem os contratos administrativos são divididos, doutrinariamente, em álea ordinária e álea extraordinária. Esta, por sua vez, divide-se em álea administrativa e álea econômica.

68. A álea ordinária corresponde aos riscos normais de qualquer empreendimento e que devem ser suportados pelo contratado, como é o caso das pequenas variações de quantitativos, não ensejando qualquer cobertura por parte do contratante, nos casos em que o contrato é celebrado no regime de preço global. A jurisprudência é pacífica ao atribuir o ônus das áleas ordinárias ao contratado [Por exemplo, o Acórdão no 2005/0066286-7 de Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, 17 de Abril de 2008 RECURSO ESPECIAL No 744.446 - DF (2005/0066286-7) RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS]. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando a contratada em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram propostas coerentes com os ditames do mercado e, talvez por terem quantificado criteriosamente todos os serviços previstos no projeto, considerando-os em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente.

69. A álea administrativa corresponde aos atos da administração, não como parte da relação contratual, mas sim como ente no exercício de seu poder extroverso (nos dizeres de Marçal Justen Filho), de imperium. A tais situações se aplica a teoria do fato da administração, o que acarreta integral indenização pelo contratante, uma vez que, por ato da Administração, houve desequilíbrio na equação econômico-financeira gerando indevido ônus ao contratado, o qual não deve ser por ele suportado.

70. A álea econômica corresponde a fatos globalmente considerados, conjunturais, naturais, cuja etiologia acaba por ser desconhecida, tais como as crises econômicas, desastres naturais e oscilações de câmbio. A tais situações se aplica a teoria da imprevisão, ensejando a partilha entre o contratante e o contratado dos prejuízos decorrentes de tais fatos. São situações às quais os contraentes não hajam dado causa e que provocam profundo desequilíbrio da equação econômico-financeira, acabando por tornar extremamente onerosa a execução do contrato para uma das partes.

71. Dessa forma, as grandes variações dos quantitativos, decorrentes de erros ou omissões nos orçamentos que não pudessem ser detectados pelas licitantes, podem ser considerados como álea extraordinária, enquadrando-se na teoria da imprevisão.

72. Ante o exposto, para melhor entendimento da matéria, o desenvolvimento do tema será dividido em dois tópicos: orçamentos-base com quantitativos subestimados e orçamentos-base com quantitativos superestimados.

VII.i – Orçamentos com quantitativos subestimados.

73. Diante de quantitativos relevantes subestimados no orçamento base da licitação, ou omissões perceptíveis (entendidas como itens que estariam incluídos no serviço contratado por uma exigência lógica do próprio serviço ou pela inclusão em qualquer outro item do projeto básico: projetos, especificações, memoriais, etc.), há uma corrente doutrinária que sustenta a inadmissibilidade da celebração de aditivos. CROCE, MELLO & AZEVEDO, do TCE -RJ, compartilham do mesmo raciocínio:

Ou seja, a empresa contratada receberá o valor certo e total para execução de toda a obra. Será responsável pelos quantitativos e o valor total só será alterado se houver modificações de projetos ou das condições pré-estabelecidas para execução da obra, sendo as medições feitas por etapas dos serviços concluídos.

Na contratação pelo regime de empreitada por preço global, como o pagamento é por etapa, conhecida e cotada pelo contratado, a princípio, não é admitido, salvo modificação do escopo, aumento do valor contratado para a etapa, inibindo a prática lesiva, por parte do Contratado de aumentar as quantidades dos serviços da etapa para benefício próprio, prejudicando o orçamento total da obra ou serviço. [CROCE, J., MELLO, S. & AZEVEDO, W., Op. Cit.].



74. Sobre caso de omissão perceptível, em que o item estava no projeto, mas foi omitido do caderno de especificações, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal se pronunciou da seguinte forma sobre um caso concreto:

Não se justifica a cobrança por serviços extraordinários, se a obra foi contratada por preço global, máxime se o item questionado achava-se claramente previsto no edital e nas plantas, apesar de omitido no caderno de especificações. Dúvida que o empreiteiro poderia ter dirimido antes de se habilitar para a licitação. [TJDF. APC no 3696195-DF. Registro do Acórdão no 83421. DJ 17.abr.1996.p.5.588]

75. Pelo exposto, pode se concluir que a admissibilidade da celebração de aditivos em obras contratadas pelo regime de preço global, sob o argumento de quantitativos subestimados ou omissões é situação excepcionalíssima, aplicável apenas quando não fosse possível ao licitante identificar a discrepância no quantitativo do serviço com os elementos existentes no projeto básico. Essa tendência encontra-se positivada pela LDO 2013 (art.102, § 6º, inc. III):

III - mantidos os critérios estabelecidos no caput, deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto básico, sendo que as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, 10% (dez por cento) do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite do § 10 do art. 65 da Lei no 8.666, de 1993;

76. Ainda assim, o caso concreto pode revelar situações em que fique demonstrada a razoabilidade da pretensão do contratado ao solicitar o aditivo. Nesse caso, seria cabível o aditivo desde que respeitadas as seguintes regras:

a) A alteração do contrato manterá a proporcionalidade da diferença entre o valor global estimado pela administração e o valor global contratado.

77. Esse é o conceito de manutenção do desconto original determinado pelo art. 102, § 6º, IV da LDO 2013. Nesse sentido, vale à pena mencionar o Acórdão 1.245/2004 – TCU – Plenário:

Sob pena de responsabilização dos agentes envolvidos, mantenha estrita observância ao equilíbrio dos preços fixados no contrato (...) em relação à vantagem originalmente ofertada pela empresa vencedora, de forma a evitar que, por meio de aditivos futuros, o acréscimo de itens com preços supervalorizados (...) viole os princípios administrativos” (Acórdão 1.245/2004 – TCU – Plenário).

78. Na mesma orientação se encontra o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 1.755/2004 – TCU – Plenário:

Nesse sentido, entendo que o original equilíbrio econômico-financeiro de um contrato pode ser extraído da diferença percentual observada entre o valor global da proposta e o constante do orçamento-base do órgão licitante. Isso não oblitera a necessidade de prévia verificação da compatibilidade entre o preço orçado pela Administração e o preço de mercado. (Acórdão 1.755/2004 – TCU – Plenário).

b) O resultado da licitação não seria alterado se os novos quantitativos fossem aplicados às demais propostas.

