

BDI de obras públicas: parâmetros para a justiça social

Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti Ormond

Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Graduada em Letras Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ).

Analista judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.
Ex-advogada parecerista da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

ORCID: 0009-0006-5610-3406

Email: andrea.ormond@uol.com.br

Revisores: Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz (e-mail:
claudia.luz@mpm.mp.br)

Manoel Veridiano Fukuara Rebello Pinho (CV Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/6102399584805927>; e-mail:
manoelpinho82@gmail.com)

Data de recebimento: 24/09/2023

Data de aceitação: 16/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10076032

RESUMO: O presente artigo, por meio da revisão bibliográfica, examina um elemento de extrema relevância nas licitações: o BDI (“benefícios ou bonificações de despesas indiretas”) de obras públicas. No capítulo inicial são elencadas premissas da Administração Pública. No capítulo 2, tratamos do planejamento contratual para então correlacioná-lo, no capítulo 3, ao conceito de BDI. Conforme diretrizes da governança pública, o adequado planejamento impede desvios como o “jogo de planilhas”. O capítulo 4 dedica-se à Análise Econômica do Direito – disciplina importante em um cenário de recursos escassos –, com enfoque na Lei nº 13.665/18 e em decisões do Supremo Tribunal Federal. No capítulo 5, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União revela mecanismos de controle para a questão ora debatida. Conclui-se, por fim, que o dimensionamento do BDI é fundamental para a gestão de contratos públicos e para a fruição de projetos que efetivamente contribuam para a justiça social no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: direito público; BDI; licitação; governança; controle externo; justiça social.

ENGLISH

TITLE: BDI in public works projects: parameters for social justice.

ABSTRACT: This article, through bibliographic review, examines a relevant element in bidding procedures: the BDI (“Budget Difference Income”) in public works projects. The overview chapter lists Public Administration premises. Chapter 2 reviews the planning of public contracts before turning, in chapter 3, to its correlation with the concept of BDI. According to public governance guidelines, adequate planning prevents deviations such as the “spreadsheet ploy”. Chapter 4 is dedicated to the Economic Analysis of Law – an important discipline in the scenario of scarce resources –, focusing on Federal Law No.13.665/18 as well as decisions of the Federal Court of Justice (Supremo Tribunal Federal). In chapter 5, the jurisprudence of the Federal Audit Court (Tribunal de Contas da União) reveals control mechanisms for the issue now debated. In conclusion, the essay aims to draw lessons from the dimensioning over the BDI, which is fundamental for contract management in the public sector and for the fruition of projects that may effectively contribute to social justice in Brazil.

KEYWORDS: public law; BDI; bidding procedures; public governance; external advisement; social justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Aspectos controvertidos no planejamento contratual – 3 Benefícios e despesas indiretas (BDI) na era da governança pública – 4 Análise Econômica do Direito – 5 Controle do BDI pelo Tribunal de Contas da União – 6 Breve síntese.

1 INTRODUÇÃO

Ao contratar determinada obra, a Administração Pública está jungida a trâmites seguros e descritos em lei. Não compete aos gestores

inventar ritos de negociação, haja vista que obedecem tanto à Carta Maior quanto à legislação infraconstitucional.

“Licitar” implica em escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, dentre o maior número possível de participantes. A ideia é adotar um sistema de meritocracia, que atenda à República.

Na *res publica*, cidadãos são iguais (CF, art. 5º, *caput*). Logo, não cabem favoritismos. A regra é licitar – ressalvados os casos previstos em lei – e garantir igualdade entre os concorrentes. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal (*in verbis*):

XXI – **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as **condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifou-se)

283

Licitações envolvem saberes interdisciplinares e agentes econômicos diversos – públicos ou privados; consumindo, produzindo ou escolhendo. O artigo 170 da Constituição Federal é claro ao regular o comportamento dos agentes. Submete-os à busca da **justiça social** e a princípios como o da redução das desigualdades regionais e sociais.

O BDI (“benefícios ou bonificações e despesas indiretas”) de obras ou serviços públicos – também conhecido como LDI (“lucro e despesas indiretas”) – comporta questões seríssimas, que podem desvirtuar a lisura do procedimento licitatório.

Em síntese, BDI é a “taxa correspondente às despesas indiretas e ao lucro que, aplicada ao custo direto de um empreendimento (materiais, mão-de-obra, equipamentos), eleva-o a seu valor final” (Mendes; Bastos, 2001, p. 13).

Desde a fase interna da licitação até a execução contratual, o BDI é elemento de quizília, apto a provocar resultados devastadores nos cofres públicos.

Licitantes mal-intencionados realizam, por exemplo, “jogos de planilhas”. Diminuem itens do BDI e os superfaturam alhures, na proposta. No futuro, a recomposição do jogo levará à indústria de termos aditivos e até mesmo à impossibilidade de execução da avença.

O correto dimensionamento do BDI evita danos ao erário e à sociedade. Conseqüentemente, na fase interna da licitação, o planejamento contratual assume posição de destaque (capítulo segundo, *infra*).

A fase interna envolve a gestação do objeto a ser licitado: ocupa os setores que analisam a conveniência e a oportunidade da matéria. Envolve, ainda, o exame de legalidade, efetuado pelas assessorias jurídicas.

A fase interna deságua na fase externa do certame. Nesta, os itens que compõem o BDI (capítulo terceiro) são verificados *in concreto*, durante a execução do contrato. No cenário contemporâneo, tem-se verificado a utilização de mecanismos de governança pública, com vistas à entrega de melhores resultados à sociedade.

O debate sobre o BDI também nos leva à Análise Econômica do Direito (capítulo quarto), disciplina importante para a alocação racional dos recursos, sobretudo no Brasil, país premido por restrições orçamentárias. A Lei nº 13.655/18 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal laboram em tal sentido.

