

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

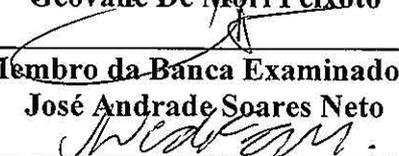
Aos **09 de março de 2016**, realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 16h30, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado(a) **Carolina Queiroz de Castro**, intitulada: **Disciplina Jurídica do regime de contratação integrada previsto pela Lei nº 12.462/11 (RDC)**, estando presente o (a) Orientador(a) prof.(a) **Geovane De Mori Peixoto**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **José Andrade Soares Neto** e Prof(a) **Luciano Chaves de Farias**, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o(a) aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Geovane De Mori Peixoto	10,0	
José Andrade Soares Neto	10,0	
Luciano Chaves de Farias	10,0	

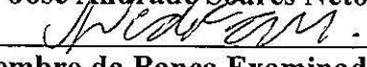
Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Prof. Orientador
Geovane De Mori Peixoto



Membro da Banca Examinadora
José Andrade Soares Neto



Membro da Banca Examinadora
Luciano Chaves de Farias

Salvador, 09 de março de 2016.

**FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO**
Faculdade Baiana de Direito e Gestão



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINA QUEIROZ DE CASTRO

DISCIPLINA JURÍDICA DO REGIME DE CONTRATAÇÃO
INTEGRADA PREVISTO PELA LEI Nº12.462/11 (RDC)

Salvador
2015

CAROLINA QUEIROZ DE CASTRO

**DISCIPLINA JURÍDICA DO REGIME DE CONTRATAÇÃO
INTEGRADA PREVISTO PELA LEI Nº12.462/11 (RDC)**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Geovane Di Mori Peixoto

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA QUEIROZ DE CASTRO

DISCIPLINA JURÍDICA DO REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA PREVISTO PELA LEI Nº12.462/11 (RDC)

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2015

A
Letícia Queiroz de Castro. O início, o
meio e o fim dessa jornada são
conquistas nossas. Obrigada.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, irmãs e sobrinhos, Rafael e Pedro, por darem sentido a tudo que faço.

Ao querido amigo Lucas Pondé, pela sugestão do tema e pelas reflexões.

Ao meu orientador, professor Geovane Peixoto, cujo entusiasmo com o Direito fez com que eu o escolhesse para essa empreitada. Obrigada pelo direcionamento e sugestões sempre pertinentes.

À querida tia Joselita Cardoso Leão, referência no trato com a coisa pública.

Aos Procuradores do Estado da Bahia, Drs. Ailton Cardozo e Edith Hupsel, pelo tempo disponibilizado, sugestões e ideias.

Quando os ventos de mudança sopram, umas pessoas levantam barreiras, outras
constroem moinhos de vento.

Érico Veríssimo

RESUMO

O presente trabalho monográfico objetiva analisar o regime da contratação integrada previsto pela Lei nº12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações). O referido diploma normativo, quando da sua publicação, tinha seu cabimento restrito às licitações e contratos necessários à realização dos megaeventos esportivos previstos para ocorrerem no Brasil entre 2014 e 2016. Entretanto, dado o contexto de insatisfação generalizada com a Lei nº8.666/1993, o cabimento do RDC se ampliou sobremaneira e, atualmente, vem sendo utilizado cada vez mais, por todos os entes da Federação, inclusive. Desse modo, inicialmente, será apresentado um panorama geral acerca do RDC, o contexto de sua criação e as ferramentas inovadoras previstas. Posteriormente o regime de contratação integrada será abordado, considerando os conceitos que o permeiam, bem como suas peculiaridades.

Palavras-chave: lei do RDC; licitações públicas; contratação integrada; inovação; riscos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
TCU	Tribuna de Contas da União
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
LGL	Lei Geral de Licitações

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 LICITAÇÃO PÚBLICA	13
2.1 CONCEITO, FINALIDADE E PRINCÍPIOS APLICADOS	14
2.2 REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E SUAS REPERCUSSÕES NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	16
2.3 DIPLOMAS NORMATIVOS APLICADOS AO LONGO DO TEMPO	19
2.3.1 A Lei 8.666/1993 e sua aplicação enquanto norma geral	21
2.3.2 A Lei de Concessão de Serviços públicos (Lei nº8.987/95), a Lei do Pregão (Lei nº10.520/10) e a Parceria Público Privada (Lei nº11.079/04)	24
2.4 CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA	28
3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)	34
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO E ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO TEXTO ORIGINAL	35
3.2 ASPECTOS POLÊMICOS DO RDC	39
3.2.1 Análise da constitucionalidade – ADINs 4645 e 4655	40
3.2.2 Críticas da doutrina	46
3.3 INOVAÇÕES RELEVANTES DO NOVO REGIME DE CONTRATAÇÕES	49
3.3.1 O contrato de eficiência e a remuneração variável	50
3.3.2 A pré-qualificação	54
3.3.3 O orçamento sigiloso	57
3.3.4 Possibilidade de negociação	63
3.3.5 Fase recursal única	65
3.4 OS REGIMES DE CONTRATAÇÃO INDIRETA	67
4 A CONTRATAÇÃO INTEGRADA	71
4.1 CONCEITO E CABIMENTO	72
4.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ANTEPROJETO E DOS PROJETOS BÁSICO E EXECUTIVO	75

4.2.1 Projeto básico e a sua dispensa	75
4.2.2 Projeto executivo e outras ponderações	77
4.2.3 O anteprojeto de engenharia	80
4.3 A CONTRATAÇÃO INTEGRADA ENQUANTO OBRIGAÇÃO DE RESULTADO	82
4.4 PECULIARIDADES DO REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA	85
4.4.1 A matriz de riscos	86
4.4.2 Vedação de termos aditivos	89
4.4.3 Critérios de julgamento – a não obrigatoriedade da “técnica e preço”	93
4.4.4 Questão orçamentária – valor estimado da contratação	97
4.5 A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NA PRÁTICA: UMA ANÁLISE DE DADOS	99
5 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	107

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como finalidade apresentar a disciplina jurídica do regime de contratação integrada, modalidade de contratação pública, prevista pela Lei nº 12.462/2011 (RDC – Regime Diferenciado de Contratações).

O referido diploma normativo foi introduzido no sistema jurídico brasileiro, com o propósito inicial de suportar as contratações de obras públicas para atender as necessidades de infraestrutura demandadas pelos grandes eventos esportivos programados para ocorrerem no país, quais sejam, a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Inicialmente, cumpre destacar o fato de que o sistema licitatório brasileiro, especialmente no que se refere à contratação de obras públicas, vive atualmente uma crise de ineficiência. A ausência de diálogo entre os setores público e privado, a falta de planejamento nas contratações e um diploma normativo defasado contribuíram para o cenário em questão.

Desse modo, dentro desse contexto, o RDC surge como uma via alternativa à Lei Geral de Licitações (LGL), a Lei nº 8.666/93, trazendo novidades e fornecendo instrumentos que, em tese, viriam a garantir, para a Administração Pública, contratações mais céleres, econômicas e eficientes de obras de infraestrutura.

Dentre as inovações inseridas pela referida norma, a contratação integrada tem sido o grande destaque e o ponto mais polêmico, já que, a partir de um anteprojeto de engenharia, a licitação pública ocorre permitindo que a Administração concentre em um só prestador não apenas os projetos básico e executivo, mas a execução total do empreendimento.

Entretanto, em que pesem as notórias vantagens, é preciso analisar com certa cautela as ferramentas disponibilizadas pela Lei do RDC, notadamente, o regime de contratação integrada, cuja adoção não se faz de maneira livre. De forma alguma. A lei específica limita as situações em que o aludido regime poderá ser utilizado pelo gestor público. Não observar tais critérios é contrariar dispositivo legal e contratar mal, desperdiçando, pois, o erário.

Nada obstante as vozes dissonantes na doutrina acerca da Lei do RDC, seja no que se refere aos aspectos formais, seja no que tange ao conteúdo, desde a sua publicação, no ano de 2011, observamos um alargamento importante no seu âmbito de incidência. Para muito além do que foi previsto dantes, a Lei agora alcança, para citar alguns exemplos, obras previstas no PAC, nos âmbitos do Sistema Único de Saúde – SUS e dos sistemas de ensino público.