79. Ora, não é possível aceitar aditivo que fira essa condição, tendo em vista o respeito aos princípios da igualdade e o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, insculpidos no art. 3º do estatuto das licitações. O já citado voto condutor do Acórdão 1.755/2004 – TCU – Plenário trouxe caso concreto em que o resultado da licitação seria alterado com os itens acrescentados pelo aditivo:

Com a supressão ou redução de quantitativos de itens de trabalho com preços unitários vantajosos para Administração, sobressaíram, com maior peso relativo, na planilha orçamentária, os serviços com custos unitários mais onerosos ao Erário. Além disso, pelo aditivo, foram acrescentados itens de trabalho com preços unitários acima dos valores de mercado, tornando patente o desequilíbrio da



relação em desfavor da Administração. Por tal razão, a oferta global da empresa [...] perderia a vantagem comparativa e deixaria de ser a melhor classificada em relação aos demais concorrentes. (Acórdão 1.755/2004 – TCU – Plenário).

80. Outro exemplo de serviço incluído na licitação que foi posteriormente excluído do contrato e, como consequência, alterou o resultado do certame, pode ser visto no voto condutor do Acórdão 1.797/2007 – TCU – Plenário:

9. No que diz respeito à irregularidade descrita na alínea “c” (presença do item “sistemas de cloração” na licitação para obras civis da adutora, posteriormente excluído), a inclusão inicial no certame e a exclusão posterior no contrato do referido item se deu em benefício da contratada em detrimento das demais licitantes, com ferimento, portanto, ao princípio da igualdade (art. 30 da Lei 8.666/93), levando-se em conta que sem esse item a contratada não teria vencido o certame, conforme anotado na instrução transcrita no Relatório precedente. (Acórdão 1.797/2007 – TCU – Plenário – trecho do voto)

81. A própria LDO 2013, no § 5º do já citado art. 102, aborda o tema da manutenção da vantagem da proposta vencedora da licitação ante a da segunda colocada:

I - a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência utilizado não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária;

II - em casos excepcionais e devidamente justificados, a diferença a que se refere o inciso I deste parágrafo poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo ser assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada na licitação e a observância, nos custos unitários dos aditivos contratuais, dos limites estabelecidos no caput para os custos unitários de referência;

c) A alteração não supera o limite de 10% previsto no art. 102, § 6º, III da LDO 2013 e nem o limite de 25% (ou 50% para o caso de reformas) previsto na Lei 8.666/93 (nesse último caso, consideradas quaisquer outras alterações).

d) O serviço incluído não previsto em contrato ou a quantidade acrescida que foi originalmente subestimada pelo orçamento base da licitação não são compensados por eventuais distorções a maior nos quantitativos de serviços que favoreçam o contratado.

82. Essa exigência tem como fundamento a tese de que equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser sempre analisado de forma global, procedendo-se as compensações entre os ganhos e perdas do contratado. Pode-se realizar uma analogia com o conceito de compensação entre preços superestimados e preços subestimados presentes na jurisprudência do TCU, por exemplo, no voto condutor do Acórdão 388/2004 – TCU – Plenário:

É cediço o entendimento deste Tribunal que, estando o preço global no limite aceitável dado pelo orçamento da licitação, as discrepâncias de preços existentes, devido à ausência de critério de aceitabilidade de preços unitários, apenas causam prejuízos quando se realizam aditivos em que são acrescidos quantitativos para itens de serviço cujos valores eram excessivos em relação aos demais licitantes e suprimidas as quantidades daqueles itens cujos preços eram vantajosos para a administração contratante. (Acórdão 388/2004 – TCU – Plenário – trecho do voto)

83. Contribui para o esclarecimento da questão o seguinte trecho do sumário do Acórdão 1.551/2008 – TCU – Plenário:

3. Na avaliação econômica do contrato, o eventual sobrepreço existente deve ser apurado de forma global, isto é, fazendo-se as compensações do preço excessivo de alguns itens com os descontos verificados em outros, principalmente se os preços são os mesmos oferecidos na licitação da obra e se pode constatar que a proponente sopesou de forma diferenciada o custo dos diversos serviços, tirando proveito das possíveis vantagens comparativas, desde que de forma legítima. Situação diversa ocorre com itens evitados de ilegalidade, tais os que apresentaram modificação sensível dos



parâmetros eleitos na licitação, justificando a impugnação individual do item anômalo. (Acórdão 1.551/2008 – TCU – Plenário – trecho do sumário)

84. Por analogia aos entendimentos apresentados acima, na avaliação econômica de um contrato por preço global, eventual subestimativa de quantitativo de um determinado serviço, pode ser compensada por outros serviços, cujos quantitativos estão superestimados. Caberá, então, ao gestor avaliar a íntegra da planilha orçamentária, sempre que for demandado pelo contratado a aditar um contrato por preço global com a alegação de que os quantitativos de determinados serviços estão superestimados.

e) A execução do serviço “a mais”, suportada apenas pelo contratado, inviabilizaria a execução contratual.

85. O equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é assim definido por Hely Lopes Meirelles:

O equilíbrio econômico-financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, há a correlação entre o objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Lei 8.666, de 1993, art. 65, I, “d”, e § 6o) [MEIRELES, Hely Lopes; Licitação e Contrato Administrativo, 11a ed, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et alii, São Paulo, Malheiros, 1996, p.165]. (grifos acrescidos).

86. Daí já se extrai a conclusão de que a equação econômica e financeira é definida no momento em que a contratada apresenta a sua proposta. Exatamente nessa linha, Marçal Justen Filho apresenta a seguinte consideração:

A equação econômico-financeira delinea-se a partir do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então essa equação está protegida e assegurada pelo Direito [FILHO, Marçal J., Op.Cit].

87. Assim, a insuficiência da remuneração é apenas um dos requisitos do desequilíbrio econômico-financeiro, que terá de se somar a outros para que se legitime a alteração do contrato administrativo. Por exemplo, pode-se demonstrar que o valor referente ao quantitativo subestimado supere a taxa de risco mais a de lucro previstas no BDI apresentado pelo contratado. Nesse caso, deixar o serviço acrescido inteiramente por conta do contratado poderia desequilibrar o contrato, já que a totalidade de sua remuneração seria consumida pelo novo encargo. Tal situação poderia culminar na paralisação da obra por incapacidade da contratada em continuá-la. Ressalte-se que a vedação ao enriquecimento sem causa serve tanto ao particular quanto à Administração Pública.

