

A LEI 12.766 (RESULTANTE DA CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 575/12) E O NÍVEL DE DETALHAMENTO DOS ESTUDOS DE ENGENHARIA EM PPPS

Mauricio Portugal Ribeiro¹

Gabriel Galípolo²

Lucas Navarro Prado³

1. INTRODUÇÃO

As alterações na Lei Federal 11.079/04 (“Lei de PPP”) realizadas pela Medida Provisória 575, de 07 de agosto de 2012, (“MP 575/12”), convertida, em 30 de dezembro de 2012, na Lei 12.766/12 foram produto de diversas discussões havidas nos últimos meses para resolver problemas muito específicos que surgiram com enorme frequência nos projetos de PPP que, sobretudo, Estados e Municípios pretendem contratar nos próximos meses, com ou sem recursos da União.

Como consultores contratados nesses projetos pelo Poder Concedente ou pela iniciativa privada, participamos da própria formulação desses problemas. Publicamos artigos⁴ sobre o tema e tivemos a oportunidade de discuti-los com agentes públicos e da iniciativa privada nos mais diversos fóruns, incluindo os agentes públicos do Governo Federal que depois formularam o próprio texto da MP 575/12, e aqueles que, de outra forma, participaram do seu processo legislativo.

¹ Professor de Direito da Infraestrutura da Direito-Rio, Sócio da Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados.

² Professor de Economia, da PUC-SP e Sócio da Galipolo Associados.

³ Advogado especialista nos setores de infraestrutura, e Sócio da Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados.

⁴ Cf.: Entre outros, Mauricio Portugal Ribeiro, Gabriel Galípolo e Lucas Navarro Prado, Explicando a MP 575/12 a especialistas e não especialistas, publicado em 17/08/2012 no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/nota-mp-575-12-versao-publicada>. Publicado também com título e formatação levemente diferente no <http://www.conjur.com.br/2012-ago-22/mp-dar-eficiencia-tributaria-financeira-projetos-infraestrutura>, entre outros websites da internet; Mauricio Portugal Ribeiro & Gabriel Galípolo, Subsídio a Investimento em Concessões e PPPs, publicado, em 23/04/2012, no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/subsidio-a-investimento-em-concessoes-e-ppps>; e, Mauricio Portugal Ribeiro, Aspectos Relevantes do Subsídio a Investimento, publicado em 23/03/2012, no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/aspectos-relevantes-do-subsidio-a-concessoes-e-ppps>.

Nessa condição, cremos ser importante dar a público o conhecimento acumulado sobre o tema, reportando o que estava por trás das disposições veiculadas na MP 575/12 e contribuindo para a interpretação e aplicação escorreita desses dispositivos.

Para isso, pretendemos publicar uma série de 3 artigos sobre o assunto, da qual esse é o primeiro.

Nesse artigo, vamos tratar especificamente dos impactos da inclusão pela Lei 12.766/12 do §4º, no art. 10, da Lei de PPP, que estabeleceu que o nível de detalhamento dos estudos de engenharia necessários para início de licitação de PPP é o de anteprojeto e que o dimensionamento dos custos de investimento das PPPs deve ser realizado utilizando metodologias compatíveis com esse nível de detalhamento do projeto de engenharia.

2. ATUAÇÃO DOS AUTORES NO PROCESSO LEGISLATIVO DA MP 575/12

Na condição de especialistas no assunto, consultor contratado do SINICON – Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada⁵, ou como contratados de empresas no setor de infraestrutura, ao longo da tramitação da MP 575/12, tivemos oportunidade de ter interlocução com agentes do Governo Federal e, particularmente, com o Relator no Senado da MP 575/12, Senador Sergio Souza e com seus assessores.⁶

Nessas oportunidades sugerimos:

- a) **que o nível de detalhamento dos estudos de engenharia para a realização de PPPs tenha nível de detalhamento de anteprojeto e que os orçamentos dos investimentos sejam compatíveis com esse nível de detalhamento – essa sugestão foi acolhida por meio da inclusão do §4º, no art. 10, na Lei de PPP;**
- b) a exclusão da exigência de autorização legislativa para realização dos aportes – essa sugestão foi acolhida no texto do art. 6º, §2º, da Lei de PPP;
- c) a explicitação que o aporte pode ser feito antes e após a disponibilização do serviço e que isso seja disciplinado no edital - essa sugestão foi acolhida por meio da inclusão do inciso XI, no art. 5º, da Lei de PPP;
- d) esclarecimento que os aportes de recursos são uma mera contrapartida contratual pelo investimento em bens e serviços e não um repasse (tem um dispositivo que foi incluído ao longo da tramitação da MP no Senado que menciona explicitamente a palavra "repasse") – essa sugestão não foi acolhida, mas o tema pode ser resolvido pela atividade de interpretação e aplicação do direito;

⁵ Mauricio Portugal Ribeiro foi contratado como consultor do SINICON para tratar desse tema. Mauricio agradece, particularmente, a Rodolpho Tourinho e Petronio Lerche, com quem discutiu diversas vezes, os temas objeto desse artigo, e que tiveram atuação central para melhoria do texto da MP 575/12, ao longo da sua tramitação legislativa.

⁶ Queríamos agradecer, particularmente, a Thallis Murieta, assessor do Senador Sergio Souza, com quem tivemos oportunidade de discutir em profundidade todos os temas tratados na MP 575/12.

- e) a isenção dos tributos – essa sugestão não foi acolhida, mas do modo que ficou o texto final da MP, como se verá abaixo, o casamento entre o recolhimento dos tributos e a realização dos custos terá efeito próximo da isenção.

Portanto, das 5 sugestões que fizemos, 3 foram acolhidas ao longo do processo legislativo.

3. NÍVEL DE DETALHAMENTO DOS ESTUDOS E DOS ORÇAMENTOS DE REFERÊNCIA PARA CONTRATAÇÃO DE PPP⁷

Por sugestão nossa⁸, foi incluído na MP 575/12 um dispositivo que insere um parágrafo no art. 10, da Lei de PPP (a) sobre o nível de detalhamento dos estudos de engenharia realizados como referência para a contratação de PPP, e (b) sobre precificação dos investimentos realizada nesses estudos, com o seguinte teor:

“Art. 10.....

.....

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto e o valor dos investimentos, para definição do preço de referência para a licitação, será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior, ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.”

Esse dispositivo, por um lado, consolida entendimento já defendido por especialistas da área de infraestrutura⁹ de que o nível exigido de detalhamento dos estudos de engenharia para dimensionamento do investimento em uma PPP, para efeito da realização da contratação, é o de anteprojeto.

⁷ Note-se que o presente texto apoia-se em ampla medida em textos anteriormente publicados nos livros: Ribeiro, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro; e Pinto Junior, Mario Engler, Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas, São Paulo, Editora Atlas, 2012; e Ribeiro, Mauricio Portugal, Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos, São Paulo, Editora Atlas, 2011.

⁸ A redação desse dispositivo foi inspirada em dispositivos constantes da Lei Federal 12.462/12, que instituiu o RDC – Regime Diferenciado de Contratações. Note-se que sabíamos ser possível obter o mesmo resultado com uma redação mais clara. Mas buscamos usar como base a redação dos artigos do RDC, porque era nosso entendimento que essa semelhança facilitaria o processo de tramitação e aprovação do dispositivo.

⁹ Cf.: Ribeiro, Mauricio Portugal, Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos, São Paulo, Editora Atlas, 2011, pp. 40 e seguintes; e Ribeiro, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro; e Pinto Junior, Mario Engler, Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas, São Paulo, Editora Atlas, 2012.

Por outro lado, estabelece que os investimentos previstos em uma PPP serão orçados com nível de detalhamento compatível com o de anteprojeto de engenharia. A seguir, vamos tratar separadamente esses dois temas.

Antes, porém, achamos importante chamar atenção para o fato de que o estudo de engenharia usado como referência para contratação em PPPs e Concessões é apenas um instrumento de precificação dos investimentos.

Em regra, esses estudos de engenharia não são vinculantes para o vencedor da licitação. Isso porque a premissa da realização de uma PPP é que o parceiro privado encontrará uma forma de implantar o projeto mais eficiente do que aquela projetada pelo Poder Público.