Desse modo, a escolha do tema para a presente monografia afigura-se sobremaneira relevante, não apenas pelo fato de versar sobre forma de contratação do Estado, cuja finalidade mediata sempre é a pública, mas porque se propõe a analisar novíssimo diploma normativo que vem ganhando espaço nas licitações públicas em todo país.

Portanto, para tratar do assunto em comento, esse trabalho foi dividido em cinco capítulos, sendo um capítulo introdutório, três de desenvolvimento e um capítulo de conclusão.

O primeiro capítulo de desenvolvimento trará um panorama geral sobre a licitação pública. Serão tratados o conceito, finalidade e princípios aplicados, com destaque para uma reflexão acerca do princípio do interesse público sobre o privado. Serão, ainda, destacados alguns diplomas normativos que regulam o modo de contratar pelo Estado e peculiaridades nas contratações de obras e serviços de engenharia.

No segundo capítulo, por sua vez, o Regime Diferenciado de Contratações é contextualizado, sendo abordadas a expansão do seu cabimento e as inovações dignas de nota. Em seguida, serão destacados os aspectos polêmicos que envolvem o aludido regime, notadamente, no que se refere à sua constitucionalidade e às críticas feitas por parte da doutrina.

O terceiro capítulo, finalmente, introduz a contratação integrada, abordando sua natureza jurídica de obrigação de resultado e trazendo conceitos importantes, pertinentes ao tema, e suas repercussões, tais como, projeto básico e anteprojeto de engenharia. Ademais, serão evidenciadas algumas peculiaridades próprias do aludido regime de contratação, finalizando com a apresentação e análise de estudo realizado pela CONOF, através da Nota Técnica nº 21/2015, de licitações realizadas, pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte (Dnit), sob a modalidade em comento.

Por fim, no capítulo de arremate, o presente estudo finaliza tecendo algumas considerações sobre o regime de contratação integrada inserido no ordenamento brasileiro pela Lei do RDC.

2 LICITAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública permeia a vida de todos os indivíduos da sociedade, sem exceção. Existe um verdadeiro aparato de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que viabilizam o cotidiano das pessoas de uma maneira geral, enquanto comunidade socialmente organizada. Essa percepção torna-se evidente no momento em que o sujeito toma a iniciativa de buscar um serviço público, como por exemplo, um atendimento médico em hospital municipal ou quando necessita obter alguma documentação específica, como o título de eleitor ou a carteira nacional de habilitação.

A presença de um ente público administrativo, portanto, cuja delegação de poder, no Brasil, é feita através do voto, garante, ou pelo menos, deveria garantir o atendimento às necessidades básicas do seu povo, quer sejam essas estruturais, viabilizando a infraestrutura necessária que possibilite uma vida digna, quer sejam sociais, proporcionando serviços básicos, tais como, saúde, educação, transporte e etc. Essa, portanto, é a finalidade da Administração Pública: fornecer condições para que, de maneira imediata ou reflexa, o interesse público seja alcançado.

Desse modo, para atingir efetivamente esse fim, a Administração necessita firmar contratos para realizar obras, prestar serviços de caráter público, adquirir bens etc. Precisa, portanto, pactuar acordos voltados ao atendimento do interesse da sociedade, o que se dará através da licitação pública.

Portanto, o presente capítulo irá tratar do conceito e finalidade desse procedimento, pontuando os princípios aplicados, com destaque para pontos de vista dissonantes na doutrina no que se refere ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Em seguida, a partir de um breve histórico, serão apresentadas as principais normas pertinentes ao tema das licitações públicas para contratação de obras e serviços de engenharia ao longo do tempo, concluindo com as peculiaridades desse tipo de contratação. Nesse sentido, serão pontuadas as diferenças existentes entre obras e serviços e suas repercussões na prática, bem como características que distinguem essa contratação das demais, cujo entendimento se faz necessário para a melhor compreensão do regime de contratação integrada previsto pela Lei do RDC, objetivo principal desse trabalho.

2.1 CONCEITO, FINALIDADE E PRINCÍPIOS APLICADOS

O administrador público não está livre para escolher as pessoas que serão contratadas para prestar serviços ou vender bens, uma vez que tal liberdade poderia ensejar opções inadequadas entre alguns administradores descuidados ou, até mesmo, desonestos. Em última instância a maior prejudicada seria justamente a Administração Pública, a responsável por gerir os interesses coletivos (CARVALHO FILHO, 2014, p.237).

Nesse contexto, segundo o autor José dos Santos Carvalho Filho (2014, p.238), para impedir essa situação e tantas outras indesejáveis, surge o instrumento da licitação, procedimento anterior ao próprio contrato, que possibilita à Administração uma melhor análise, de maneira que possa escolher qual a proposta mais vantajosa e adequada às suas necessidades. Sendo assim, a licitação pública pode ser conceituada como um procedimento administrativo vinculado, através do qual a Administração seleciona a melhor proposta, dentre aquelas apresentadas pelos interessados, a fim de celebrar o contrato ou obter melhor trabalho técnico, artístico ou científico¹.

A constitucionalização do tema, antes previsto apenas em lei, ocorre a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que, ao contrário das suas predecessoras, foi expressa em relação à licitação e a sua obrigatoriedade. O art. 37, XXI, é irrefutável nesse sentido ao estabelecer, como princípio, que, ressalvados os casos expressos em lei, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]”. De maneira uniforme, ainda na Carta Magna, o art.175 afirma que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Quer dizer, a licitação é um procedimento administrativo mandatário, previsto constitucionalmente e regulado por normas, visando a atender,

¹ Para Marçal Justen Filho a licitação é definida como: “procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção e proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica” (2014, p.495).

conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.538), três exigências públicas, quais sejam: alcançar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, que naturalmente irá fomentar a competição entre ofertantes; garantir a observância dos princípios da isonomia e da impessoalidade (elencados nos arts. 5º e 37, CF/88); e obedecer aos ditames da probidade administrativa, determinada pelos arts. 37 e 85, V, da Constituição Federal.

Os princípios são fontes normativas que traduzem um juízo de valor de determinada sociedade, presente de maneira explícita ou não no seu ordenamento jurídico. Assim como as regras, representam comandos e são entendidos como norma, distinguindo-se daquelas pelo seu alto grau de abstração e forma de solução de conflito quando em choque com outra norma de mesma natureza no caso concreto (colisão entre princípios, pela ponderação e entre regras, pela subsunção). Cada princípio deve ser compreendido e executado de maneira que não haja perda da coerência do sistema.

O princípio impõe a escolha da melhor solução existente, não se restringindo à fixação de limites. Nas palavras de Marçal Justen Filho: “[...] as circunstâncias da vida real condicionam a aplicação do princípio. Assim ocorre porque as características da vida real variam caso a caso, sendo impossível estabelecer uma solução única e geral aplicável de modo uniforme” (2014, p.136).

Em que pese o estudo dos princípios não ser objeto de análise desse trabalho, não se pode deixar de lhes referenciar, ainda que seja para efeito didático, uma vez que constituem o alicerce valorativo do sistema jurídico vigente no país, especialmente quando se está diante de tema essencialmente contido no direito administrativo, direito público por essência.

A licitação, enquanto procedimento a ser executado pela Administração Pública, deve obediência a todos os princípios que informam o direito administrativo brasileiro, sejam eles constitucionais ou legais. Expressamente, em seu art. 37, a Carta Magna elenca os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência que devem ser observados pela Administração direta e indireta.

Especificamente no que tange às contratações públicas, a Constituição cuidou de expressar claramente a necessidade de observância ao princípio da igualdade (art. 37, XXI). Dessa forma, a participação de todos que desejarem disputar o processo licitatório deve ser assegurada, uma vez cumpridos

os requisitos necessários, que de forma alguma devem ter o intuito restritivo. Da mesma maneira, o referido princípio implica o dever de tratamento isonômico entre todos os participantes do certame (MELLO, 2015, p.546).

Em sede infraconstitucional, a Lei 8.666/93 dispõe em seu art. 3º que as licitações devem observância à seleção da proposta mais vantajosa para a administração e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Deverá ainda ser julgada e processada em conformidade com os princípios da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

2.2 REFLEXÃO SOBRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E SUAS REPERCUSSÕES NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Ainda na esteira dos princípios aplicados à Administração Pública, cumpre trazer à tona importante dissensão doutrinária pertinente a vigência ou não, no ordenamento, do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado.