88. Dando seguimento à sua lição, afirma Marçal Justen Filho:

O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração. Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração [FILHO, Marçal J., Op.Cit].



89. Assim, deve-se demonstrar que a subestimativa do quantitativo na obra é mera álea orçamentária ou empresarial, a qual está presente em qualquer tipo de negócio ; trata-se do risco que todo empreendedor corre por desenvolver uma atividade econômica no mercado (instável por sua própria natureza), que, previsível, deve ser suportado exclusivamente pelo particular.

90. Percebe-se da doutrina trazida à baila que alterações nos quantitativos de serviços, por si só, não constituem hipóteses de álea extraordinária senão quando decorridos de algum evento imprevisível ou, se previsível, incalculável, cuja natureza inegavelmente fática torna imperiosa sua comprovação.

VII.ii – Orçamentos com quantitativos superestimados.

91. Caso a Administração Pública identifique quantitativos superestimados, ela deve proceder, de ofício, (e em observância aos princípios da economicidade, moralidade e probidade administrativas) à alteração contratual para reduzir os quantitativos inadequados, ajustando o montante total ao valor real.

92. Essas regras decorrem do fato de que, se a medição for feita por etapas (e não por quantidades unitárias), haverá por consequência uma assimetria de informações entre o contratado e a Administração Pública. Afinal, o fiscal, já que mede por etapas, não estará medindo as quantidades (não terá com saber, portanto, quanto foi executado exatamente), mas o particular sabe o quanto ele executa qualquer que seja o regime. O Tribunal já se pronunciou a respeito de situação de quantitativos superestimados:

O fato de se tratar de contratação por preço global não assegura a nenhum contratado o direito de receber por produto não utilizado. (Acórdão 363/2007 – TCU – Plenário – trecho do voto).

93. Ademais, quantitativo superestimado é um dos fatores causadores do superfaturamento de obras públicas, de modo que permitiu-lhe configurar ato de improbidade administrativa, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei 8429/92 (lei de improbidade administrativa). Tal conduta também pode ser enquadrada como crime, conforme o art. 96, incisos IV e V do Estatuto das Licitações.

94. Todavia, em situações excepcionais, em que o contratado pleiteia a não redução do valor global do contrato, alegando ter compensado o superdimensionamento de quantitativos de outras formas ao oferecer o valor global da sua proposta, pode-se admitir excepcionalmente o pleito desde que:

a) em análise global, o quantitativo artificialmente elevado foi compensado por outros preços e quantitativos subestimados de forma que reste cabalmente demonstrado que o preço global pactuado representa a justa remuneração da obra, considerado o orçamento de referência da Administração ajustado.

95. Mais uma vez convém usar a analogia para compreender a situação. O trecho do Acórdão 1.887/2010 – TCU – Plenário, embora trate mais uma vez de compensação entre itens com sobrepreço e subpreço, ilustra bem uma possível consequência de se proceder a uma alteração contratual para redução de quantitativos sem uma análise mais cuidadosa:

...se os preços globais estão compatíveis com os de mercado, a existência de determinados itens com sobrepreço deve ser correspondida pela existência de itens cujos preços estão abaixo dos de mercado, havendo assim uma compensação entre os valores desses dois diferentes grupos de insumos. Assim, a redução dos valores dos itens com sobrepreço afetaria o equilíbrio econômico-financeiro da contratação e possibilitaria o auferimento de vantagens indevidas por parte da Administração. (Acórdão 1.887/2010 – TCU – Plenário).

96. De mesma forma, a supressão daqueles quantitativos que estão superestimados, sem a devida recomposição dos serviços cujos quantitativos estão subestimados, comprometeria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, propiciando o enriquecimento ilícito do órgão contratante.

c) a alteração do contrato de forma a reduzir os quantitativos daquele item inviabilizaria a execução contratual. Por exemplo, demonstrando que o valor reduzido supera a taxa de risco mais a de lucro, previstas no BDI de referência da Administração, bem como as discrepâncias a maior que costumam



existir entre os valores extraídos dos sistemas referenciais de preços e os verdadeiros preços de mercado.

97. Aqui vale a mesma argumentação dos parágrafos 85 a 90 acima. Adicionalmente, existe a tendência de que os preços dos materiais e serviços contidos em tabelas de custo padrão estejam em um patamar superior aos seus preços reais de mercado. Muitos sistemas adotam valores médios ou medianos das coletas realizadas como paradigma de preços de mercado. No entanto, os insumos são efetivamente adquiridos pelo menor preço pesquisado e não pelo preço médio ou mediano. Tal distorção recebeu a denominação de “efeito cotação”, em trabalho realizado pelo Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal. [FILHO, Laércio de Oliveira e Silva; LIMA, Marcos Cavalcanti e MACIEL, Rafael Gonçalves - Efeito barganha e cotação: fenômenos que permitem a ocorrência de superfaturamento com preços inferiores às referências oficiais – Revista do Tribunal de Contas da União. Brasil. Ano 42. Número 119, 2010]

98. As tabelas de custo tampouco consideram condições negociais entre construtoras e fornecedores, tais como prazos maiores para pagamento, parcelamento das compras e descontos.

99. Assim, ao elaborar o orçamento que servirá de base para o procedimento licitatório, o gestor tem o dever de se balizar em pesquisas do mercado local, considerando adequadamente os descontos possíveis em face de compras em grande quantidade. Em outras palavras, deve considerar a natural ausência de descontos para compras em grande escala em qualquer sistema de preços referenciais, em virtude de tais sistemas não considerarem as possibilidades de significativas reduções nos custos de fornecimento de materiais e equipamentos, oriundas de negociações diretas com fabricantes ou grande revendedores. As economias de escala existentes na compra de grandes quantidades de material causam uma distorção, entre os preços referenciais e os preços efetivos de mercado, denominada de “efeito barganha” pelo estudo do Instituto Nacional de Criminalística.

100. Por consequência, as margens de segurança existentes nos preços dos sistemas referenciais da Administração Pública também devem ser consideradas na avaliação das exceções que este estudo ora está apresentando.