Por isso, os contratos de PPP estabelecem, em regra, que o estudo de engenharia realizado pelo Poder Público para contratação não é vinculante para o parceiro privado, ou é vinculante apenas em alguns aspectos. Dessa forma, transfere o Poder Concedente para o parceiro privado a atribuição de realizar projetos detalhados juntamente com o risco de projeto.

O contrabalanço dessa liberdade dada ao contratado de realizar os projetos é o cumprimento ao longo de todo o contrato de PPP ou concessão dos indicadores de desempenho nele previsto. Exatamente porque o parceiro privado está vinculado ao cumprimento desses indicadores é que o Poder Concedente pode lhe dar flexibilidade no cumprimento do projeto referencial disponibilizado para mensuração preliminar do investimento e início do processo de contratação da PPP ou concessão.

3.1. A EXIGÊNCIA DO NÍVEL DE DETALHAMENTO DE ANTEPROJETO DOS ESTUDOS DE ENGENHARIA

Antes do surgimento desse dispositivo, a exigência legal sobre o nível de detalhamento dos estudos para PPPs e concessões constava do art. 18, inc. XV, da Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), aplicável também às PPPs, por conta do art. 11, da Lei 11.079/04, que exige que o Poder Concedente disponibilize “elementos do projeto básico” das obras incluídas na concessão ou PPP.

Como a expressão “elementos de projeto básico” não tem uma tradução técnica rigorosa, discutia-se, então, qual exatamente era o nível de detalhamento exigido. De uma perspectiva mais técnica, os níveis de detalhamento existentes e bem definidos de projetos de engenharia, em relação por exemplo, às edificações, são os seguintes, conforme NBR 13.531:1995 ou o Manual de Concepção de Produto da ASBEA – Associação Brasileira dos Escritórios de Arquitetura:

- a) Estudo Preliminar (NBR) ou Concepção do Produto (ASBEA), em inglês “concept design”
- b) Anteprojeto (NBR), ou Definição do Produto (ASBEA), em inglês “schematic design”
- c) Projeto Básico ou Projeto Pré-Executivo (NBR) ou Identificação e Solução de Interfaces (ASBEA), em inglês “design development”

- d) Projeto Executivo (NBR), ou Projeto de Detalhamento de Especialidades (ASBEA), em inglês “construction documents”

Para descrição do que integra cada nível de detalhamento acima mencionado, ver Quadro 1 a seguir.

A rigor, nesse contexto, a discussão sobre o conceito de “elementos de projeto básico” se segmentava em dois aspectos. O primeiro era a dúvida suscitada diversas vezes por agentes públicos acostumados a realizar obras e pelos órgãos de controle sobre se “elementos de projeto básico” constituía de fato nível de detalhamento inferior ao de “projeto básico”.

Essa dúvida foi superada em praticamente todos os entes governamentais que realizaram projetos de concessão ou PPP. Portanto, podemos dizer que essa era uma dúvida comum em entes governamentais que não tinham ainda a experiência de estruturar concessões ou PPPs.

Admitido, no entanto, que “elementos de projeto básico” seja qualquer coisa com nível de detalhamento inferior ao de “projeto básico”, a questão que emergia era o que exatamente seria esse nível de detalhamento, se o de Projeto Preliminar, se o de Anteprojeto.

O dispositivo legal veio a resolver essa dúvida e consolidar que o nível de detalhamento exigido é o de Anteprojeto.

Esse quadro foi extraído de Ribeiro, Mauricio Portugal, *Concessões e PPPs: melhores práticas e licitações e contratos*, Editora Atlas, São Paulo, 2011, pp. 43.

Quadro 1

Padrões de Detalhamento de Projeto de Edificação (conforme NBR 13.531:1995, e Manual ASBEA de Concepção de Produtos)

1) *Estudo Preliminar* (usando a expressão constante da mencionada NBR) ou *Concepção do Produto* (usando a linguagem constante do Manual mencionado da ASBEA), em inglês “*concept design*”

Levantar um conjunto de informações jurídicas, legais, programáticas e técnicas; dados analíticos e gráficos objetivando determinar as restrições e possibilidades que regem e limitam o produto imobiliário pretendido.