Por seu turno, o Tribunal de Contas da União fornece julgados específicos sobre o BDI, na miríade dos contratos públicos (capítulo quinto). Trata-se de resguardar o orçamento federal e permitir à Administração que canalize recursos para demandas que efetivamente atendam aos interesses da sociedade.

Após esse breve alinhavar de ideias, passemos aos capítulos que seguem.

2 ASPECTOS CONTROVERTIDOS NO PLANEJAMENTO CONTRATUAL

Nem toda ordem é legal. Para sabermos se uma ordem é hígida – pronta para ser seguida –, precisamos saber se foi criada por meio do devido processo legal.

A lei é faceta bastante clara do sistema de freios e contrafreios da República. Sistema que se origina da concepção tripartite de Poderes institucionais (CF, art. 2º).

Quando o Legislativo impõe uma diretriz legal, compete à Administração Pública executá-la. É sabida a distinção de que (a) administrados fazem aquilo que **não é** interditado pela lei e (b) a Administração cumpre aquilo que **é** determinado em lei.

O devido processo legal decompõe-se em dois aspectos: procedimental – voltado para o rito – e substantivo – voltado para a substância dos valores jurídicos.

Como visto, o **princípio da legalidade** é o norte – bastante complexo, por sinal – de toda a Administração Pública. Assim reza a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo [...], supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do “due process of law”, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária (AC 2893 MC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 22/6/2011, p. 29/3/2012).

No direito pátrio, as licitações encontram-se devidamente regradadas pela Constituição Federal (CF, art. 37, XXI), pela plêiade de leis – v.g., nº 14.133/21 (“Lei de Licitações e Contratos Administrativos”), nº 10.520/02¹, nº 12.462/11², Lei 13.303/21³ – e demais atos normativos – como o Decreto nº 7.892/13, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços.

Entidades da Administração Pública também formulam regras para orientar os setores envolvidos nas licitações e no planejamento dos contratos. Trata-se do Poder Executivo exercendo a função atípica de legislador. Por óbvio, a orientação precisa guardar consonância com as diretrizes maiores do ordenamento. Recentemente, a Portaria SEGES/MGI nº 1.769, de 25 de abril de 2023⁴, expedida pelo Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, reporta-se à já mencionada Lei nº 14.133/21.

A licitação não é um fim em si mesmo. É um meio. “[...] Tem caráter instrumental, porquanto espelha um meio para que a Administração alcance fim por ela colimado” (Carvalho Filho, 2007, p. 215). Assim sendo, o edital da licitação delimita o objeto – i.e., o fim público – que, por seu turno, estará nas propostas dos licitantes.

O plexo de conceitos descrito até agora nos remete a outros princípios constitucionais, como os da **eficiência** e da **moralidade** (CF, art. 37, *caput*).

¹ “Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.”

² “Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC”, além de outras providências.

³ “Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

⁴ “Dispõe sobre o regime de transição de que trata o art. 191 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.”

Na República não se toleram favoritismos; não se toleram quaisquer atos que atentem contra as premissas éticas do ordenamento (CF, art. 37, § 4º). Milita-se pelo mérito. Milita-se pela escolha do melhor proponente, por suas intrínsecas qualidades, verificadas de modo objetivo. Chegamos, portanto, a outro princípio: a **isonomia**. Conforme a ADI nº 2.716, a isonomia leva à busca de **agentes econômicos** que sejam realmente capacitados para a **satisfação do interesse público**:

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. [...] Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público (ADI 2716, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 29/11/07, DJE 6/3/08).

287

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi feliz ao elencar princípios gerais e setoriais, aplicáveis aos procedimentos licitatórios:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Nesse ponto, deve-se atentar para o fato de que licitações envolvem a participação do Estado como agente econômico. Submetem-se,

portanto, ao Título VII – “Da ordem econômica e financeira” – da Constituição Federal, que se inicia com o artigo 170. Dada a relevância, transcrevemos o dispositivo na íntegra:

Art. 170. A **ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes **princípios**:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Grifou-se)

Por razões de fomento (CF, art. 174⁵), o Estado pode (e deve) incentivar práticas desejáveis e repelir aquelas contrárias a valores fundamentais. Nesses casos não se estará diante de favoritismos. A mencionada Lei nº 14.133/21 permite que seja exigido do contratado um percentual mínimo de determinados colaboradores (art. 25, § 9⁶). É a positivação da **função regulatória das licitações**.

Ainda no âmbito do direito administrativo, as empresas estatais – submetidas ao regime da Lei nº 13.303/21, diferentemente das normas

⁵ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

⁶ “§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:

I - mulheres vítimas de violência doméstica;

II - oriundos ou egressos do sistema prisional.”

gerais – também configuram exceções criadas pelo Estado para que, em essência, o espírito da Constituição seja respeitado.

Atualmente, o agronegócio brasileiro é responsável por 20 a 25% da economia nacional justamente por sua modernização nos últimos 50 anos, período que, não por acaso, coincide com a criação da Embrapa.

A empresa pública foi certamente uma das grandes responsáveis por parcela dessa transformação, integrada a políticas agrícolas de fomento, crédito, seguro agrícola etc. (Octaviani; Nohara, 2021, p. 228. Grifou-se).

Tratada a base epistemológica da licitação, passemos ao seu cotidiano, à sua implementação prática.

O procedimento licitatório possui **etapa interna** – até a publicação do edital – e **etapa externa** – posterior à publicação do edital.

Na etapa interna, a Administração prepara o terreno para que os princípios administrativos sejam encontrados no certame. Na etapa externa, os princípios são alcançados *in concreto*, no contato direto com os terceiros, alheios ao corpo da Administração:

A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa [...] é aquela [...] de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame (Mello, 2006, p. 547).

Pois bem. Na fase interna podemos verificar a cisão entre o plano da legalidade e o plano da conveniência e da oportunidade. Os *desejos* do gestor precisam curvar-se à legalidade. Em outras palavras, o binômio **conveniência-oportunidade** precisa curvar-se à **legalidade**.