101. Ante o exposto, sintetizando-se as considerações apresentadas nas condicionantes elencadas nos parágrafos precedentes, foram considerados os seguintes fundamentos:

- a) respeito ao princípio da igualdade e da seleção da proposta mais vantajosa;
- b) vedação ao enriquecimento sem causa da administração e do contratado
- c) necessidade de preservação do equilíbrio econômico financeiro do contrato;
- d) a premissa de que, em EPG, a análise global do contrato (e do equilíbrio contratual) prevalece sobre a aferição de itens unitários.

VIII – LICITAÇÕES EM EPG COM ORÇAMENTO BASE COM ERROS DE QUANTITATIVOS.

102. Em licitações por EPG é importante destacar a obrigação de que o licitante, ao verificar erros de quantitativos no orçamento-base do órgão contratante, questione a comissão de licitação acerca do problema e, caso não obtenha o devido esclarecimento, exerça o dever-direito de impugnar o edital de licitação, em consonância com o art. 41, § 2º, da Lei 8.666/93, uma vez que a alteração de quantitativos na proposta, em desacordo com o orçamento-base, não pode ser admitida, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia. Cabe ressaltar que o art. 7º, §§ 4º e 6º, da mesma Lei, fundamenta a anulação da licitação quando os quantitativos estiverem errados:

§4º É vedada, ainda, 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 básico ou executivo.

(...)

§6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.



103. Nesse sentido, pode-se mencionar o voto condutor do Acórdão 353/2007 – TCU – Plenário já apresentado no presente estudo.

104. A não impugnação por parte do licitante, mesmo tendo conhecimento de eventuais erros de quantitativos, ensejaria um risco muito grande ao contrato, tendo em vista a cláusula de concordância expressa com o projeto básico, insculpida no art. 102, §6º, III, da LDO 2013, já citada anteriormente.

105. Em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o tratamento a ser dado no caso de, posteriormente, ser constatada relevante discrepância, a maior ou a menor, nos quantitativos previstos na planilha orçamentária deverá também observar a regra estabelecida no edital de licitação.

XIX – CONCLUSÕES

106. A escolha do regime de execução da obra não é decisão de livre arbítrio do gestor. Deve se pautar no interesse público e estar sempre motivada. Decorre desse entendimento que não existe regime de execução melhor que o outro, mas aquele que melhor atende ao interesse público no caso concreto.

107. Adota-se a empreitada por preço global, em regra, quando for possível definir com precisão os quantitativos dos serviços a serem executados na obra.

108. É irregular a admissão de proposta ofertada pelo licitante contendo especificações de serviços e respectivas quantidades destoantes do orçamento-base da licitação. Caso o licitante identifique erro de quantitativos no orçamento-base, deve impugnar os termos do edital de licitação.

109. Regra geral, são admissíveis aditivos contratuais no regime de execução contratual por preço global nos casos de alterações de projeto propostas pela administração, fatos imprevisíveis e demais situações previstas na alínea “d” do inciso II do art. 65 da lei de Licitações (manutenção das condições efetivas da proposta).

110. Nos contratos celebrados no regime de preço global, quando executados com pequenas variações de quantitativos em seus serviços, paga-se exatamente o preço global ajustado, nem mais nem menos.

111. Para os casos em que houve subestimativa relevante dos quantitativos de alguns serviços e a contratada pleiteie aditivo por acréscimo de quantitativos ou inclusão de serviços novos, em regra os aditivos são vedados, pelo motivo de tal fato se constituir álea ordinária.

112. Nos casos em que os quantitativos foram superestimados, a Administração Pública deve, de ofício, promover sua adequação mediante celebração de aditivo contratual. Admite-se que a contratada pleiteie a não redução do valor global do contrato comprovando haver outros serviços cujos quantitativos estão subestimados, promovendo-se a compensação entre os montantes financeiros.

113. Em caso de quantitativos subestimados no orçamento, eventuais pleitos do contratado poderão ser atendidos de forma excepcionalíssima, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos e que não haja outra regra prevista no contrato ou edital:

a) a alteração do contrato manterá a proporcionalidade da diferença entre o valor global estimado pela administração e o valor global contratado;

c) o resultado da licitação não seria alterado se os novos quantitativos fossem aplicados às demais propostas, em observância aos princípios da igualdade e da seleção da proposta mais vantajosa;

d) a alteração não supera o limite de 10% previsto no art. 102, § 6º, III da LDO 2013 nem o limite de 25% (ou 50% para o caso de reformas) previsto no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93 (neste último caso, consideradas quaisquer outras alterações).



e) o novo serviço incluído no contrato ou a quantidade acrescida , que foi originalmente subestimada, não são compensados por eventuais distorções a maior nos quantitativos de outros serviços, que favoreçam o contratado;

f) a execução do serviço “a mais” pelo contratado inviabilizaria a execução contratual caso o aditivo não fosse aceito . Por exemplo, demonstrando-se que o acréscimo pleiteado supere a taxa de risco mais a de lucro previstas no BDI referenciado contratado, bem como os valores de eventuais distorções a maior existentes nos custos obtidos em sistemas referenciais da Administração Pública (efeitos cotação e barganha) que não foram eliminados no processo licitatório.

114. Em caso de quantitativos superestimados no orçamento, eventuais pleitos do contratado para não redução dos valores contratados poderá o ser atendidos de forma excepcionalíssima , desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos e que na não haja outra regra prevista no contrato ou edital:

a) demonstração, em análise global , de que o quantitativo artificialmente elevado foi compensado por outros preços e quantitativos subestimados de forma que reste cabalmente demonstrado que o preço global pactuado representa a justa remuneração da obra, considerando o orçamento de referência da Administração ajustado; e

b) a alteração do contrato de forma a reduzir os quantitativos daquele item inviabilizaria a execução contratual. Por exemplo, demonstrando-se que o valor a ser reduzido supera a taxa de risco mais a de lucro previstas no BDI referenciado contratado, bem como os montantes originados de eventuais distorções a maior existentes nos custos obtidos em sistemas referenciais da Administração Pública (efeitos cotação e barganha) que não foram eliminados no processo licitatório.

Após os fundamentos acima, conclui o Tribunal de Contas da União:

[...]