Isso porque, o presente trabalho pretende analisar a disciplina jurídica da contratação integrada, prevista na Lei do RDC, contemporâneo instrumento legislativo que pressupõe uma parceria entre o ente público e o empresariado, para que mutuamente, cada um com suas legítimas pretensões, alcancem a satisfação da coletividade.

Dessa maneira, entende-se necessária essa sucinta reflexão acerca do aludido princípio, no sentido de se questionar acerca da extensão da sua aplicabilidade. Até que ponto é plausível conceber um “interesse público” que sobrepujasse os interesses individuais, desconsiderando-os pura e simplesmente?

Cumprido destacar inicialmente que respeitável parcela da doutrina elenca como princípio fundante do direito público brasileiro, a supremacia do interesse público sobre o privado. Nesse sentido, ressalte-se o entendimento do Ministro Celso Antônio que em sua obra o define como “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público” (2015, p.70).

Para o autor, tal princípio estabelece a superioridade do interesse da coletividade, em detrimento do particular. Essa posição privilegiada do poder Público é indispensável para a gerência dos interesses públicos postos em

confronto. Ressalta ainda que tal prerrogativa deve ser exercida no estrito cumprimento do dever posto ao cargo do agente público, visando a satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem (MELLO, 2015, p.71).

Ainda nessa linha de intelecção, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p.66) defende que o primado do Direito Civil e o individualismo foram substituídos, após muitos séculos, justamente pelo princípio que serve de fundamento para todo o direito público, vinculando a Administração em suas decisões, qual seja, a supremacia dos interesses públicos sobre os individuais.

Na visão de Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p.14), o reconhecimento da existência, na doutrina administrativista, daqueles que privilegiam um direito administrativo *ex pars príncipe*, em oposição àqueles que dão mais ênfase a uma perspectiva *ex pars populi*, justifica-se pelas características da manifestação do poder político, que corresponde ao próprio Estado, quais sejam, a concentração e a delimitação do poder².

Nessa perspectiva, o direito administrativo divide-se entre os instrumentos de intromissão na esfera dos direitos individuais e dos mecanismos de proteção às pessoas. Afirma, então, o doutrinador (2011, p.15) que “a tensão entre autoridade e liberdade é, pois, o cerne, a base, da construção jusadministrativista”, tendo o absolutismo deixado um irrefutável legado para a referida disciplina jurídica.

Dessa forma, segue afirmando que o avanço da doutrina destrona a figura do príncipe e abre espaço, então, para a figura do interesse público. Ao ser tratado como uma razão superior que de uma só vez consente e fundamenta o agir da Administração, essa noção de interesse público, ao dispensar um conteúdo, torna-se suficiente para legitimar a supressão de direitos privados. Sendo assim, além da jurisprudência, já há algum tempo, através da razoabilidade e proporcionalidade, revelar a inexistência de um interesse público único e homogêneo, pululam na doutrina relevantes críticas a seu respeito.

O autor Gustavo Binenbojm (2014, p.85), por exemplo, rebate diretamente o enaltecimento ao aludido princípio, por entender que a concepção dessa corrente, de que há uma prioridade absoluta do coletivo em detrimento do

² Na visão do autor (2011, p.14), “concentração” porque o poder do Estado não convive com nenhum outro dentro do seu território e, tampouco tolera interferências externas sobre ele (corolário da soberania); e “contenção” porque apesar de único e irrefutável no âmbito territorial, não é infundável, subordinando-se aos ditames da legalidade.

particular– público sobre privado –, de maneira apriorística, não se coaduna com o Estado democrático de direito. Na ótica do autor, a expansão do fenômeno do constitucionalismo também tocou o ramo do direito administrativo, tornando insustentável conceber um princípio que estabeleça, previamente, a supremacia do interesse público sobre os interesses particulares (2014, p.105).

Acertadamente, o autor defende que o agente público, quando da realização de um interesse coletivo, que se depare com interesse particular juridicamente protegido contraposto, deve alcançar uma solução ótima para ambos, atento aos valores constitucionais “adversários” e às circunstâncias do caso concreto. Estaria o administrador, portanto, agindo de acordo com a técnica da ponderação, avaliando proporcionalmente o benefício da escolha versus o sacrifício imposto ao interesse vencido em questão (2014, p.108).

A corroborar com as críticas feitas ao princípio em comento, Marçal Justen Filho (2014, p.163)³ arremata em síntese: “a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental que é anterior à supremacia e indisponibilidade do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais”.

O debate acima exposto mostra-se sobremaneira relevante para a compreensão dos contornos que envolvem a licitação pública, procedimento obrigatório que deve submissão a uma série de requisitos e premissas. O princípio da supremacia do interesse público outrora tão festejado, de certa maneira, conferia ao agente público uma discricionariedade imponderada diante do particular, possibilitando decisões arbitrárias, uma vez que o agente, sob o “manto” do interesse público, poderia realizar atos administrativos independente dos seus efeitos colaterais.

Outro obstáculo a ser enfrentado pelo administrador seria a correta identificação do chamado interesse público, no caso concreto. Ora, se para a doutrina já se mostra penoso um consenso acerca desse conceito jurídico indeterminado, ainda mais questionável seria a decisão tomada pelo servidor. O

³ O autor Humberto Ávila (2007, p.9) compartilha o entendimento dos referidos autores e, ao analisar sobre o acolhimento da existência da supremacia do interesse público enquanto norma-princípio pelo ordenamento jurídico brasileiro, afirma: “[...] primeiramente, que a análise sistemática dos direitos fundamentais e das normas de competência feita à luz da atual metodologia jurídica não permite a descoberta do citado “princípio” e, secundariamente, que seu conteúdo é objetivamente indeterminável, além de ser indissociável dos interesses particulares e não poder ser deles separado ou a eles contrariamente descrito”.

controle a ser aferido sobre uma decisão calcada unicamente na realização de “interesse público” é também motivo de questionamento acerca da aplicabilidade do referido princípio.

Atualmente, com o advento da Constitucionalização do direito como um todo, esse princípio vem sendo desconstruído e traz uma nova perspectiva para os agentes públicos, que, de certa maneira, devem ser estimulados a refletir sobre o seu exercício. O interesse público não deve se sobrepor de antemão, uma vez que, nos dizeres de Binebojm: “[...] a máxima preservação dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público.” (2014, p.116). A sociedade política tem como metas juridicamente definidas, não só viabilizar o exercício da Administração Pública, como preservar e favorecer os direitos dos particulares.

Outra decorrência relevante e prejudicial dessa concepção defasada de interesse público é enxergá-lo continuamente de maneira dissociada dos interesses individuais, sendo sempre aqueles mais expressivos e valorosos que esses. Por conta disso, desponta no senso comum o hábito de sempre suspeitar do envolvimento dos particulares em atividades que atendam necessidades coletivas, uma vez que a efetivação do interesse público é monopólio do Estado (MARQUES NETO, 2011, p.16)⁴.

A licitação pública fundamentalmente busca a contratação de serviços ou aquisição de bens para atender aos anseios da coletividade. Contudo, para que cada etapa se legitime, a Administração Pública deverá obedecer aos princípios que informam sua conduta bem como atender aos ditames previstos na legislação brasileira a seu respeito.

2.3 DIPLOMAS NORMATIVOS APLICADOS AO LONGO DO TEMPO

A disciplina normativa dos procedimentos licitatórios oscilou, ao longo da história do Brasil, entre o chamado minimalismo⁵, com regulação menos

⁴ Essa crítica, especificamente, que toca no tema da colaboração entre o ente público e o empresariado será melhor desenvolvida no tópico 2.2.2, o qual trata de algumas legislações que regulam as contratações públicas.

⁵ Minimalismo e maximalismo foram termos utilizados por André Rosillo (2013, p.29) para caracterizar os modelos legais de licitações vigentes no país em determinada fase. Nas palavras do autor: “O minimalismo parte da premissa de que a discricionariedade não é uma imperfeição do sistema [...], mas, sim, importante ingrediente a ser trabalhado pela legislação para que se atinja fins específicos”. O maximalismo, por sua vez, “aposta que as normas devem ser detalhistas, minuciosas e abrangentes, restringindo ao máximo a margem de liberdade daqueles que a elas se submetem”.

intensa, e o maximalismo, com a supervalorização das regras. A primeira fase, compreendida entre o ano de 1922, com a edição do Código de Contabilidade da União, e 1967, com a aprovação do Decreto-lei 200, conferiu à Administração ampla margem e discricionariedade (ROSILHO, 2013, p.35).