Não à toa, assessorias jurídicas de instituições públicas (Lei nº 14.133/21, art. 53) examinam as justificativas técnicas e a necessidade de realização do certame. As assessorias praticam um filtro que, bem

realizado, evitará resultados drásticos – entre eles, a anulação do edital ou, conforme o art. 137, VIII⁷, a fulminação do contrato administrativo, por razões de interesse público.

O **planejamento** é, portanto, crucial para a sobrevivência do procedimento licitatório. Desde o seu nascedouro até o esgotamento de todos os seus efeitos na ordem social.

É bem de se ver que o interesse primário e o interesse secundário da Administração são aspectos que ganharam repercussão no direito administrativo contemporâneo. Eis o magistério do Ministro Luís Roberto Barroso:

O interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, quer se trate do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas (Barroso, 2013, p. 100, grifos no original).

O **essencial** – interesse primário – e o **adjetivo** – interesse secundário – requerem a atenção do intérprete. Afinal, a ordem econômica submete-se à livre iniciativa (CF, art. 170, *caput*), mas também à intervenção do Estado, nos limites previstos pelo constituinte originário (CF, art. 172, *ss.*).

Prever, controlar e, se necessário, punir. Eis a tríade para a Administração Pública. Sem ela, a sociedade brasileira permaneceria à mercê de condutas desviantes e à margem da **justiça social**:

⁷ “Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:
VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante”.

O Estado de direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social. Deu-se conta, ainda, de que a **sociedade se tornou acentuadamente plúrima, em termos de concepção de vida e de interesses essenciais**, e de que a todos os membros da comunidade é devida a consideração e o respeito em termos de proteção normativa básica (Mendes; Branco, 2019, posição 1.696. Grifou-se).

José Afonso da Silva, em passagem lapidar, define as engrenagens da justiça social:

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve **poder dispor dos meios materiais** para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. **Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria** (Silva, 2003, p. 765. Grifou-se).

O dimensionamento adequado do BDI é uma das estratégias para alocação de recursos públicos. Recursos que possam corrigir as profundas desigualdades na distribuição de riquezas. Como exemplo, vejamos acórdão do Tribunal de Contas da União. Aqui se destaca a **alta materialidade** de achados em auditoria de obras públicas. Após a adequação do BDI, logrou-se economia aos cofres públicos na ordem de 839 (oitocentos e trinta e nove) milhões de reais – **quase um bilhão de reais**:

169. Na primeira diligência, a SeinfraRodov pontuou **falhas no valor do percentual utilizado para o BDI de referência**, nos preços dos materiais betuminosos e do insumo “cimento a granel” e nos quantitativos dos serviços de “tapa buraco”, “remendo profundo”, “serragem de juntas” e “roçada”. **Estima-se em R\$ 447,6 milhões os benefícios resultantes das alterações do orçamento** resultantes dos apontamentos realizados nessa diligência.

170. Na segunda diligência se comunicou à ANTT equívocos em uma nova versão do EVTEA, que contemplava, além das correções realizadas em função da diligência prévia, modificações nas soluções de ampliação de capacidade adotadas, principalmente em relação à BR-262/MG. A Unidade Técnica do TCU apontou a necessidade de correções na quantificação de postes e luminárias, na quantificação de serviços de restauração, nos custos de desocupação, em itens

do projeto de aumento de capacidade da BR-262/MG (terraplenagem, drenagem, pavimento, meio ambiente e desapropriação), na instalação das barreiras de segurança duplas e simples e nos retornos de nível. **Das correções resultantes dos pontos apresentados nessa diligência resultou um benefício estimado de R\$ 391,6 milhões.** (Acórdão nº 1769/2021, Plenário, Processo 028.116/2020-8, Relator Raimundo Carneiro, 28/7/2021. Grifou-se).

3 BENEFÍCIOS E DESPESAS INDIRETAS (BDI) NA ERA DA GOVERNANÇA PÚBLICA

Como exposto anteriormente, BDI é o **percentual** a ser aplicado sobre os custos diretos de uma obra ou serviço públicos.

O BDI tem por objetivo garantir o lucro do contratado e adimplir as despesas indiretas. Acopla-se ao custo direto e, dessa forma, compõe o preço final proposto pelo licitante.

De um lado, o BDI atende aos interesses do particular (lucro). De outro, previne delírios na gestão das planilhas orçamentárias.

Os **custos diretos** de uma obra referem-se aos insumos necessários para a produção do objeto – gastos com material, equipamentos, mão de obra, administração local e outros. Têm caráter objetivo e são medidos objetivamente pelas quantidades lançadas na planilha do edital.

Custos indiretos possuem caráter complexo. Não se relacionam diretamente com os insumos, pois dependem de fatores externos e cambiantes. Voltaremos ao tema adiante, neste capítulo.

Lucro, por sua vez, é a remuneração pela atividade econômica do contratado.

Quanto ao BDI, a antiga Lei nº 8.666/93 previu a obrigatoriedade de o edital da licitação estabelecer “o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global” (art. 40, X), sem mencionar o acrônimo. A Lei do Regime

Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/11) mencionou-o brevemente, no art. 17, III⁸.

Nos diplomas, a intenção do legislador foi dar transparência aos custos, deixá-los visíveis para a coletividade. “[...] Tudo com vistas a evitar que o contratado possa, futuramente, manejar esses preços em desfavor da Administração Pública, naquilo que se convencionou denominar de ‘jogo de planilhas’” (Garcia, 2013, p. 12).

Por “**jogo de planilhas**” entende-se a reorganização de insumos – e, conseqüentemente, de custos –, com o fim de remodelar a proposta vencedora do certame. Exemplo 1: preço baixo e razoável pode transformar-se em preço caro e irrazoável, durante a execução do contrato. Exemplo 2: preço alto precisa ser refreado pelo edital. Nas duas hipóteses, compete ao instrumento convocatório a correta estimativa do BDI.