9.1.7. quando constatados, após a assinatura do contrato, erros ou omissões no orçamento relativos a pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, em regra, pelo fato de o objeto ter sido contratado por "preço certo e total ", não se mostra adequada a prolação de termo aditivo, nos termos do ideal estabelecido no art. 6º, inciso VIII , alínea "a", da Lei 8.666/93, como ainda na cláusula de expressa concordância do contratado com o projeto básico , prevista no art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013;

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:

9.1.8.1. observar se a alteração contratual decorrente não supera ao estabelecido no art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013, cumulativamente com o respeito aos limites previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93, estes últimos, relativos a todos acréscimos e supressões contratuais;

9.1.8.2. examinar se a modificação do ajuste não ensejará a ocorrência do "jogo de planilhas", com redução injustificada do desconto inicialmente ofertado em relação ao preço base do certame no ato da assinatura do contrato, em prol do que estabelece o art. 14 do Decreto 7.983/2013, como também do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal;

9.1.8.3. avaliar se a correção de quantitativos , bem como a inclusão de serviço omitido , não está compensada por distorções em outros itens contratuais que tornem o valor global da avença compatível com o de mercado;

9.1.8.4. verificar, nas superestimativas relevantes, a redundarem no eventual pagamento do objeto acima do preço de mercado e, conseqüentemente, em um superfaturamento, se houve a retificação do acordo mediante termo aditivo, em prol do princípio guardado nos arts . 3º, caput c/c art. 6º, inciso IX, alínea "f"; art. 15, § 6º; e art. 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/93;



9.1.8.5. verificar, nas subestimativas relevantes, em cada caso concreto, a justeza na prolação do termo aditivo firmado, considerando a envergadura do erro em relação ao valor global da avença, em comparação do que seria exigível incluir como risco /contingência no BDI para o regime de empreitada global, como também da exigibilidade de identificação prévia da falha pelas licitantes – atenuada pelo erro cometido pela própria Administração –, à luz, ainda, dos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa, da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do dever de licitar, da autotutela, da proporcionalidade, da economicidade, da moralidade, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e do interesse público primário;

9.1.9. avaliar a conveniência e a oportunidade de , em seu relatório de fiscalização, propor ao Colegiado, com base no art. 250, inciso III do Regimento Interno do TCU, recomendação à jurisdição, para que, doravante, inclua nos editais cláusula a estabelecer , de forma objetiva , o que será objeto de aditamentos durante a execução da avença, bem como a definição do que venha a ser "subestimativas ou superestimativas relevantes ", a que se refere o subitem 9.1.8 supra, como, por exemplo, o estabelecimento de percentuais de tolerância quantitativa admitida em cada item do orçamento que torne descabida a celebração de aditivo , como, ainda, a necessidade de que a imprecisão se refira a serviço materialmente relevante do empreendimento (avaliado de acordo com a metodologia ABC), em prestígio ao princípio da segurança jurídica, como ainda do art. 6º, inciso VIII, alínea "a" c/c art. 47, art. 49 e art. 65, inciso II, alínea "d", todos da Lei 8.666/93;

9.2. nos contratos executados mediante o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicam-se, no que couber, os entendimentos expressos nesta decisão, por força do disposto no art. 2º, inciso II; art. 8º, § 10; art. 39; art. 45, inciso I, alínea "b" e art. 63, todos da Lei 12.462/2011, como também no Acórdão 1.510/2013-Plenário, mormente no que se refere à necessidade de estabelecer uma matriz de riscos, a explicitar as exatas responsabilidades e encargos a serem assumidos pelos particulares – inclusive no que se refere a erros quantitativos.

Ainda de acordo com o Decreto nº 7.581/11, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária (art. 42, § 7º). Traço distintivo de extraordinária importância no RDC.

Em qualquer dos regimes de execução adotados no âmbito do RDC (empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa, empreitada integral ou contratação integrada), o valor global atribuído ao objeto constitui parâmetro seguro à aceitação das propostas, conforme se extrai do art. 24, § 3º - *"No caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser o regulamento"*.

Para a obtenção da segurança almejada, é fundamental que o orçamento colhido reflita, verdadeiramente, os preços praticados pelo mercado, já que o RDC inadmite aditamentos ao contrato visando recomposições orçamentárias, como corrente nos contratos de obras e serviços sujeitos às normas gerais da Lei nº 8.666/93. Passa-se ao exame das medidas que se mostram essenciais a que se logre alcançar tal estabilidade contratual, com o mínimo de risco à consecução dos resultados planejados.

5. Projeto básico

Consoante preceitua o § 5º do art. 8º da Lei nº 12.462/11, nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime de contratação integrada, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, o que reedita a norma geral do art. 7º, II, da Lei nº 8.666/93. Se adotado o regime da contratação integrada, a norma exclui a elaboração do projeto básico pelo agente ou setor especializado do órgão ou entidade licitante e a respectiva aprovação pela autoridade competente. Naquele regime, a elaboração do projeto básico é encargo do vencedor da licitação (art. 9º, § 1º, da Lei nº 12.462/11).

Estudos técnicos preliminares ou projetos de referência devem inspirar a elaboração do projeto básico. É o que se extrai dos seguintes dispositivos da Lei nº 12.462/11:



Art. 42, § 4º, inciso III: A alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato.

Art. 110, § 2º: O projeto básico da licitação será obtido a partir da adaptação do “projeto de referência” às peculiaridades do local onde a obra será realizada, considerando aspectos relativos ao solo e à topografia do terreno, bem como aos preços dos insumos da região que será implantado o empreendimento.

Torna-se claro que o anteprojeto, os estudos técnicos preliminares, os projetos de referência e o projeto executivo não substituem o projeto básico. Sua ausência ou insuficiência, a par de desatender a expresse requisito legal, cria um déficit de clareza, objetividade e avaliação de custos, fatores que determinam não só os recursos suficientes para a cobertura das despesas e a correta formulação das propostas, como a harmonia da atuação administrativa com os princípios da legalidade, da economicidade e da eficiência.

O projeto básico, elaborado por agente ou equipe técnica – espera-se que ambos qualificados e habilitados para a tarefa -, de acordo com eficaz planejamento e com fulcro nos estudos técnicos preliminares ou projetos de referência, presta-se a orientar a formulação das propostas pelos licitantes, além de impedir que o objeto do futuro contrato seja executado de modo diverso do estabelecido pela Administração, minimizando ou afastando a possibilidade de ocorrência de alterações.