Estas informações permitem caracterizar o partido arquitetônico e urbanístico, e as possíveis soluções das edificações e de implantação dentro das condicionantes levantadas.

Esta fase está subdividida nas seguintes etapas:

- a) Levantamento de Dados
- b) Programa de Necessidades
- c) Estudo de Viabilidade

Nestas fases podem ser produtos:

- (i) Planilhas quantitativas e qualitativas com os dados e as necessidades do projeto;
- (ii) Análises gráficas do imóvel (potenciais e restrições);
- (iii) Estudo de massas e croquis esquemáticos de implantação do projeto arquitetônico;
- (iv) Análise das restrições e possibilidades legais, técnicas e físicas;
- (v) Análise preliminar macro e paramétrica da viabilidade técnico-financeira.

2) *Anteprojeto* (na dicção da mencionada NBR), ou *Definição do Produto* (conforme o Manual da ASBEA), em inglês “*schematic design*”

Desenvolver o partido arquitetônico e demais elementos do empreendimento, definindo e consolidando todas as informações necessárias a fim de verificar sua viabilidade física, legal e econômica bem como possibilitar a elaboração dos Projetos Legais.

Esta fase está subdividida nas seguintes etapas:

- a) Estudo Preliminar
- b) Anteprojeto
- c) Projeto Legal (opcional)

Nesta fase podem ser produtos:

- (i) Conceituação e plantas baixas esquemáticas de todos os níveis;
- (ii) Corte transversal e longitudinal;
- (iii) Elevações das fachadas principais;
- (iv) Perspectivas externas e internas;
- (v) Simulações e estudos básicos do layout interno;
- (vi) Considerações e conceituação quanto às premissas e necessidades para instalações prediais;
- (vii) Estimativa macro de custos.

3) *Projeto Básico ou Projeto Pré-Executivo (conforme expressões usadas na NBR) ou Identificação e Solução de Interfaces (nas palavras do Manual aludido da ASBEA), em inglês “design development”*

Consolidar claramente todos ambientes, suas articulações e demais elementos do empreendimento, com as definições necessárias para o intercâmbio entre todos envolvidos no processo. A partir da negociação de soluções de interferências entre sistemas, o projeto resultante deve ter todas as suas interfaces resolvidas, possibilitando uma avaliação preliminar dos custos, métodos construtivos e prazos de execução.

Nesta fase podem ser produtos:

- (i) plantas detalhadas e ampliadas de todos os níveis;
- (ii) memoriais descritivos;
- (iii) cortes transversais e longitudinais;
- (iv) elevações de todas as fachadas;
- (v) perspectivas externas e internas;
- (vi) estudos definitivos do layout;
- (vii) projetos básicos e memoriais descritivos de todas as instalações prediais (ar condicionado, elétrica, hidráulica, incêndio, gás, circuito fechado de tv, controle de acesso, paisagismo etc.);
- (viii) estimativa detalhada de custos.

4) *Projeto Executivo (nos termos da NBR mencionada), ou Projeto de Detalhamento de Especialidades (na linguagem da ASBEA), em inglês “construction documents”*

Executar o detalhamento de todos os elementos do empreendimento de modo a gerar um conjunto de informações suficientes para a perfeita caracterização das obras/serviços a serem executadas, bem como a avaliação dos custos, métodos construtivos, e prazos de execução, incorporando os detalhes necessários de produção dependendo do sistema construtivo. O resultado deve ser um conjunto de informações técnicas claras e objetivas sobre todos os elementos, sistemas e componentes do empreendimento.

3.2. O NÍVEL DE DETALHAMENTO EXIGIDO DO ORÇAMENTO DAS OBRAS PARA CONTRATAÇÃO DE PPP

Para tratar desse tema, creio que vale a pena citarmos novamente o §4º, do art. 10, inserido na Lei de PPP:

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto e o valor dos investimentos, para definição do preço de referência para a licitação, será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior, ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

O objetivo do dispositivo é que os orçamentos dos investimentos tenham nível de detalhamento compatível com os dos estudos de engenharia.