Podemos traçar um paralelo entre o BDI e outra conhecida controvérsia: o “valor de outorga” em concessões de serviços públicos. Valor de outorga é a quantia que o licitante vencedor paga ao poder concedente. Hugo de Brito Machado qualifica o “valor de outorga” como tributo oculto ou disfarçado, verdadeira “maquiagem” no contrato administrativo:

Como a empresa vai pagar ao poder concedente aquele *valor da outorga*, ela naturalmente o inclui como custo de sua atividade. E, assim, esse valor é considerado na fixação da tarifa correspondente, cobrada do usuário do serviço, que, por essa via, paga o tributo oculto na mesma (Machado, 2007, p. 98. Grifos no original).

Atento à realidade administrativa, o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços sugeriu a **disseminação do método *Building***

⁸ “III - nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à administração pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor.”

Information Modelling (BIM) para obras públicas⁹, em documento datado de 2018:

BIM é o conjunto de tecnologias e processos integrados que permite a criação, utilização e atualização de modelos digitais de uma construção, de modo colaborativo, servindo a todos os participantes do empreendimento, potencialmente durante todo o ciclo de vida da construção (p. 5).

O mesmo documento enumera as qualidades do BIM: (a) assegurar ganhos de **produtividade** ao setor de construção civil; (b) proporcionar ganhos de **qualidade** nas obras públicas; (c) aumentar a **acurácia no planejamento** de execução de obras proporcionando maior **confiabilidade de cronogramas e orçamentação**; (d) contribuir com ganhos em sustentabilidade por meio da redução de resíduos sólidos da construção civil; (e) reduzir prazos para conclusão de obras; (f) contribuir com a melhoria da transparência nos processos licitatórios; (g) **reduzir necessidade de aditivos contratuais** de alteração do projeto, de elevação de valor e de prorrogação de prazo de conclusão e de entrega da obra; (h) elevar o nível de qualificação profissional na atividade produtiva; (i) estimular a **redução de custos existentes no ciclo de vida** dos empreendimentos (Ibid, p. 10).

Todo esse movimento administrativo está diretamente ligado ao conceito de **governança pública**.

Sob o prisma da ciência da Administração, cada vez mais interligada à gestão profissional do setor público, governança refere-se à adoção de boas práticas para entendimento e atendimento das necessidades e das expectativas de partes interessadas (*stakeholders*). Estas, segundo a norma ISO 9001:2015, são pessoas ou organizações que afetam ou são afetadas por determinada organização, garantindo-lhe sucesso ou ruína.

⁹ A matéria foi tratada nos Decretos Federais n^{os} 9.377/18 e 9.983/19, que inclusive estabeleceram normas sobre o Comitê Gestor da Estratégia BIM BR.

Sob o prisma jurídico, a governança pública refere-se ao “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (Decreto nº 9.023/17, art. 2º, I).

Assim sendo, a governança pública tem por objetivo dar **efetividade** aos recursos que foram direcionados a políticas públicas. Noutros termos, a governança visa à **justiça social** e à geração de **valor público**. “Valor público”, na atual quadra do direito administrativo, pode ser compreendido como a reivindicação – pela sociedade – da riqueza que ajudou a criar, inclusive mediante contribuições ao erário. Atente-se para o inciso II, art. 2º, do mesmo Decreto nº 9.023/17:

II - valor público - produtos e resultados gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem **respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas** de interesse público e **modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos** reconhecidos como destinatários **legítimos de bens e serviços públicos**. (Grifou-se)

295

Voltando os olhos à atuação cotidiana dos gestores, verifica-se que o BDI traz uma especial dificuldade ao tentarem entregar resultados à sociedade. Como quantificar os **custos indiretos**? Marçal Justen Filho leciona a respeito:

A composição de custos indiretos não é uniforme. No Brasil, os custos financeiros apresentam enorme variação. [...] A multiplicidade de encargos perante o poder público dificulta o dimensionamento exato dos custos.

Em muitos casos, o empresário nem sequer consegue avaliar a sua margem de lucro. Portanto, é até perigoso adotar a premissa de que existiria um BDI determinado e preciso para cada tipo de atividade (Justen Filho, 2014, p. 738).

Nesse sentido, o Decreto nº 7.983/2013 estabeleceu “regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União”. No artigo 9º, encontramos os **componentes do BDI**:

Art. 9º. O preço global de referência será o resultante do custo global de referência **acrescido do valor correspondente ao BDI**, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo:

I - **taxa de rateio da administração central**;

II - **percentuais de tributos** incidentes sobre o preço do serviço, **excluídos aqueles de natureza direta e personalística** que oneram o contratado;

III - taxa de **risco, seguro e garantia** do empreendimento; e

IV - taxa de **lucro**.

§ 1º Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.

§ 2º No caso do fornecimento de equipamentos, sistemas e materiais em que o contratado não atue como intermediário entre o fabricante e a administração pública ou que tenham projetos, fabricação e logísticas não padronizados e não enquadrados como itens de fabricação regular e contínua nos mercados nacional ou internacional, o BDI poderá ser calculado e justificado com base na complexidade da aquisição, com exceção à regra prevista no § 1º. (Grifou-se)

A **administração central** (inciso I) está no campo dos **custos indiretos** – aluguel de escritório, pagamento de diretores. Em suma, o suporte técnico-operacional para manter a sede da empresa contratada. A **administração local** refere-se aos **custos diretos** – taxas, emolumentos, equipamentos; em suma, todo o material de apoio a atividades típicas de **execução da obra** propriamente dita. Por tal motivo, os gastos com a administração local são descritos objetivamente na planilha da proposta. Logo, são custos diretos.

Quanto aos **tributos de caráter personalístico** (inciso II), sabemos que eles defluem da própria condição do contratado (*e.g.*, COFINS, PIS, ISS). Assim sendo, não podem ser suportados pelo erário. Estão no campo dos custos diretos e previsíveis. Estão, portanto, excluídos do BDI.