Assim também em sede doutrinária⁴, *verbis*:

Anteprojeto, croquis ou projeto executivo não substituem o projeto básico na instrução necessária da fase interna do procedimento licitatório ou da contratação direta. Sua ausência ou insuficiência, a par de desatender a expresse requisito legal, cria um déficit de clareza, objetividade e avaliação de custos, fatores que determinam não só os recursos suficientes para a cobertura das despesas e a correta formulação das propostas, mas a harmonia da atuação administrativa com os princípios da legalidade, da economicidade e da eficiência.

A verificação de que a execução da obra ou a prestação do serviço não se desenvolve de acordo com as condições estipuladas no projeto básico poderá motivar sua paralisação, tanto pela fiscalização do contrato como pelas ações de controle. Tal o foco do Acórdão nº 307/06, Plenário, do Tribunal de Contas da União.

Omite-se a lei quanto à atualidade do projeto básico, mas não parece congruente admitir-se que não o seja. A Administração Pública deve assegurar aos participantes da licitação que o seu objeto esteja definido mediante parâmetros e elementos que traduzam fielmente a sua adequação e composição em face da realidade atual, de modo a evitar a apresentação de propostas comprometidas com realidade que não mais exista ou que esteja contextualmente superada em seus fundamentos e finalidades. A desatualização do projeto responde, em grande número de casos, pela sobrevivência de termos aditivos cuja cumulação acaba por descaracterizar o objeto licitado.

Assim no verbete da Súmula 261 do Tribunal de Contas da União:

Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.

A elaboração do projeto básico por profissionais qualificados e habilitados (princípios da segregação

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., p. 164.



de funções e da especialização) e com base em sério planejamento, é diretriz inafastável, dada a necessidade de proceder-se a acurado levantamento prévio da importância do objeto para a Administração, conciliando-a com estudos e projetos preliminares aptos a assegurar viabilidade técnica e econômica, avaliando-se ou redefinindo-se, quando for o caso, rotinas administrativas, de modo a reduzir riscos e incertezas, direcionar recursos adequados e propiciar condições para a obtenção dos resultados planejados. Planejar espelhando-se no que funciona mal, não funciona ou funciona tardiamente, é duplamente maléfico: desperdiçam-se recursos públicos e mantem-se a inépcia para a adoção de melhores práticas e a produção de resultados.

Reproduz-se, a seguir, julgado do Tribunal de Contas da União que trata do estudo de viabilidade técnica nas licitações e contratações públicas e seus reflexos na elaboração de projetos básicos, reflexos esses que se prevê possam ocorrer também no RDC.

26. O Tribunal recomenda que o estudo de viabilidade apresente as seguintes características:

O estudo de viabilidade objetiva analisar e escolher a solução que melhor responda ao programa de necessidades, sob os aspectos legal, técnico, econômico, social e ambiental.

(...)

Além de estudos e desenhos que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento dado com referência ao impacto ambiental, o estudo de viabilidade será constituído por relatório justificativo que contenha a descrição e avaliação da alternativa selecionada, suas características principais, critérios, índices e parâmetros empregados, demandas a serem atendidas e pré-dimensionamento dos elementos da edificação.

27. Não se deve esperar, portanto, que o estudo de viabilidade contenha o grau de detalhamento exigido por lei do projeto básico e do projeto executivo. Esse estudo se destina, nos termos da lei, a assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, servindo como base para a elaboração do projeto básico (Lei 8.666/93, art. 6º, IX).

28. Dito em outras palavras: **o estudo de viabilidade deve impedir o prosseguimento de projetos que, já na fase preliminar, venham a se revelar inviáveis. Todavia, por si só, não garante que sejam viáveis ou de que devam prosseguir até sua conclusão: nada impede que, com o aprofundamento dos estudos com vistas à elaboração dos projetos básico e executivo, se venham a revelar inviáveis, o que justificaria até seu abandono, por força dos princípios constitucionais interrelacionados da eficiência e da economicidade.**

29. A avaliação do custo da obra, a definição dos métodos e do prazo de execução, a identificação de todos os seus elementos constitutivos com clareza, a adoção de soluções técnicas globais e localizadas suficientemente detalhadas, bem como o orçamento detalhado de seu custo global, são elementos que a lei exige do projeto básico, e não dos estudos técnicos preliminares, como o estudo de viabilidade econômica ora em análise. (Acórdão nº 1568/2008 - Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, Processo nº 010.189/2002-2) - o grifo não consta do original.

O projeto básico (assim como o termo de referência) deve ser elaborado com adequado nível de precisão quanto à qualidade e à quantidade do objeto, a cronogramas, prazos e condições para a sua fiel execução, diante do qual: (a) o licitante contará com os elementos necessários e suficientes para formular a sua proposta; (b) a Administração identificará, objetivamente, a proposta mais vantajosa; (c) serão evitados aditamentos posteriores, em razão de fatores ou circunstâncias que já deveriam haver sido previstos e mensurados no projeto básico. Daí a importância de a elaboração do projeto básico ser cometida a agente ou equipe que domine os conhecimentos imprescindíveis, em cada caso, podendo, se desses agentes ou equipes não dispuser, a Administração cogitar de contratá-los.

Anotem-se as recomendações⁵ acerca da relevância do projeto básico e da necessária qualificação do agente ou setor incumbido de sua elaboração:

⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos



“O projeto básico é o elemento mais importante na execução de obra pública. Falhas em sua definição ou constituição podem dificultar a obtenção do resultado almejado pela Administração. O projeto básico deve ser elaborado anteriormente à licitação e receber a aprovação formal da autoridade competente. Ele deve abranger toda a obra e possuir os requisitos estabelecidos pela Lei das Licitações: • possuir os elementos necessários e suficientes para definir e caracterizar o objeto a ser contratado; • ter nível de precisão adequado; • ser elaborado com base nos estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; • possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos executivos e do prazo de execução”.

Caso não exista na estrutura do órgão ou da entidade da Administração equipe com qualificação técnica apropriada à elaboração de projeto básico ou de termo de referência, possibilita a Lei nº 8.666/93, para esse fim, a contratação direta, fundada em inexigibilidade de licitação, de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização (arts. 13, I, e 25, II).

Averbe-se, no entanto, o que estabelece o § 1º do art. 13 da referida lei: “Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração”.