De nada adiantaria que o nível de exigência do grau de detalhamento do estudo de engenharia fosse reduzido para o nível de anteprojeto, se o orçamento referencial tivesse que ser realizado com nível de detalhamento que só seria viável se houvesse projeto básico de engenharia.

Portanto, ao priorizar a utilização de custos globais de obras no Brasil e no exterior como parâmetro para precificação dos investimentos, a intenção do dispositivo foi permitir que os orçamentos sejam compatíveis com o nível de detalhamento exigido dos estudos de engenharia.

3.2.1. O §4, DO ARTIGO 10 DA LEI DE PPP AFASTOU PARA PPPS A EXIGÊNCIA NO ÂMBITO DA UNIÃO DE PRECIFICAR OS INVESTIMENTOS POR SICRO E SINAPI

Antes de entrarmos propriamente nos critérios de precificação descritos no dispositivo, observe-se que, no âmbito da União, e no âmbito das PPPs estaduais e municipais a serem realizadas com recursos da União, na prática, o §4º, do art. 10, da Lei de PPP afasta a incidência do *caput* do art. 102 da LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias 2013 (equivalente ao art. 125, da LDO 2012), que diz o seguinte:

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.

Antes da criação do §4º, do art. 10, da Lei de PPP já era nossa interpretação que o art. 102, da LDO 2013, não se aplicava às PPPs e concessões federais ou às PPPs e concessões estaduais e municipais a receberem recursos da União. É que o art. 102 da LDO 2013 diz que o custo “... *das obras e serviços de engenharia...*” em uma referência aos contratos de obra pública. Esse dispositivo não se aplicava, portanto aos contratos de PPP e concessão.

Havia, contudo, a possibilidade de fazer uma interpretação desse dispositivo de que ele se referia à atividade “obra” independentemente do arranjo contratual a ser utilizado para a sua consecução. Discordávamos dessa interpretação porque claramente o contexto do dispositivo como um todo e da sua aplicação sinalizavam que ele foi redigido para aplicação aos contratos tradicionais de obra pública.

O surgimento do §4º do art. 10, da Lei de PPP, contudo, pacificou a questão, deixando claro que o art. 102, da LDO 2013 – e também os artigos com a mesma redação que vierem a ser inseridos nas LDOs seguintes – não se aplicam às concessões e PPPs.

É que ao permitir que os investimentos realizados em PPPs tenham seus valores calculados “...*com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior, ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto...*” o dispositivo claramente afastou a aplicação às PPPs do art. 102 da LDO 2013, que exige que a precificação dos investimentos seja realizada “...*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...*”.

A permissão constante do §4º, art. 10, da Lei de PPP de que os preços sejam “...*afetados, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.*” também conduz a afastar o art. 102 da LDO 2013. É que a exigência do art. 102 da LDO 2013 de que o orçamento seja realizado por composição de custos unitários previstas no projeto requer nível de detalhamento do projeto de engenharia maior que o de anteprojeto e é incompatível, portanto, com a ideia de precificação dos custos do investimento por meio de orçamento sintético, por metodologia expedita ou paramétrica nos moldes previstos no §4º, do art. 10, da Lei de PPP.

Em suma, a criação do §4º, do art. 10, da Lei de PPP afastou completamente a aplicação às PPPs do art. 102, da LDO 2013.

A consequência prática disso é que os órgãos públicos federais responsáveis por modelarem as PPPs e os órgãos públicos estaduais e municipais que estão modelando PPPs que receberão recursos federais particularmente para pagamento dos aportes poderão realizar anteprojeto de engenharia e poderão realizar a precificação dos investimentos para efeito de contratação da PPP utilizando custos globais de obras no Brasil e no exterior, usando orçamentos sintéticos, por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

3.2.2. A METODOLOGIA DE PRECIFICAÇÃO DOS INVESTIMENTOS EM PPPS¹⁰

O §4º do art. 10, da Lei de PPP, estabelece que o valor estimado do investimento da PPP para efeito de contratação será calculado com base:

- a) nos valores praticados pelo mercado, considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior; ou,
- b) com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto;

Trata-se de dois critérios bastante diversos de definição do preço que podem ser adotados pelo órgão público.