A chamada segunda fase, que findou em 1986, com a edição do Decreto-lei 2.300/86, por sua vez, impôs, através do Decreto-lei 200/67 um conteúdo mínimo obrigatório a ser observado não só pela União, mas por estados e municípios. Indicando-se, dessa forma, uma predisposição em uniformizar a disciplina jurídica das contratações públicas (ROSILHO, 2013, p.48).

A terceira fase das licitações, na visão de André Rosilho, iniciada com a vigência do Decreto-lei 2.300/86, teve a marcante influência do restabelecimento da democracia, após período ditatorial, e, no plano jurídico, disseminou-se a crença de que o direito seria capaz de transformar a realidade que o cercava e, portanto, tudo podia. Surge então uma “nova era das contratações públicas”, em que as regras jurídicas passaram a determinar, de modo casuístico e minucioso, a melhor forma de contratar, retirando a margem de discricionariedade que outrora havia para o administrador público. Surge, portanto, o chamado modelo legal maximalista (2013, p.64).

Nesse contexto, em 1988, é promulgada a Constituição cidadã repleta de princípios, inclusive voltados para a Administração Pública. Interessante notar que, influenciado pelo total desprezo ao período ditatorial, o constituinte se preocupou em limitar, de maneira contundente, a atuação dos agentes públicos (ROSILHO, 2013, p.84). Aspirava-se, naquele momento histórico, uma verdadeira lei nacional de licitações e contratos administrativos que, verdadeiramente, incorporasse e refletisse os novos princípios da Constituição de 1988 (BORGES, 1993, p.98)⁶.

Dessa forma, após essas breves notas históricas⁷, pretende-se, no próximo subitem, apresentar as leis que se entende de maior relevância para a contratação de obras e serviços de engenharia.

⁶ A autora Alice Gonzalez Borges (1993, p.98) a respeito do que se pretendia com o novo marco regulatório afirma ainda: “[...] por fim, fosse despojada uma série de casuísmos e permissibilidade que escancaravam as portas para abusos de toda sorte, e que facilitavam a proliferação da corrupção administrativa, sem que se aparelhasse a Administração Pública para efetivamente coibi-los”.

⁷ Para melhor compreensão e aprofundamento acerca dos dados históricos apresentados, remetemos os interessados à leitura da obra *Licitação no Brasil*, de André Rosilho (2013).

Obviamente, como não poderia deixar de ser, serão abordados os principais aspectos trazidos pela Lei Geral de Licitações - LGL (Lei nº 8.666/93), enquanto norma geral. Em seguida serão destacados alguns pontos pertinentes ao tema nas leis de Concessão de Serviços públicos (Lei nº 8.987/95), do Pregão (Lei nº 10.520/10) e da Parceria Público Privada (Lei nº 11.079/04).

2.2.1 A Lei nº 8.666/93 e sua aplicação enquanto norma geral

A nova Lei, que revogou o Decreto-lei nº 2.300/86, foi elaborada num contexto de escândalos que assolava o país, nos anos de 1991-1992, período em que pairavam contra o governo, cujo presidente era Fernando Collor de Mello, acusações de suspeita de compras superfaturadas, demonstrando, assim, a vulnerabilidade do regime jurídico das licitações naquele instante (PEIXOTO, 2013, p. 94).

Trata-se, portanto, na visão de Alice Gonzales Borges (1993, p. 98), de uma lei de circunstância, de uma lei emocional. Uma norma malfeita e: “sendo por demais prolixa e minudente, amarra extremamente, com detalhes excessivos e distanciados da realidade, os Estados, Municípios e Distrito Federal, no trato de questões em que devem exercitar suas autonomias constitucionais [...]”.

A professora segue com as críticas ao diploma normativo por entender ainda que, ao pretender ser didático, é obscuro e, portanto, confuso e de difícil compreensão, possibilitando assim, equívocos e desvirtuamentos, “bem ou mal intencionados”.

André Rosilho (2013, p.21), por sua vez, levanta considerações ainda mais graves sobre a lei nº 8.666/93 ao afirmar que as normas nela contidas não são neutras. Valendo-se do discurso de combate à corrupção e à malversação dos recursos públicos, criou-se um “jogo de aparências”, em que a Administração foi engessada a um conjunto rígido de regras que, ao contrário de promover a alardeada moralização e a competição, restringiu o mercado público beneficiando grupos específicos de interesse, notadamente os das empreiteiras de médio porte que demonstrasse experiência anterior.

De toda forma, em que pesem as avaliações sobreditas, a lei persiste no tempo, contempla as normas gerais de licitação, nada obstante já ter

sido alterada mais de vinte vezes desde a sua edição. Inclusive, toda e qualquer contratação pode ser realizada através do modelo previsto na Lei 8.666, não havendo qualquer condicionante à sua aplicação (JUSTEN FILHO, 2014a, p.506).

A competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação foi atribuída à União pela Constituição Federal⁸. Isso significa que sobre normas específicas, os demais entes, estados⁹, Distrito federal e municípios, poderão editar leis sobre seus procedimentos licitatórios. Dessa forma, apesar da maioria das disposições do Estatuto ser caracterizada como norma geral, remanesce certa margem de autonomia aos demais entes federativos (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2012, p.18).

Além de se aplicar, no que tange ao comando geral, a todos os entes da Federação, a disciplina imposta no diploma em comento vincula os três Poderes das entidades políticas, não apenas o Executivo, mas o Judiciário e Legislativo, quando realizam contratação com terceiros, desempenhando, assim, atividade de natureza administrativa (JUSTEN FILHO, 2005a, p.15).

No tocante às obras e serviços de engenharia, é importante observar que o Estatuto trouxe algumas boas práticas em consonância, inclusive, com o princípio constitucional da eficiência (ALTOUNIAN, 2009, p.42). Como por exemplo, a necessidade de projeto básico, a precisa definição do objeto a ser licitado, a necessidade de detalhar em planilhas o orçamento e a obrigatoriedade de critérios de aceitabilidade de preço unitário e global na avaliação das propostas.

Especificamente sobre os projetos básico e executivo¹⁰ o Estatuto deixou claro que serão etapas independentes e realizadas por prestadores distintos, uma vez que o art. 9º, II, veda, expressamente, a participação, direta ou indireta, na licitação ou da execução de obra ou serviço do autor do projeto, básico ou executivo. Tal vedação intentou privilegiar os princípios da impessoalidade e da moralidade, sendo o seu descumprimento objeto de responsabilização (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2012, p.18).

⁸ CF/88, art. 22, XXVII: “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

⁹ O estado da Bahia, por exemplo, editou sua própria lei sobre licitações e contratos administrativos (Lei nº 9.433/2005).

¹⁰ Conceitos que serão melhor trabalhados no 4º capítulo do presente trabalho.

O art.10º da referida lei estabelece que a contratação de obras e serviços se dará mediante execução direta ou indireta. Segundo Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti (2012, p.148), na execução direta, a Administração se utilizará de recursos (humanos, materiais e organizacionais) próprios para alcançar o objeto definido. Na execução indireta, por sua vez, por não dispor de recursos próprios em sua própria estrutura ou, ainda, por considerar que os recursos existentes não estejam adequadamente habilitados, a Administração contrata a execução com terceiro apto a realizar o objeto almejado¹¹.

O Estatuto prevê, ainda, em seu art. 23, §1º, a necessidade de se parcelar a execução do objeto contratado quando for comprovada a viabilidade técnica e econômica. Tal opção legislativa merece atenção do administrador público, conforme os autores supracitados (2012, p.150), no sentido de se verificar o custo-benefício da medida, uma vez que a depender da obra ou do serviço, quanto maior a quantidade licitada, menor poderá ser o custo unitário, inviabilizando o parcelamento. Por outro lado, a subcontratação de partes do objeto pode ampliar a competitividade, não só por estimular a participação de empresas no ramo, mas também por preservar a especialização que a natureza do objeto demande.

Por fim, Claudio Altounian e Rafael Cavalcante (2014, p.40), oportunamente, constatam que o Estatuto foi aprovado há mais de 20 anos, época em que não havia ferramentas de Tecnologia da Informação disponíveis, como a própria internet ou computadores capazes de processar um grande volume de dados. Essa observação, portanto, revela o descompasso entre os dispositivos da lei e a realidade vivida pelos participantes das licitações e pela própria Administração que, certamente, ao longo desse tempo, também adequou seus procedimentos, adaptando-se às novas tecnologias.