O Tribunal de Contas da União adverte, ainda, que o agente público atuante na fase interna da licitação, como, *v.g.*, o responsável pela elaboração do projeto básico ou instrumento convocatório, integre a comissão de licitação, cumprindo-se, assim, o princípio da segregação de funções: “9.12.1 *abstenha-se de designar para compor comissão de licitação o servidor ocupante de cargo com atuação na fase interna do procedimento licitatório, em atenção ao princípio da segregação de funções*”. (Acórdão nº 686/2011-Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho, Processo nº 001.594/2007-6).

O princípio da segregação de funções influencia na especialização dos agentes e setores da Administração Pública, delimita a competência administrativa e, por conseguinte, a responsabilidade de cada um dos agentes envolvidos na licitação ou na contratação direta.

O projeto básico, segundo o art. 8º, § 5º, da Lei nº 12.462/11, terá de ser aprovado pela autoridade competente. É a mesma exigência que se encontra no art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual as obras e os serviços “somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”. O projeto básico, independentemente do regime de licitação adotado, seja o diferenciado, seja o geral, deve integrar o instrumento convocatório como anexo, com a isolada exceção do regime de contratação integrada, em que a elaboração do projeto é atribuída ao licitante vencedor da licitação.

Constitui-se no documento substantivo mais importante da licitação porque o edital desta limita-se a sintetizar-lhe o objeto, traçar as regras de condução do processo seletivo e os critérios de julgamento das propostas (Lei nº 8.666/93, art. 40). É no projeto básico, anexo obrigatório dos editais de obras e serviços, que os licitantes conhecerão todas as características, peculiaridades, especificações e condições atinentes ao objeto, indispensáveis a que calculem o custo de sua execução e formulem a sua proposta de preço.

O ato de aprovação do projeto básico significa que a autoridade competente atesta que todos os termos e condições que o compõem são aptos à consecução das finalidades almejadas, por isto que responde, solidariamente com os seus elaboradores, por vícios existentes. Como todo ato administrativo, o de aprovação do projeto básico deve explicitar os seus motivos de forma clara e congruente (princípio da motivação obrigatória), podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de pareceres, informações, laudos e relatórios técnicos entranhados nos autos do respectivo processo, que, assim, passam a integrar a estrutura do ato e o vinculam à sua veracidade e idoneidade (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99).



6. Projeto executivo

O art. 2º, V, da Lei nº 12.462/11 define o projeto executivo como sendo o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, aplicando-se, por extensão, ao serviço de engenharia. Constitui-se no detalhamento do projeto básico e da forma minuciosa sob as quais haverá de ser cumprido.

O Tribunal de Contas da União⁶, em seu manual intitulado Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas, 3ª edição, registra que:

Após a elaboração do projeto básico, a Administração deve providenciar o projeto executivo, que apresentará os elementos necessários à realização do empreendimento com nível máximo de detalhamento de todas as suas etapas. Para a execução desse projeto, deve-se ter pleno conhecimento da área em que a obra será executada e de todos os fatores específicos necessários à atividade de execução.

O art. 8º, § 7º, da Lei nº 12.462/11 veda a contratação de obras e serviços de engenharia, qualquer que seja o regime adotado, sem projeto executivo. Ou seja, este é instrumento obrigatório e complementar ao projeto básico, a instruir o processo administrativo da contratação de obras e serviços de engenharia, quando adotado o RDC⁷. A elaboração do projeto executivo poderá ser cometida ao contratado, nos termos do disposto no art. 36, § 2º, da Lei nº 12.462/11, consoante preço previamente fixado pela Administração no instrumento convocatório, salvo no regime de contratação integrada, em que a elaboração do projeto executivo constitui encargo do licitante vencedor, assim como o projeto básico, devendo o respectivo custo, portanto, estar incluído no valor da proposta.

O art. 66 do Decreto nº 7.581/11 estabelece que, nos contratos de obras e serviços de engenharia, a execução de cada etapa será precedida de projeto executivo para a etapa, conclusão e aprovação, pelo órgão ou entidade contratante, dos trabalhos relativos às etapas anteriores. De acordo com o seu parágrafo primeiro, o projeto executivo de etapa posterior poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços de etapa anterior, desde que autorizado pelo órgão ou entidade contratante.

7. Conclusão

O RDC traz alterações importantes no regime de execução de obras e serviços de engenharia. Não, propriamente, quanto ao número deles, que passa de quatro, no regime da Lei Geral, para cinco, no RDC. Os pontos sensíveis encontram-se nos sistemas de cálculo dos custos globais e unitários, e na elaboração dos projetos básico e executivo.

Em relação à estimativa dos custos, o RDC recomenda, expressamente, as tabelas dos sistemas específicos que nomeia (SINAPI e SICRO), o que, embora não constitua novidade em relação a regras traçadas para a administração federal a partir da LDO de 2011, não figura entre as normas da Lei nº 8.666/93, o que pode suscitar dúvidas em torno da obrigatoriedade da adoção daqueles sistemas específicos também pela administração de estados e municípios. Pondere-se que, se a licitação e a contratação se sujeitarem ao RDC, apresenta-se irrelevante que aqueles sistemas hajam sido indicados, até aqui, apenas para os órgãos e entidades da administração federal. O que definirá a obrigatoriedade de seu emprego para a estimação do valor do objeto é a submissão ao RDC, que é expresso na indicação daqueles sistemas. Vale dizer

⁶ <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2545893.PDF>

⁷ A subcontratação da empresa autora do projeto básico pela empresa contratada para a execução das obras e serviços, com a finalidade de elaborar o projeto executivo, afronta o disposto no art. 9º, inciso I e § 3º, da Lei 8.666/1993. Embargos de declaração interpostos por gestor da [...] contra o Acórdão 1703/2012-Plenário alegaram, em argumentação genérica, contradições nos fundamentos utilizados pelo Tribunal para a condenação do responsável ao pagamento de multa por irregularidade havida em contrato de execução de obras e serviços no aeroporto de [...]. A firma autora do projeto básico fora subcontratada pela empresa executora da obra para a elaboração do projeto executivo. Ao acompanhar a posição da unidade técnica, o relator entendeu não haver as contradições alegadas, e manteve o entendimento de ter ocorrido subcontratação irregular da responsável pela autoria do projeto básico, o que contrariou o disposto no art. 9º, inciso I e § 3º, da Lei 8.666/1993 e justificou a referida apenação. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, negou provimento ao recurso. (Acórdão 157/2013-Plenário, Relator Min. Aroldo Cedraz, Processo nº 008.884/2006-o, TCU).



que será impugnável o valor estimado do objeto que não haja resultado da aplicação daqueles sistemas, quer se cuide de licitação federal, estadual ou municipal, sob o regime do RDC.