Note-se que o dispositivo legal mencionou em primeiro lugar os valores praticados pelo mercado, considerando o custo global de obras semelhantes, o que nos parece assinalar uma preferência por esse critério em relação ao seguinte.

De qualquer modo, a escolha entre esses critérios deve ser realizada pelo órgão público encarregado de estruturar o projeto de PPP ou concessão.

Além disso, o §4º, do art. 10 diz que tais valores serão aferidos mediante:

- a) orçamento sintético;
- b) por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

Preliminarmente, é preciso notar que para cada um dos critérios de precificação será necessária a utilização de uma metodologia. Por exemplo, para verificação dos valores praticados pelo mercado, considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior, será necessária a utilização de uma metodologia de pesquisa de mercado, que inclui tanto a atividade de levantamento dos dados, quanto a utilização de recursos básicos de estatística, como por exemplo, as extrapolações para tratamento desses dados.

É preciso não confundir valores de mercado com valores estimados com base em sistemas que buscam reproduzir os custos de um potencial contratado da Administração Pública, como, por exemplo, no setor rodoviário, o SICRO II¹¹. O SICRO não é apenas uma tabela de preços de mercado de insumos de obra, como alguns supõem, mas um sistema que – a partir de preços pré-definidos dos insumos, e estimativas de produtividade do uso dos insumos e equipamentos – simula o processo de produção do preço de uma empresa privada a ser contratada pela Administração Pública para obras rodoviárias. Valores de mercado pressupõem a pesquisa, o levantamento, de preços efetivamente praticados (e não simulados, como é o caso dos preços do sistema SICRO).

¹⁰ Seguimos, com modificações pontuais neste trecho, o Capítulo 4.1.6, do livro Ribeiro, Mauricio Portugal; Prado, Lucas Navarro; e Pinto Junior, Mario Engler, *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*, São Paulo, Editora Atlas, 2012

¹¹ Apesar de ser parte do SICRO tabelas de preços de insumos ordinariamente utilizados nas obras rodoviárias.

O dispositivo permite, de outro lado, a utilização de sistemas de custo, que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto. Isso quer dizer que o órgão público responsável pela estruturação do projeto pode optar por usar um sistema de custos nos moldes do SICRO, desde que ele tenha sido criado para o setor específico do projeto. A intenção do dispositivo é impedir que se repita o que tem acontecido em diversos projetos no país que é utilização do SICRO ou do SINAPI para precificar obras em setores que utilizam insumos com características diferentes do que constitui a amostra utilizada para confecção do SICRO e do SINAPI. Por esse dispositivo, o SICRO, por exemplo, só poderia de agora em diante ser utilizado para projetos de PPP de rodovias.

De qualquer modo, o importante é que o dispositivo legal deu ao órgão público o poder de avaliar se prefere utilizar pesquisa de mercado do preço global de obras semelhantes no Brasil ou exterior, ou sistema de custos específico para o setor a que se refere o projeto.

Em relação à forma como esse preço de referência será estabelecido, o dispositivo fala que tais valores serão aferidos mediante orçamento sintético, por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

O objetivo desse dispositivo é claro: simplificar a apresentação das informações utilizadas para definição do valor de referência. E isso é algo louvável. É que o real preço do investimento para o Poder Concedente e para o usuário será determinado pela competição entre os participantes da licitação. Por isso, não faz sentido ter uma metodologia complexa, robusta e de aplicação demorada para estabelecer preços de referência.

O importante (e é sobre isso que os órgãos de controle deveriam se debruçar) é que os editais de licitação tenham cláusulas que permitam a competição¹², de maneira que o preço de referência estabelecido com folga (inclusive para aumentar a participação na licitação), possa ser corrigido para valores de mercado por meio da efetiva competição.