Os incisos III e IV do dispositivo ratificam a necessidade de o BDI envolver **elementos imprevisíveis**, que não possuem uma aritmética objetiva. Envolve as incertezas econômicas e precisam ser ponderados no objeto do contrato.

O parágrafo 1º versa sobre serviços acessórios à obra – podem ser executados por empresa que não a contratada. O parágrafo 2º elenca situações específicas, que possuem BDI diferenciado.

Inovando em relação à antiga Lei nº 8.666/93, o artigo 23, § 2º, da Lei nº 14.133/21 também ofereceu parâmetros concretos para a estimativa do BDI:

§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Por fim, para a correta apreensão do conceito de BDI, ressaltamos novamente um detalhe já comentado. BDI é um **percentual** “aplicado sobre o custo para chegar ao preço de venda a ser apresentado ao cliente” (TCU, Decisão 255/1999, Primeira Câmara). Não enseja um valor absoluto, mas sim aferido no caso concreto. Tal fato dá-se em virtude de o controle sobre o BDI ser repleto de nuances econômicas, como veremos no próximo capítulo.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Economia e direito são dimensões complementares – e não idênticas – da vida social:

[...] os seres humanos, ao efetuar escolhas, ponderam os custos e benefícios em busca da maximização dos benefícios. As regras jurídicas, por sua vez, moldam e direcionam os incentivos para influenciar a decisão a ser tomada pelo indivíduo, adequando-a à satisfação do interesse público (Oliveira, 2019, posição 16.779).

O princípio da **eficiência** – um dos paradigmas da ciência econômica – foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Naquele momento, o Estado se esforçava para realizar a transição do modelo burocrático para o modelo gerencial. A partir de 1995, a Reforma do Aparelho do Estado havia buscado enxergar no cidadão um cliente com interesses, em vez de mero receptor de ordens frias e formais. Maria Sylvia Di Pietro bem sintetiza a roupagem jurídica do princípio da eficiência:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação **ao modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na

prestação do serviço público (Di Pietro, p. 111. Grifos no original).

Desde aquele ano de 1998, novos arranjos sociais causaram mudanças no universo jurídico. Em tempos de sociedade da informação e *big data* – com incrível acúmulo de dados sobre Estado, cidadãos e Terceiro Setor –, a Administração teve de se adaptar a um modelo pós-positivista. José Faleiros Júnior estabeleceu três linhas-mestras sobre o que denomina “**Administração Pública digital**”:

[...] (i) a implementação de políticas de **governança** (*compliance*) para a proliferação de uma cultura de conformidades que previna ilícitos; (ii) a **consensualização** lastreada em aparatos tecnológicos, visando à aproximação do povo (verdadeiro detentor do poder) aos processos decisoriais para elevar sua legitimidade; (iii) a **procedimentalização digital**, permitindo uma revisitação da clássica disciplina dos atos e processos administrativos a partir dos primados da transparência e da celeridade, em substituição à tecnocracia (Faleiros Júnior, 2020, p. 34-35. Grifou-se).

299

Atravessando as décadas de 1990, 2000 e 2010, o princípio da eficiência permanece relevante. Com ele, o legislador brasileiro aprofundou a parcimônia na alocação de recursos públicos e atingiu um momento especial na publicação da Lei nº 13.655/18.

A Lei nº 13.655/18 alterou o Decreto-Lei nº 4.657/42, originalmente batizado como “Lei de Introdução do Código Civil” (LICC), promulgado em 1942, durante a Segunda Guerra Mundial. Por meio da Lei nº 12.376, a LICC passou a ser denominada “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)”.

Em 2018, a Lei nº 13.655 atestou de vez a convivência umbilical entre normas de direito privado e normas de direito público. Nascida no século XXI, em cenário de crises orçamentárias e de escassez de recursos, seus dispositivos deixaram clara a adoção do **consequencialismo** – outro

paradigma da ciência econômica. O agente público precisa obrigatoriamente avaliar as consequências de suas decisões. Transcrevemos os artigos 20 a 22 da LINDB, na redação que lhes foi conferida pela Lei nº 13.655/2018. *In verbis*:

Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas **consequências jurídicas e administrativas**.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de **normas sobre gestão pública**, serão considerados os **obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados**.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Grifou-se)

A dicção da Lei traz um léxico para o qual devemos atentar: “dificuldades reais do gestor”, “políticas públicas”, consequências “práticas”, “jurídicas” e “administrativas” de decisões “judiciais”, “controladoras” e “administrativas”. Para fins de segurança jurídica, os “direitos dos administrados” permanecem protegidos pela Lei.

Da análise, vê-se como o consequencialismo e a eficiência casam-se com o que se convencionou chamar por “Análise Econômica do Direito” (AED). A AED reporta-se à:

[...] avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano. É nesse contexto que começa a ser discutida e considerada no Brasil a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na **tomada racional de decisões jurídicas** (Gico Jr., 2021, pp. 26-27. Grifou-se).

301

Na perspectiva juseconômica, o BDI deve ser acompanhado *ex ante* – desde a fase interna da licitação – e *ex post* – na fase externa e na atuação das Cortes de Contas. A manipulação do BDI de obras públicas é exemplo de aplicação dos conceitos econômicos de assimetria informacional e *moral hazard*:

Outro problema que assola as contratações do governo para grandes obras é a questão do **Moral Hazard (risco moral)**. Nesse caso, a vantagem informacional surge após a assinatura do contrato. Seria o caso, por exemplo, de uma empresa começar a executar um contrato e ir baixando a qualidade do insumo utilizado, com o fito de reduzir seus custos. A exemplo do que vimos na seleção adversa, o *moral hazard* é um exemplo claro da presença de **assimetrias de informação** em procedimentos licitatórios.