Quanto aos projetos básico e executivo da obra ou do serviço de engenharia, o RDC exige, tal como a Lei Geral, a aprovação do projeto básico pela autoridade competente, vale dizer, pela Administração contratante, e estabelece que a oportunidade de desenvolver-se o projeto executivo é posterior a esse ato de aprovação do projeto básico, qualquer que seja o regime de execução da obra ou do serviço, admitindo que o projeto executivo poderá ser desenvolvido de uma só vez ou por etapas, no curso da execução, a depender da escolha técnica de quem estiver incumbido de elaborá-lo. A faculdade de deixar ao licitante vencedor a tarefa de desenvolver o projeto executivo também se encontra nas regras da Lei nº 8.666/93, artigos 7º, § 1º, 9º, § 2º, e 40, V. Na aplicação da Lei Geral, porém, o que se verifica é a dificuldade de desenvolver-se o projeto executivo sem projeto básico dotado de padrão técnico consistente.

Por isto que um dos regimes do RDC - o de contratação integrada -, ao delegar para o adjudicatário contratado a elaboração dos projetos básico e executivo, inadmitte, em princípio, alteração de preço se vier a mostrar-se necessária alteração de projeto, com o que pretende transferir para o contratado a responsabilidade integral e exclusiva pela excelência daqueles projetos, já que erros em sua elaboração não poderão ser corrigidos com elevação de preço para a Administração contratante. Ver-se-á, na prática dessas contratações, se a fórmula funcionará, ou se, tal como no regime da Lei nº 8.666/93, sobrevirão inúmeros termos aditivos ao contrato, à conta de alterações de projeto, até porque, se a responsabilidade pela excelência do projeto fosse tão só da contratada, o mesmo não se poderia afirmar quanto à pertinência dos projetos. Caberá, sempre, à Administração verificar, mesmo no regime de contratação integrada, se o projeto básico proposto pela contratada dá resposta efetiva e fiel às questões previamente definidas pela Administração quanto às finalidades a alcançar com o objeto do contrato. Ao aprovar o projeto, a autoridade administrativa competente continuará a responder subjetivamente por desvios de finalidade de que seja portador.

Tal postura do RDC enseja intrigante indagação, qual seja a de se saber se é legítima a submissão da Administração Pública brasileira a projetos com padrão imposto por entidades internacionais.

A indagação decorre do fato de que o RDC destina-se à licitação e contratação de obras e serviços necessários à realização dos eventos internacionais mencionados em seu art. 1º, eventos sob a direção e supervisão de entidades internacionais, tais como a Federação Internacional de Futebol (FIFA) e o Comitê Olímpico Internacional (COI), que exigem especificações próprias e inarredáveis na edificação das instalações nas quais os respectivos jogos serão disputados. Instigante bordão passou a circular em manifestações públicas pelas ruas das cidades brasileiras que sediarão aqueles jogos, ocorridas a partir de meados de 2013, no sentido de que o chamado “padrão Fifa” deveria ser o adotado pelos serviços públicos brasileiros em geral, de um lado, ou de que corresponderia a custo sobremodo elevado, em contraste com os meios de que dispõe a sociedade brasileira e suas organizações para a prestação de serviços à população. Em outras palavras, o chamado “padrão Fifa” seria o exigível de todos os projetos do estado e de suas concessionárias para prestar serviços públicos, ou seria censurável a sua adoção pelos projetos de eventos internacionais, por ultrapassar os limites materiais e culturais da realidade brasileira.

Superada que seja a carga emocional das manifestações, a legitimidade do “padrão Fifa” não parece desalinhar-se da ordem jurídica brasileira.

Em análise sobre a aceitação, em licitações da Administração brasileira, de regras e procedimentos de licitação ditados por organismos internacionais, em hipóteses específicas (Lei nº 8.666/93, art. 42, § 5º), Rafael Wallbach Schwind faz ver, com razão:

São relativamente frequentes afirmações no sentido de que as previsões contidas no § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666 seriam uma espécie de subserviência do Estado brasileiro a interesses estrangeiros. Ainda que se reconheça a legitimidade da preocupação dos críticos com a soberania nacional, não se trata disso [...] Se uma convenção, tratado ou ato internacional foi firmado pelo Brasil e passou por todas as exigências constitucionais para que houvesse a sua integração ao direito interno, tais regras passaram a ter *status* de lei ordinária, que é exatamente o mesmo conferido à Lei nº 8.666 [...] É evidente que tais regras podem estabelecer disposições diversas daquelas previstas na Lei nº 8666, mas isso não significa qualquer subserviência do Estado brasileiro aos demais atores da ordem internacional. Aliás, em virtude de os tratados, convenções, protocolos e acordo internacionais



constituírem instrumentos de integração entre os seus signatários, é evidente que as regras neles previstas terão o intuito de harmonização. Deverão ser regras aceitas por todos os signatários, ainda que diversas dos procedimentos licitatórios internos de cada país [...] O Brasil insere-se em um contexto global em que é crescente a relação entre os países e os organismos internacionais por eles integrados. Com isso, há fontes normativas internacionais que exercem alguma influência no direito administrativo nacional – o que, aliás, não é propriamente nenhuma novidade, embora o fenômeno esteja se intensificando. Ademais, as próprias contratações públicas se transformam num importante mecanismo de integração social, política e econômica. Há um mercado público internacional, por assim dizer. Nesse contexto, ao aplicar normas editadas por organismos internacionais, o Estado brasileiro está livremente aderindo às necessidades mundiais de organização da vida econômica, social e política. Isso não significa, contudo, qualquer perda da soberania nacional ou coisa que o valha. Muito menos conduz a uma espécie de fuga do direito administrativo. Afinal, a Administração Pública, mesmo aplicando normas de origem internacional, continuará subordinada ao direito. Deverá observar os princípios constitucionais que regem a sua atuação [...] O que caracteriza o direito administrativo não é a submissão da Administração à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional, e sim a submissão ao direito – no que inequivocamente se inserem as normas a que o Estado brasileiro aderiu. (*Licitações Internacionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p 89-93).