Sendo assim, é possível afirmar que o texto da Lei 8.666 não foi atualizado a contento. O exemplo emblemático que pode ser apontado é o fato de que os limites para a definição da modalidade de licitação datam de 1998, sem qualquer correção há mais de quinze anos (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.40).

Dessa forma, por não atender às especificidades a contento, diversos regramentos foram sendo editados, como por exemplo, a norma do Pregão

¹¹ A lei nº8.666/93 prevê os seguintes regimes de execução indireta, conforme art.10, II: empreitada por preço global; empreitada por preço unitário; tarefa; e empreitada integral.

(10.520/2010) e das parcerias público privadas, as PPPs, (11.079/04). No tocante às obras públicas, não se pode deixar de apontar também as inovações trazidas pela lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

2.2.2 A Lei de Concessão de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), a da Parceria Público Privada (Lei nº 11.079/04) e a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02)

Os diplomas normativos supracitados foram pinçados no ordenamento para ilustrar as tentativas do Estado em editar leis que atendessem a situações peculiares, uma vez que a Lei 8.666, caracterizada como “norma geral de licitações”, não era capaz de corresponder, satisfatoriamente, às necessidades trazidas pelos casos concretos. Dessa forma, esses regramentos possuem objetos distintos e contextos históricos específicos, cada um deles representando tentativa do legislativo em criar mecanismos de contratação pública mais palatáveis que àqueles delineados pela LGL.

Primeiramente, publicada em 13.02.1995, a lei nº 8.987/95, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175¹² da Constituição Federal. A promulgação da referida lei dá-se no esteio do Programa Nacional de Desestatização¹³, em que as concessões de obra e de serviço público ressurgem em virtude do movimento de privatização de atividades até então exercidas pelo setor público e, também, devido à escassez de recursos do Estado para a realização de obras mais complexas e onerosas (EIZIRIK, 1994, p.43).

O referido autor salienta ainda (1994, p.43-45) que o instituto de concessão carecia, naquele momento, de instrumento legal hábil a prover um equilíbrio entre o interesse estatal de fiscalizar satisfatoriamente os serviços e as devidas garantias, aos empresários privados, de que as condições do contrato seriam mantidas. Dessa maneira, acreditava-se que a edição do aludido regramento traria maior segurança à Administração e ao concessionário, assim como proteção para o usuário dos serviços.

¹² Art.175, CF/88: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

¹³ Programa (PND) criado pela lei nº8.031/1990.

A concessão de serviço público abarca interesses potencialmente antagônicos. De um lado, o compromisso do Estado em atender às necessidades essenciais da coletividade e, do outro, a iniciativa privada, perseguindo seu lucro, a quem se destina o encargo efetivo de prestar o serviço público (JUSTEN FILHO, 2003, p.11).

Contudo, conforme digressão já feita acerca da relação interesse público x privado (tópico 2.1), o supracitado antagonismo não deve ser visto com “maus olhos”. Segundo bem pontua Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p.17): “[...] o fato de um bem ou de uma atividade ser de interesse coletivo e demandar alguma forma de ação estatal (responsabilizando-se pela oferta, fomentando-a ou regulando-a) não deve servir de causa para excluir a atuação dos particulares.” A conjugação de esforços públicos e privados deve se dar no sentido de oferecer, aos administrados, a prestação de serviço mais eficiente, com o menor custo e melhor qualidade disponível.

A autora Alécia Paolucci Nogueira Bicalho (2014, p.1227) vai ainda mais além e afirma que: “a estabilidade das relações entre a Administração Pública e a iniciativa privada é um dos sustentáculos da realização do princípio constitucional do desenvolvimento nacional sustentável”. Ambos, iniciativa privada e poder público possuem legítimos interesses a serem alcançados através da contratação. O primeiro quer contratar com o poder público, visando a alcançar sua finalidade; já o segundo, por sua vez, precisa dessa parceria, quer o conhecimento técnico e a competência do empresariado.

Conquanto não seja o foco do presente trabalho debater os aspectos que envolvem a parceria, em sentido lato, entre ente público e iniciativa privada, entende-se ser de fundamental importância instigar o leitor a refletir sobre a referida relação, por vezes tão demonizada pelo senso comum.

Com efeito, objetivamente, cumpre destacar o que o referido diploma (lei nº 8.987) trouxe como novidade em relação à LGL, e que a Lei do RDC também previu em seu bojo, não sendo, portanto, algo original, visto que presente em lei editada em 1995. Trata-se da possibilidade da Administração licitar com anteprojeto ou apenas elementos do projeto básico¹⁴ (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.39).

¹⁴ Consoante dispõe o art. 18, XV, da lei nº8.987/95.

Seguindo na perspectiva de instrumentos legislativos que viabilizam a “colaboração” entre os setores público e privado, em 2004, a “Parceria Público Privada” (PPP), regulada pela lei nº 11.079, foi inserida no sistema jurídico.

Com o intuito de conferir maior flexibilidade para a realização de projetos de infraestrutura pública através de investimento privado, a referida lei ampliou o conceito atribuído às concessões (disciplinadas então pela Lei 8.987), prevendo em seu art. 2º, caput, as modalidades de concessão patrocinada e administrativa¹⁵, de maneira distinta das concessões comuns (GROTTI, 2007, p.112-113).

Segundo a supracitada autora (2007, p.113), havia dois objetivos principais, do ponto de vista legal, para a edição da lei em comento. Primeiramente, viabilizar os projetos cuja exploração pelo contratado ou não é suficiente para remunerá-lo ou nem mesmo envolve contraprestação pelo usuário. Dessa forma, uma vez que o empreendimento é incapaz de pagar, por si só, ao investidor privado, o parceiro público arcaria com a remuneração integral ou parcial. Saliente-se que é justamente nesse ponto que as PPPs se distinguem das concessões comuns, uma vez que nestas a remuneração do concessionário advém, via de regra, da exploração do serviço.

O segundo objetivo principal, por sua vez, seria ampliar o prazo de amortização de investimentos realizados para prestar serviços diretamente ao Estado que, pela LGL é limitado a cinco anos, passando ao máximo de trinta e cinco anos com a nova lei.

Ainda na visão de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2007, p.118) a disciplina jurídica das PPPs, visando a um modelo licitatório mais proveitoso que o sistema existente até então, introduziu novidades, dentre as quais podem ser destacadas: a necessidade de se submeter às minutas do edital e contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico informando a justificativa para a contratação, identificação do objeto e demais informações pertinentes, estabelecendo-se prazo para recebimento de sugestões (art. 10, VI); possibilidade de se inverter a ordem das fases de habilitação e julgamento (art. 13), inovação trazida pela Lei do Pregão;

¹⁵ Enquanto a concessão patrocinada envolve, além da tarifa cobrada aos usuários, a contraprestação pecuniária do parceiro público (art. 2º, §1º), a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2º, §2º).

possibilidade do julgamento ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem pontuação mínima (art. 12, I); e a possibilidade de saneamento de falhas ou correções de caráter formal, conforme art. 12, IV, da lei nº11.079/04.

Outras novidades relevantes, inclusive porque previstas de certa forma na Lei do RDC, são os mecanismos de distribuição de riscos entre os parceiros e a introdução do artifício de remuneração variável no contrato de PPP. Com o intuito de incentivar o parceiro privado a prestar um serviço de boa qualidade, o art. 6º, §1º, possibilitou ao contrato prever o pagamento de remuneração variável, vinculado ao desempenho do contratado, segundo metas e objetivos estabelecidos pelo ente público (PINTO, 2005, p.7).

Por fim, para citar outra importante legislação acerca das contratações públicas, aponta-se a Lei do Pregão que, assim como a do RDC, também fora fruto de conversão de medida provisória, e foi publicada em 17.07.2002.

Tratada pelo autor Marçal Justen Filho como “instrumento de reforma da legislação sobre licitações” (2005b, p.9), objetivou substituir o regramento tradicional previsto pela LGL por instrumentos mais eficientes e céleres.