No *Moral Hazard*, é importante centrar atenção nas mudanças do projeto original, depois da assinatura do contrato, e os custos daí derivados, que é um recente e importante ponto de investigação para a doutrina moderna (Nóbrega, 2021, pp. 619-620. Grifou-se).

Por sinal, a **microeconomia** – ramo que estuda o comportamento econômico de empresas, lugares e indivíduos – já estava presente em julgado célebre do Supremo Tribunal Federal, no distante ano de 2003. Sem a utilização do acrônimo “AED”, o Ministro Relator Sydney Sanches manifestou-se pelo argumento consequencial. Os autos diziam respeito à Reforma da Previdência de 1988 (art. 14 da EC nº 20/98) e à necessidade de proteção de valores constitucionais (não discriminação por sexo):

E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá por apenas R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. [...]

Não é crível que o constituinte derivado, de 1988, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências (ADI 1946, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 3/4/03, DJE 16/5/03. Grifos no original).

Vinte anos depois, na era digital, a E. Corte adota explicitamente a AED, por meio de teses como “maximização de riqueza” e “teoria dos jogos”:

21. Consectariamente, partindo de um pressuposto de Análise Econômica do Direito, em que se busca a **maximização da riqueza**, afere-se que a exigência fiscal já datada de quase uma década não tem impactado os resultados das empresas que operam no mercado de mineração, mostrando-se exações suportáveis pelos contribuintes. Não há efeito confiscatório desproporcional.

22. À luz de uma **teoria dos jogos**, caso adotada a premissa do teto limite de recolhimento, é possível que o particular, assumindo uma posição agressiva, incremente sua capacidade produtiva, ultrapassando o teto que venha a ser fixado na legislação para recolhimento da taxa, momento em que o

modelo tenderá a produzir a maximização de benefícios ao particular, em detrimento do outro jogador, no caso o Estado, e mesmo da própria coletividade, que conviverá com uma exploração da atividade mineral em escala exponencial (ADI 4787, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 1/8/2022, DJE 13/10/2022. Grifou-se).

Outras premissas, do pragmatismo e do consequencialismo, também têm sido reiteradas pelo STF, com especial atenção ao papel do Poder Judiciário. Os votos destacam as consequências práticas de decisões na esfera judicial, aquelas a que a nova LINDB reportou-se, nos já mencionados arts. 20 e 21:

13. A excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais, sob a perspectiva da análise econômica do direito, é um dos fatores integrantes **do processo decisório de escolha racional realizado pelo agente** quando deparado com os incentivos atinentes à propositura de uma ação, à interposição de um recurso, à celebração de um acordo e à resistência a uma execução. Num cenário de inefetividade generalizada das decisões judiciais, é possível que o devedor não tenha incentivos para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar medidas protelatórias, contexto em que, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, célere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) estará promovendo incentivos perversos, com maiores *payoffs* apontando para o descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário (ADI 5941, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 09/02/2023, DJE 27/04/2023. Grifou-se).

303

5 CONTROLE DO BDI PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Passando ao âmbito das Cortes de Contas, os julgados traduzem o cotidiano dos administradores públicos.

No regime democrático brasileiro, os Tribunais de Contas são braços institucionais que garantem a transparência da administração direta e indireta (CF, art. 34, VII, *d*). São órgãos com densidade normativa. Auxiliam o Poder Legislativo na missão do **controle externo**, consectário do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

A missão do controle externo envolve a verificação da “legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da administração direta e indireta” (Silva, 2003, p. 728). Aqui encontramos os ditames do artigo 70, *caput*, da Constituição Federal.

O controle externo possibilita que recursos públicos sejam fiscalizados e canalizados para interesses legítimos. A malversação de recursos atenta contra a **justiça social** e impede a presença do Estado em áreas significativas, como saneamento básico, educação, saúde, transportes.

Por envolver questões ligadas à esfera administrativa e financeiro-orçamentária, os julgados das Cortes de Contas possuem uma intrincada combinação de disciplinas. Não apenas o direito em si, mas tópicos de outras ciências.

No que se refere ao BDI, cumpre “destacar [...] o **caráter de interdisciplinaridade** desse tema da engenharia de custos com outras áreas de conhecimento, como: Contabilidade, Administração, Economia, Direito e Estatística” (TCU, Acórdão nº 2.622/2013, Plenário. Grifou-se).

Não à toa, para coibir o famoso “jogo de planilhas”, é necessário combinar elementos daquelas diversas ciências. Vejamos, no acórdão abaixo, o combate do TCU à má utilização de termos aditivos. Segundo a Corte, o BDI previsto no edital de licitação precisa ser mantido – e não distorcido – pelos aditamentos contratuais:

Na hipótese de **celebração de aditivos em contratos de obras públicas para a inclusão de novos serviços**, o preço desses serviços deve ser calculado considerando o custo de referência e a taxa de BDI de referência especificada no orçamento-base da licitação, subtraindo desse preço de referência a diferença percentual entre o valor do orçamento-base e o valor global do contrato obtido na licitação, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a manutenção do percentual de desconto ofertado pelo contratado, em atendimento ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e aos arts. 14 e 15 do Decreto

7.983/2013 (Acórdão nº 2699/2019, Plenário, Processo 041.108/2018-3, Relator Ministro Augusto Nardes, 6/11/2019. Grifou-se).

O voto do Relator Ministro faz alusão explícita ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) – posteriormente adotado pelo artigo 23, § 2º, da Lei nº 14.133/21, como vimos no capítulo 3. O SINAPI fornece tabelas de preços na construção civil, elaboradas por intermédio da Caixa Econômica Federal e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística:

[...] foi inserido no ordenamento jurídico pátrio, a partir da Lei 11.768, de 14/8/2008 (LDO 2009), dispositivo que prevê que “A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.” (art. 109, § 6º daquela lei).