E aqui vale a pena enfatizar que nos opomos e achamos sem sentido o foco que alguns órgãos de controle têm dado à manipulação de metodologias mais ou menos sofisticadas cujo objetivo final é apertar o preço-teto usado como referência nas licitações. Esse foco tem alguns efeitos perversos. O primeiro é que, ao apertar o preço-teto da licitação, pode contribuir para afastar do processo licitatório participantes sérios, que seriam atraídos e aumentariam a competição pela projeto se o preço de referência fosse estabelecido com folga.¹³

Mas o principal efeito perverso é a própria demora para início da licitação do projeto. Já mencionamos em outros escritos nossos que o valor gerado pelo controle do preço-teto pode ser muitas vezes menor que os custos para a sociedade de ter atrasada a realização de um

¹² Isso não significa abertura total. É preciso que o edital exclua os incapazes de prestar o serviço.

¹³ Note-se que a obtenção de preço agressivo, quando feito de maneira responsável, é, geralmente, produto do investimento pelos potenciais participantes da licitação em estudos para encontrar formas mais eficientes de implantar o projeto que aquelas imaginadas originalmente pelo Poder Público. Nesse contexto, estabelecer preços-tetos muito abaixo do esperado, considerando as melhores técnicas para realização dos estudos, afasta participantes da licitação que, de outra forma, poderiam investir na busca de soluções que alcance inclusive preços mais agressivos que aqueles estimados pelo Poder Público.

dado projeto – os custos de não dispor do projeto, de não dispor do serviço que ele provê a sociedade e à Administração Pública.

Mesmo sem números definitivos sobre o custo social de atraso nos projetos, seria muito melhor que os órgãos controladores da Administração Pública, ao invés de se focarem em discutir detalhes da metodologia do estabelecimento do preço-teto, deixassem o preço-teto com as folgas originárias e voltassem atenção para a promoção da competição, de maneira que esses preços fossem ajustados pelas próprias propostas na licitação. Com isso se economizaria tempo precioso, reduzindo, portanto, o próprio custo social do controle sobre a Administração Pública.

É para evitar esse tipo de situação e seus efeitos perversos, que o §4º, do art. 10, da Lei PPP buscou tornar expedito e simplificado o processo de definição do preço de referência dos investimentos em PPPs e concessões, que é um dos elementos centrais para definição do preço-teto da tarifa ou da contraprestação para licitação de um projeto de PPP ou concessão.

Além de falar em “metodologia expedita” e “orçamento sintético”, o dispositivo legal também mencionou a possibilidade de uso de metodologia paramétrica para estipular o preço de referência ou preço-teto da licitação da obra ou serviço, o que tem uma tradução técnica bem mais específica do que as outras duas expressões utilizadas neste inciso.

Caracteriza “metodologia paramétrica” a definição do preço de referência da obra ou serviço multiplicando-se alguma medida de dimensão da obra/serviço por custo genérico e preliminar da sua realização, obtido geralmente com base na experiência dos técnicos no setor.

Como exemplo, imaginemos o caso da contratação via PPP de uma obra civil de Metrô na Cidade do Rio de Janeiro. Para calcular o preço de referência dessa obra, por meio de metodologia paramétrica, os técnicos do Poder Público responsáveis pela obra poderiam multiplicar o custo médio por quilômetro – considerando para a realização dessa média, por exemplo, as obras civis de Metrô realizadas nos últimos 5 anos – pelo número de quilômetros a serem implantados no contrato a ser licitado. Com esse cálculo se chegaria a um valor de referência da obra estabelecido por metodologia paramétrica.

Enfim, o §4º, do art. 10, da Lei de PPP logrou transmitir de maneira cristalina a intenção de simplificar e tornar expedito o processo de definição do preço de referência dos investimentos a serem contratados sob a forma de PPP. Isso porque, em primeiro lugar, não faz sentido aprofundar a discussão sobre o preço de referência antes da licitação, quando a contratação está sendo feita com o anteprojeto, e, portanto, sem sequer haver elementos suficientes para ter um preço de referência com alto grau de precisão.

Além disso, a simplificação do processo de estabelecimento do preço de referência ou preço-teto da licitação caminha no sentido de desmobilizar excessos que têm ocorrido no escrutínio da metodologia para a definição dos preços-teto de licitações de obras, concessões e PPPs, excessos esses que terminam por atrasar a contratação desses projetos.