O autor segue afirmando (2005b, p.9) que, devido às circunstâncias políticas, ao invés de editar uma lei que substituísse integralmente a Lei nº 8.666, a União passou a editar normas específicas e diferenciadas. Em sua opinião: “[...] pode se esperar que, ao longo do tempo, a Lei nº 8.666 torne-se um diploma cuja única utilidade normativa será a veiculação de princípios gerais. A disciplina concreta das licitações será efetivada por meio de diplomas específicos”.

Marçal Justen Filho arremata seu prognóstico destacando que o pregão teria papel fundamental nesse contexto. Como a obra do ilustre autor data de 2005, é possível afirmar, dez anos depois, que a sua previsão, de certa maneira, foi bastante precisa. De fato, diversas foram as normas específicas que surgiram, sendo o pregão, modalidade de destaque, utilizada, em larga escala, por todos os entes da Federação.

No que se refere às contratações de obras e serviços de engenharia, a Lei do Pregão, em seu art. 1º, silencia quanto à possibilidade, facultando a adoção do pregão para aquisição de bens e serviços comuns. O parágrafo único, por sua vez, define serviços comuns como sendo “aqueles cujos

padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Entretanto, o decreto nº 3.555/00, que regula, em âmbito federal, o pregão, veda, expressamente, em seu art. 5º o uso de tal modalidade nas contratações de obras e serviços de engenharia. Em relação à proibição de serviços de engenharia, seria possível encontrar hipóteses em que se poderia identificar um objeto comum, como a implantação de habitações populares, envolvendo projetos cuja padronização não denotasse maiores complexidades (JUSTEN, 2005b, p.31).

O próximo tópico do presente trabalho abordará mais detidamente a questão acerca do termo “obras e serviços de engenharia”.

Por fim, quanto ao diploma normativo que instituiu o pregão, cumpre destacar a previsão da inversão de fases da licitação e a oferta de lances sucessivos dos licitantes para redução dos preços inicialmente ofertados. Mais uma vez, portanto, o RDC não concebeu algo exatamente inédito (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.39).

Destarte, conforme pontuado pela doutrina citada, ao contrário do que foi alardeado quando da edição do RDC, não houve propriamente inovações radicais, pois muitas das novidades da nova disciplina jurídica constam em procedimentos já existentes no ordenamento. O novo regime, dessa forma, buscou incorporar as vantagens dos diplomas normativos que já se ocupavam do tema.

2.3 CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A contratação de obras e serviços de engenharia, pela Administração Pública, atrai a atenção da sociedade não só por envolver, em grande parte, um alto dispêndio de recurso público, como também por representar promessa de um novo equipamento ou reparo necessário em estrutura já existente, repercutindo de maneira relevante na esfera social.

Primeiramente, cumpre destacar a diferença entre “obras” e “serviços de engenharia”. A lei nº 8.666/93 em seu art. 6º, I e II, traz conceitos um tanto questionados pela doutrina. No que concerne a “obra”, o legislador não deixa clara sua definição, mas tão somente elenca exemplos taxativos do que se poderia entender como tal: “obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”. No caso de serviços, existe

um conceito legal explícito seguido de exemplos¹⁶, contudo, ainda insuficiente para distingui-lo de obra e compras em geral, afinal, a finalidade da Administração em qualquer contratação é obter determinada utilidade que lhe interesse (JUSTEN FILHO, 2005a, p.94).

Marçal Justen Filho ainda alerta para o problema causado pelas situações limítrofes, em que não se pode precisar exatamente se o objeto em questão trata-se de obra ou serviço¹⁷. Sugere o autor, inclusive, que não foi sem razão que a Lei Geral de Licitações identifica o regime jurídico para “obras e serviços de engenharia”, sem separá-los, uma vez que seria trágico tratar distintamente algo que o próprio diploma não consegue diferenciar (2005a, p.95).

Para efeitos práticos, até o ano de 2002, distinguir obras de serviços de engenharia não continha maiores relevâncias. Contudo, com o advento da lei nº 10.520/02, Lei do pregão, surgiu a necessidade de se diferenciar esses conceitos, uma vez que a nova modalidade licitatória se restringia à aquisição de bens e contratação de serviços comuns (art. 1º), não abrangendo, explicitamente, a contratação de obras.

Em seguida à sua vigência, iniciaram-se debates doutrinários acerca da possibilidade dos serviços de engenharia estarem contidos no termo “serviços comuns” a serem contratados via pregão. Atualmente, o tema já está pacificado pelo TCU através da súmula 257/2010, que prescreve: “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na lei nº 10.520/2002”.

Por outro lado, no que tange as obras, a proibição parece persistir, conforme se depreende do recente acórdão nº 1.540/2014, do referido Tribunal, sobre a impossibilidade de se enquadrar a construção de banheiros públicos como “obra de simples execução” licitando-a mediante pregão eletrônico:

[...] Assim, embora muito se discuta a viabilidade e vantajosidade prática na utilização do pregão para a contratação de obras, não existe margem à discricionariedade em comando tão específico (Acórdão 1538/2012 - TCU - Plenário). Nesse diapasão, não se aplica a modalidade pregão à

¹⁶ Lei nº 8.666/93, art. 6º, II: “Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

¹⁷ O autor exemplifica citando o caso de “reforma” de um imóvel que importe a demolição parcial da edificação. Questiona, então: “Nesse caso, existirá “obra” ou “serviço”? Enquanto reforma, trata-se de obra; enquanto demolição, é serviço”.

contratação de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações (vide Acórdãos em Licitações Contratos & Orientações e Jurisprudência do TCU, p. 48-64, 4ª Edição - Revista, atualizada e ampliada) [...]¹⁸

Ademais, a ausência de delimitação acerca do termo “serviço de engenharia” traz ainda outro obstáculo a ser enfrentado, que é a dificuldade em classificá-lo em face das outras espécies de serviço. Tal circunstância irá refletir na determinação do limite de valor e na definição da modalidade licitatória apropriada, uma vez que, a LGL atribui limites de valores para cada modalidade licitatória (convite, tomada de preço, concorrência) agrupando os objetos em “obras e serviços de engenharia” (art. 23, I) e “compras e outros serviços que não os de engenharia” (art. 23, II). É possível, portanto, que, em busca de modalidade mais simplificada e de menor publicidade, o agente público procure enquadrar o serviço como sendo de engenharia, em virtude do limite do valor ser maior (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2012, p.146-147).

Para o presente trabalho monográfico, a distinção entre obra e serviço de engenharia não se mostra essencial uma vez que a Lei do RDC, em seu art. 8º, não diferencia um do outro para fins de aplicação dos regimes de contratação trazidos pelo diploma normativo. De qualquer maneira, para efeito de melhor compreensão do tema, entende-se necessário não perder de vista as considerações tratadas pelos autores referidos, bem como as repercussões e divergências existentes na jurisprudência.

Diferentemente de outros produtos ou serviços encontrados estandardizados no mercado, cada obra resultará num objeto distinto, singular. Dessa forma, não há como se obter os chamados “ganhos de escala”, sendo necessária, na execução de uma obra, a montagem de toda uma estrutura voltada para determinado empreendimento, podendo surgir daí diversos imprevistos que deverão ser trabalhados para não comprometer o resultado final (ALTOUNIAN, 2009, p. 32).

¹⁸ Para maior aprofundamento sobre o tema, posto que o mesmo não constitui foco desse trabalho, recomenda-se a leitura do inteiro teor do acórdão referido e também dos seguintes: 3605/2014 e 2470/2013. Todavia, é importante destacar que a mesma Corte de Contas que vem proibindo o pregão para a contratação de obras, em 2012, através do acórdão nº5373/2012, determinou que: “A realização de procedimento licitatório para execução de obras comuns de engenharia deve utilizar a modalidade pregão”. O caso em comento versa sobre a construção de Unidade de Pronto Atendimento. Ora, se a determinação se baseou no fato da aludida obra “se tratar de serviços comuns de engenharia”, por que tratamento diverso foi dado para a construção de banheiros públicos (1540/2014)? Seria a construção de banheiros públicos mais complexa do que a de uma unidade de pronto atendimento, que inclusive, deve prever banheiros públicos em seu interior?

Além do mais, ressalta Claudio Sarian Altounian (2009, p.32) que a implementação de uma obra demanda a correta administração de diversos contratos e procedimentos licitatórios concomitantes ou não. Como exemplo, o autor cita: “[...] elaboração do projeto básico; execução da obra; implementação das instalações especiais; aquisição de equipamentos; supervisão; compra de materiais.” É necessário, portanto, que tudo seja perfeitamente coordenado de maneira que as possíveis falhas existentes ao longo do processo possam ser sanadas sem afetar o projeto.