9. Tal dispositivo visou **mitigar a lesiva prática do jogo de planilha**, que consiste na modificação da equação econômico-financeira originalmente pactuada, mediante a prolação de termos aditivos que promovam a redução ou exclusão de itens da planilha com preços para os quais a contratada havia ofertado inicialmente descontos e a majoração de itens sem desconto ou inserção de itens novos a preços de mercado (Ibid.).

305

Na esfera do planejamento, compete à Administração entender o objeto e verificar a correta apuração do BDI. O verbete nº 253 de Súmula do TCU versa sobre materiais que apresentam taxa de BDI reduzida:

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 (TCU, Enunciado nº 253 de Súmula, Plenário, sessão de 31/3/2010, grifou-se).

Como visto, o enunciado determina a redução do BDI para os casos em que for inviável o parcelamento do objeto – art. 23, § 1º da antiga Lei nº 8.666/93, correspondente ao art. 47, II, da atual Lei nº 14.133/21.

O parcelamento é método inteligente, que extrai a máxima eficiência do objeto e auxilia o gestor a alcançar a finalidade pública pretendida. Na ocasião em que o verbete nº 253 foi aprovado, o Tribunal manifestou-se nos termos que seguem:

[...] A redação da súmula deve expressar o entendimento acolhido pela Comissão de Jurisprudência, de que a **redução do BDI somente se justifica no fornecimento de equipamentos e materiais que possam ser contratados diretamente do fabricante ou de fornecedor com especialidade própria e diversa da contratada principal.** Em todos os precedentes do Tribunal, o **objetivo de diferenciar o BDI**, conforme proposto no presente projeto de súmula, **é reduzir o seu valor em relação ao BDI do empreendimento**, razão pela entendemos que a redação deve expressar esse objetivo (Acórdão nº 624/2010, Plenário, Processo TC 008.450/2009-4, Relator Ministro Augusto Nardes, 31/3/2010. Grifou-se).

O objeto licitado – seus itens e custos – deve ser descrito com rigor. O princípio da legalidade tem por consequência o **caráter vinculatório do edital** (Lei nº 8.666, art. 3º, *caput*; Lei nº 14.133/21, art. 5º): o edital fornece a carta de navegação para o certame. Se o objeto não é delineado, a Administração abre espaço para favoritismos. O objeto tem de ser perfunctório, sem termos dúbios e genéricos. Reza o verbete nº 258 do TCU:

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 (TCU, Enunciado nº 258 de Súmula, Plenário, sessão de 9/6/2010).

Frise-se que o BDI é utilizado para cobrir custos indiretos. Se fossem conhecidos por mera subsunção objetiva, tais eventos seriam custos diretos. Entre eles, encontramos os **tributos de ordem pessoal**.

A jurisprudência da Corte de Contas consagrou, no enunciado nº 254 de Súmula, dois tributos personalísticos bastante comuns – o IRPJ e a CSLL. Ambos não ensejam “despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI [...], haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado”. Estão, portanto, **fora do BDI**.

Quanto a eventos imprevisíveis, é necessário considerarmos a **margem de incerteza** e as **despesas eventuais**. Vejamos o acórdão:

[...] Alegaram ainda que as “despesas eventuais” seriam custos diretos, por estarem relacionadas com a execução do objeto, o que seria justificável no caso de “dragagem por resultado”, na qual a empresa contratada “assume sozinha o risco da execução da obras”. **O relator rebateu, ressaltando que os itens “Despesas Eventuais” e “Taxa de Margem de Incerteza” ainda que não sejam compostos pelos mesmos tipos de riscos, destinam-se ao mesmo fim (cobertura de possíveis riscos eventuais ou imprevisíveis, que prejudicam a execução da obra), “devendo estar previstos uma vez só, em item único e próprio do orçamento”. Ou seja, todos os fatores de risco devem estar previstos no BDI (no subelemento “margem de incerteza”), “que é o item orçamentário destinado a cobrir todas as despesas classificadas como custo indireto, que são aquelas não diretamente relacionadas com os insumos necessários à produção dos produtos em si” [...]** (Acórdão nº 3637/2013, Plenário, TC 013.843/2010-9, Relator Ministro José Jorge, 10/12/2013. Grifou-se).

307

As peculiaridades do BDI devem ser aferidas no caso concreto, em virtude das diferenças macroestruturais que existem entre as inúmeras atividades econômicas, prestadas pela Administração Pública. Via de regra, há de se proteger a complexidade da ordem econômica nacional (CF, art. 170).

De igual modo, a análise requer uma abordagem sistêmica e não burocrática, fria, formal. O BDI é considerado no todo da proposta, até mesmo na hipótese de o licitante orçar valor acima do previsto no edital, desde que haja subavaliação de custos diretos e o preço final esteja ao nível do mercado:

Licitação. Proposta. BDI. Desclassificação. Custo direto. Compensação. Preço de mercado.

É irregular a desclassificação de licitante pelo simples fato de sua proposta conter taxa de BDI acima do percentual previsto no edital, uma vez que **a majoração do BDI pode ser eventualmente compensada pela subavaliação de custos diretos, enquadrando o preço final** ofertado ao de mercado (Acórdão nº 2460/2022, Plenário, TC 000.290/2022-0, Relator Ministro Vital do Rêgo, 1/11/2022. Grifou-se).

308 Por fim, os órgãos do controle externo não buscam restringir os ativos econômicos. Também não buscam depauperar a estrutura interna das empresas contratadas. Compete àqueles órgãos outro desiderato, muito mais elevado: o de adequar estruturas internas das empresas ao regime publicístico. Compete-lhes a difícil missão de atuar em prol da justiça social, ao controlar contratos que envolvem agentes econômicos, realidades e orçamentos diversificados:

[...] “não cumpre ao TCU estipular percentuais fixos para cada item que compõe a taxa de BDI, ignorando as peculiaridades da estrutura gerencial de cada empresa que contrata com a Administração Pública. **O papel da Corte de Contas é impedir que sejam pagos valores abusivos ou injustificadamente elevados** e por isso é importante obter valores de referência, mas pela própria logística das empresas é natural que ocorram certas flutuações de valores nas previsões das despesas indiretas e da margem de lucro a ser obtida”. Nesse sentido, embora o parâmetro mais importante seja o valor médio do BDI, por representar o valor de mercado, a **“adequabilidade da taxa de BDI tem sempre que ser analisada, pontualmente, em situação específica, pois há sempre a possibilidade de as tabelas referenciais não traduzirem a justa remuneração para alguns contratos de obras públicas”**. O Plenário do TCU, acolhendo as considerações da relatoria, expediu, dentre outros comandos, determinação às unidades técnicas do TCU

para que, nas **análises de orçamentos de obras públicas, passem a utilizar os parâmetros para taxas de BDI especificados no acórdão, procedendo, sempre que a taxa de BDI estiver fora dos patamares estipulados, ao exame pormenorizado dos itens que a compõem**, utilizando como diretriz os percentuais obtidos no estudo objeto dos autos, levando-se sempre em consideração as peculiaridades de cada caso concreto (Acórdão nº 2622/2013, Plenário, TC 036.076/2011-2, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 25/9/2013. Grifou-se).

6 BREVE SÍNTESE

A Administração e os gestores públicos estão eternamente vinculados a princípios como da legalidade, eficiência e isonomia. Por meio deles, realizam a verdadeira justiça social, com a alocação correta dos recursos públicos em uma sociedade cada vez mais plúrima.

O regime da legalidade implica em considerar a licitação como regra para se contratar bens e serviços. “Licitar” significar escolher a melhor proposta, inclusive através do fomento estatal e da função regulatória das licitações.

O BDI das obras públicas é elemento curial para se manter a índole pública do contrato – *i.e.*, voltada para demandas político-sociais e não para demandas particulares.

Os benefícios e as despesas indiretas do contrato devem ser analisados com cautela, a fim de equilibrar os interesses da Administração e a expectativa de lucro do contratado.

Na ordem constitucional contemporânea, tal equilíbrio é de primeira grandeza. Especialmente diante dos desafios impostos pela sociedade da informação, momento histórico em que a governança pública possui papel de destaque.

Em cenário de escassez de recursos e contingências orçamentárias, a Análise Econômica do Direto auxilia igualmente a tomada de decisões e tem se alastrado pelo ordenamento, pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesse sentido, o BDI considera itens que não são aferíveis tão somente pela leitura fria de uma planilha. São compreendidos por meio da conjuntura econômica. Daí a dificuldade para se discernir custos diretos e custos indiretos.

Consequentemente, para bem exercerem a atividade de controle externo, os Tribunais de Contas atentam para as peculiaridades dos casos concretos. Vale a pena recordar que o BDI é um percentual e não deve ser considerado de modo apriorístico.

Ao longo do presente artigo percebemos, portanto, como as repercussões do BDI são multitudinárias. O seu correto dimensionamento enseja a estabilidade de contratos geralmente vultosos.

Em assim sendo, os recursos dos contribuintes devem ser direcionados para projetos de obras públicas que efetivamente conduzam à justiça social. Dessa forma garantirão uma ordem econômica digna, aberta para a redução de desigualdades e maximizadora do bem-estar coletivo.

310

REFERÊNCIAS

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 9001:2015: Sistemas de gestão da qualidade – Requisitos*. Rio de Janeiro, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Decreto nº 7.983*, de 8 de abril de 2013. Estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de

engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7983.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Decreto nº 9.203*, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Lei nº 14.133*, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços – MDIC. *Estratégia BIM BR: Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling – BIM*, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/images/REPOSITORIO/sdci/CGMO/26-11-2018-estrategia-BIM-BR-2.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AC 2893 MC*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Sessão de 22/6/2011, DJe 28/03/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863865>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1946*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. Sessão de 3/4/2003, DJe 16/5/2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97665/false>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2716*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Sessão de 29/11/2007, DJe 6/3/2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88682/false>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4787*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão de 1/8/2022, DJe 13/10/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur470898/false>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5941*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão de 9/2/2023, DJe 27/4/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur478142/false>. Acesso em: 11 set. 2023.

312

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 255/1999*. Primeira Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Processo 006.793/1999-1. Sessão de 16/11/1999. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/1999/1a-camara/DC-1999-000255-WAR-1C.pdf>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 624/2010*. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Processo TC 008.450/2009-4. Sessão de 31/3/2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1145769%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 1.754/2013*. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Processo TC 007.407/2009-9. Sessão de 10/7/2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1272384%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 2.622/2013*. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa. Processo TC 036.076/2011-2. Sessão de 25/9/2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao->

completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1286063%22. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 2.699/2019*. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Processo 041.108/2018-3. Sessão de 6/11/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2349517%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 1.769/2021*. Plenário. Relator: Raimundo Carneiro. Processo 028.116/2020-8. Sessão de 28/7/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2492397%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 2.460/2022*. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Processo TC 000.290/2022-0. Sessão de 1/11/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2548490%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Enunciado nº 253 de Súmula*. Plenário. Sessão de 31/3/2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Enunciado nº 254 de Súmula*. Plenário. Sessão de 31/3/2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Enunciado nº 258 de Súmula*. Plenário. Sessão de 9/6/2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 11 set. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Administração pública digital: Proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação*. São Paulo: Foco, 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Foco, 2021, p. 16-61.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

314

MENDES, André Luiz; BASTOS, Patrícia Reis Leitão. Um aspecto polêmico dos orçamentos de obras públicas: Benefícios e Despesas Indiretas (BDI). *Revista do TCU*, Brasília, v. 32, n. 88, p. 13-28, abr/jun 2001. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/889>. Acesso em: 16 ago. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Foco, 2021, p. 610-627.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.