Essas considerações, por óbvio, servem tanto às obras particulares como às contratadas com recurso público. O que irá diferenciá-las são as exigências estabelecidas em leis, decretos e decisões jurisprudências das Cortes de Contas.

Para a Administração iniciar um empreendimento é preciso que uma série de questões já esteja previamente respondida, sendo essencial o estabelecimento da delimitação do problema a ser resolvido. Trata-se do primeiro passo para contratar, uma vez que a identificação clara e precisa do problema irá delimitar o escopo de escolhas possíveis para solucioná-lo a partir da análise comparativa de viabilidade entre as opções disponíveis (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.57).

Outra medida necessária a ser adotada pelo gestor, quando na fase de enfrentamento do problema, é a verificação da existência de dotação orçamentária suficiente. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000), em seu art. 16, é muito clara ao determinar que toda ação governamental que acarrete aumento de despesa deverá ser acompanhada da “estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes”.

Dessa forma, necessário se faz delimitar corretamente o problema a ser enfrentado e verificar a disponibilidade orçamentária para a determinação do empreendimento. Urge destacar, nesse sentido, o princípio constitucional da eficiência, que preza pela melhor utilização possível dos recursos financeiros, humanos e materiais, em consonância com o do planejamento, que possui status de princípio fundamental da Administração pública, conforme estabelece o Decreto-Lei nº200/67 em seu art. 6º, I.

O planejamento (fase inicial do ciclo completo da gestão¹⁹) permite que sejam levantadas e refletidas as necessidades, a escolha dentre as alternativas disponíveis e respectiva análise da relação custo/benefício, de maneira que se possa melhor direcionar os recursos em prol do resultado almejado, reduzindo os riscos e incertezas (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2012, p. 152).

Os estudos de viabilidade do empreendimento são obrigatórios e fundamentais para impedir o desperdício de recursos públicos, tão recorrente no Brasil, com as famigeradas obras inacabadas ou mal feitas. Nesse sentido, é oportuno destacar o acórdão nº 1947/2007²⁰, do TCU, em que a Corte se mostra bastante sensível à questão da ausência dos estudos prévios às contratações, ocasionando sérios prejuízos à sociedade, que fica à mercê da malversação dos recursos públicos.

Uma vez delimitado o problema, parte-se para a definição do objeto a ser licitado. Passo esse, obrigatório, pois previsto em lei²¹, e de fundamental importância para o adequado prosseguimento das demais fases. Os autores Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.56) prescrevem: “a especificação do objeto deve ser tal que solucione o problema em questão, do modo menos oneroso possível, contemplando os custos de aquisição, operação e manutenção”. A partir daí, então, o procedimento licitatório seguirá no intuito de escolher a melhor proposta oferecida por participante habilitado, que atenda às especificações delineadas.

Além disso, a correta delimitação do objeto garante a isonomia entre os participantes do certame, uma vez que os coloca em pé de igualdade em termos de conhecimento do que a Administração está se propondo a contratar ou a

¹⁹ Ciclo completo da gestão técnica: planejamento, execução, controle e avaliação (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2012, p.152).

²⁰ O trecho a seguir, do mencionado acórdão (2015x), merece destaque: “10.Com efeito, há bastante tempo esta Corte se debate com a falta de planejamento adequado, com a falta de estudos técnicos consistentes, mormente os que tratam da viabilidade técnica e econômica dos empreendimentos. Não me refiro somente às obras aeroportuárias, mas também às obras rodoviárias, apenas para citar mais um caso de inadequação de projetos. 11. Tal prática leva, inexoravelmente, a sobrepreços, superfaturamentos e toda sorte de desvios contra o Erário e, de conseguinte, causa perdas irreparáveis à sociedade brasileira, que sente falta de serviços públicos adequados, e os desvios levam à paralisação futura ou atraso das obras e serviços em andamento”.

²¹ Sobre a obrigatoriedade de se definir o objeto a ser licitado, lei nº 8.666/93, art. 14: “Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa” e Lei do RDC, art. 5º: “O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias”.

adquirir. Dessa maneira, impede-se que os concorrentes façam uso de informações privilegiadas ofertando itens que estejam fora do escopo previsto no ato convocatório, uma vez que o agente público está adstrito à escolha da melhor proposta segundo as especificações previamente publicadas.

Para a correta caracterização de uma obra, são realizados, de forma sequencial, os estudos preliminares, o anteprojeto, o projeto básico e o projeto executivo. Os custos para a elaboração das referidas peças serão crescentes conforme se avance nas fases, sendo que as avaliações sobre os valores de investimento necessários, vão se tornando, a cada etapa, mais precisos e fundamentais para a boa execução da etapa seguinte (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.57).

Impende destacar que o detalhamento do que venha ser projeto básico e projeto executivo será oportunamente especificado em capítulo próprio. Por hora registra-se apenas que a Lei Geral de Licitações impôs em seu art. 7º, §2º, I, a obrigatoriedade de haver projeto básico aprovado para a licitação de obras e serviços.

Desse modo, projeto básico e executivo são duas licitações e contratações diversas e independentes. De outra banda, avança a Lei do RDC no sentido de que, em alguns casos, quando da utilização da contratação integrada, “a responsabilidade por essas duas atividades pode ser única, devendo a Administração cuidar tão somente do preparo do anteprojeto”, segundo Claudio Sarian Atounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.68).

Portanto, surge, afinal, a grande “inovação”²² do RDC, que através do regime de contratação integrada irá prescrever um novo procedimento para a contratação pública de obras e serviços de engenharia. O tema será devidamente aprofundado nos capítulos seguintes.

²² O uso das aspas em inovações cumpre o papel de alertar para o fato de que não se trata, a contratação integrada, de algo propriamente inédito na disciplina que regula as contratações públicas, conforme se verá mais adiante.

3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)

O RDC é introduzido no sistema jurídico, pela Lei nº 12.462, em 05 de agosto de 2011, como uma via alternativa à LGL, fornecendo instrumentos que viriam a garantir, para a Administração Pública, contratações mais céleres, econômicas e eficientes de obras de infraestrutura.

Preliminarmente, essencial salientar o fato de que tanto a Lei do RDC, como a LGL, possuem o mesmo nível hierárquico, ambas leis ordinárias aplicáveis aos respectivos âmbitos de incidência. Inclusive, o §2º, do art. 1º da lei nº 12.462 determina que a opção pelo RDC “[...] resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

Não obstante o supracitado parágrafo, pertinente atentar para o disposto no art. 39, da lei do RDC, cuja redação não deixa dúvidas acerca da aplicação subsidiária da LGL aos contratos administrativos celebrados com base no RDC, ressalvadas, evidentemente, as regras específicas assentadas no novel diploma normativo²³.

Desse modo, a lei do RDC não revogou leis anteriores que tratam do tema licitações e contratos públicos. Inclusive, seu campo de atuação é mais restrito, consoante o disposto em seu art.1º, além de sua aplicação ser facultativa, podendo a autoridade administrativa adotá-la ou não (JUSTEN FILHO, 2013, p.48).

Importante destacar que o intuito primeiro do novo regime foi o de assegurar as contratações pertinentes às obras de infraestrutura ligadas aos megaeventos esportivos, previstos para ocorrerem no Brasil²⁴ em 2014 e 2016. Desse modo, portanto, tratou-se, inicialmente, de opção excepcional e transitória para as licitações e contratos realizados no campo da Administração Pública (ANDRADE; VELOSO, 2014, p.33).

Cumprido esclarecer, conforme os mencionados doutrinadores, que o novo diploma legislativo inseriu o Regime Diferenciado de Contratações como

²³ O autor Marçal Justen Filho (2013, p.48) destaca que “Não existe, no entanto, a opção de aplicação concomitante de ambos os regimes, de modo a criar figuras novas e não previstas legislativamente.” Entretanto, há normas contidas na LGL, como as principiológicas, que são aplicáveis às licitações regidas pela lei do RDC.

²⁴ Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013, Copa do Mundo Fifa 2014, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

modalidade procedimental autônoma, mesclando elementos das modalidades até então existentes, acrescentando importantes inovações.

Atualmente, o âmbito de incidência do RDC ampliou-se sobremaneira. Para além do que fora previsto dantes, a Lei agora alcança, para citar alguns exemplos, obras previstas no PAC, nos âmbitos do Sistema Único de Saúde – SUS e dos sistemas de ensino público.

De certa forma, pode-se afirmar que a Lei do RDC encontra terreno fértil para sua expansão na medida em que se depara com um cenário de crise, em que o atual regramento (Lei 8.666/93) está visivelmente defasado e não corresponde mais às necessidades da Administração Pública e as do mercado.

Não por outro motivo que o novo regime se tornou uma escolha atrativa para o gestor, uma vez que intenta tornar mais célere os procedimentos necessários a serem percorridos pelo setor público quando da aquisição de bens e serviços.

3.1. CONTEXTO HISTÓRICO E ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO TEXTO ORIGINAL

O RDC surge nessa conjuntura de afinação do regramento jurídico das licitações públicas às exigências que envolvem a realização dos grandes eventos esportivos: Olimpíadas e Copa do Mundo. Antes do novo regime propriamente dito, surgiram outras tentativas de implantar um novo regramento jurídico para as licitações de infraestrutura que seriam necessárias, contudo, as tentativas foram frustradas, não sendo apreciadas no tempo devido (MP nº 489/10) ou tendo sido rejeitadas (MP nº 503/10 e MP nº 521/10). O fato era que o cronograma dos eventos estava apertado e era de amplo conhecimento que as contratações não se dariam a contento seguindo as regras previstas pela LGL (HEINEN, 2014, p.679).

Curiosamente, a MP nº 527/10, que faz nascer o RDC, versava sobre outro assunto, completamente distinto, a estrutura e regime jurídico do setor aéreo e aeroportuário. Essa inclusive é uma das críticas apontadas ao regime, uma vez que foi implantado num contexto completamente diverso, como se fosse “rescaldo de uma legislação que, definitivamente, não tratava de licitações e de contratos administrativos” (HEINEN, 2014, p.679).

Quando o Brasil assumiu a condição de anfitrião, como país sede, para recepcionar a Copa das Confederações da FIFA (2013), a Copa do Mundo de Futebol (2014) e as Olimpíadas e Paraolimpíadas (2016), o problema de falta de infraestrutura impôs-se juntamente com as limitações legais para a concretização das obras necessárias. Era urgente que o país se preparasse para, não só viabilizar esses megaeventos, mas também para recepcionar, adequadamente, os torneios, os atletas e suas delegações, os dirigentes das nações participantes e os espectadores (PEIXOTO, 2012, p.97).

O atraso no cronograma previsto, de certa maneira, compeliu o Legislativo a aprovar uma nova disciplina jurídica que conferisse celeridade e eficiência aos processos licitatórios (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.41).

Desse modo, inicialmente, esse foi o âmbito de aplicação previsto. Restrito e, de certa forma, efêmero. Segundo Ricardo de Andrade e Vitor Veloso (2014, p.36), em que pese a previsão restritiva do art. 1º, incisos I a III²⁵, a expressão “licitações e contratos necessários à realização” propicia larga interpretação, tratando-se, assim, de demarcação genérica. Ou seja, apesar de exigir um vínculo entre o projeto e os eventos, não há, no texto, a identificação de quais projetos seriam beneficiados pelo novo regime jurídico.

Essa ausência de definição clara sobre as hipóteses que ensejariam a aplicação do novel diploma normativo tornou-se um problema, de certa maneira, superado. Os autores supracitados (2014, p.36-37) alertam para o alargamento do âmbito de aplicação do RDC, cuja edição se justificou como forma de conferir maior simplificação, celeridade, transparência e eficiência nos procedimentos que se utilizavam de recursos públicos.

Sendo assim, ainda na visão dos aludidos autores, diante da grande defasagem e das críticas que a LGL padecia, a Lei do RDC, com o âmbito de

²⁵ “Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. [...]”.

aplicação restrito aos megaeventos, refletia uma sensação de que o país estaria priorizando esses acontecimentos esportivos em detrimento dos processos administrativos voltados permanentemente ao atendimento das necessidades da sociedade. Dessa forma, o alargamento do seu âmbito de aplicação seria inevitável.

A primeira ampliação do RDC deu-se menos de um ano após a lei que o instituiu. Incluindo um novo inciso ao diploma normativo em comento, a lei nº 12.688/12, expandiu a aplicação do regime para as “ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento” (PAC).

Dessa maneira, uma vez que não há previsão de critérios objetivos para a inserção de uma obra no PAC, a taxatividade das hipóteses de aplicação do RDC, imposta pela própria lei que o criou, restou eliminada. Isso porque, as ações do PAC serão discriminadas por simples ato do poder Executivo²⁶ (ANDRADE; VELOSO, 2014, p.39).

A próxima ampliação ocorreu para as áreas de saúde e educação. Por meio das leis nº 12.722/12 e nº 12.745/12, respectivamente, foram introduzidos, ao artigo 1º, o parágrafo 3º, segundo o qual “além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino”; e o inciso V, que viabilizou a utilização do RDC “das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS”.

O art. 63-A²⁷, introduzido pela lei nº 12.833/13, por sua vez, trouxe mais uma hipótese de aplicação do regime ao possibilitar seu uso para procedimentos licitatórios destinados à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos, quando realizados pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência ou, a seu critério, por instituição financeira pública federal.

²⁶ Lei do PAC nº 11.578/07, art.1º: “A transferência obrigatória de recursos financeiros pelos órgãos e entidades da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC cuja execução pelos entes federados seja de interesse da União observará as disposições desta Lei; art. 2º O Poder Executivo, por proposta do Comitê Gestor do Programa de Aceleração do Crescimento – CGPAC, discriminará as ações do PAC a serem executadas por meio da transferência obrigatória de que trata o art. 1º desta Lei”.

²⁷ Lei do RDC, art. 63-A: “Os recursos do FNAC serão geridos e administrados pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República ou, a seu critério, por instituição financeira pública federal, quando destinados à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos; § 1º Para a consecução dos objetivos previstos no caput, a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, diretamente ou, a seu critério, por intermédio de instituição financeira pública federal, realizará procedimento licitatório, podendo, em nome próprio ou de terceiros, adquirir bens, contratar obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados e utilizar-se do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC”.

A quarta ampliação feita, no bojo do texto normativo que instituiu o RDC, foi introduzida pela Medida Provisória nº 630, convertida pela lei nº 12.980/14, e incluiu o inciso VI, ao artigo 1º, ampliando a nova modalidade à contratação de obras e serviços de engenharia “para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo”.

Por fim, a mais recente alteração fora incluída pela Medida Provisória nº 678²⁸, de 2015, que acrescentou o inciso VII, ao artigo 1º, abrangendo o uso do RDC às licitações e contratos necessários à realização das “ações no âmbito da Segurança Pública”.

Ademais, outras leis esparsas também já vêm prevendo a aplicação do novo regime, tais como a Lei dos Portos (Lei nº 12.815/13) e a Lei nº 12.873/13, que prevê o uso do RDC para as contratações realizadas pela Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) no que se refere às ações de reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras, destinadas à guarda e conservação de produtos agropecuários (BICALHO, 2014).

Segundo André Rosilho (2014, p.427) os eventos esportivos não passaram de mote para a implantação de reforma do regime jurídico das contratações públicas em geral. Tal afirmação fica ainda mais patente quando observamos a considerável ampliação das hipóteses de seu cabimento.

O relevante avanço no âmbito de sua aplicação pode ser justificado pelo fato de que o RDC traz em seu bojo uma convergência de boas técnicas constantes nos demais diplomas licitatórios, somando ao texto legal, outras soluções já discutidas pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente do TCU - Tribunal de Contas da União (HEINEN, 2014).

Outro aspecto digno de nota, e que de certa maneira pode justificar a ampliação do âmbito de incidência do aludido regime, é o fato da Lei do RDC ampliar o espaço regulatório do gestor público, remetendo, por diversas vezes, à decisão regulamentar, por intermédio de decreto do Poder Executivo, o regramento de certos aspectos normativos, aproximando assim o direito do caso concreto (PEIXOTO, 2013, p.103-107).

A Corte de Contas inclusive teve papel importante na modelagem do RDC, cuja disciplina reflete, conforme Marçal Justen Filho (2013,

²⁸ A referida MP foi convertida na Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015.

p.15), “a experiência do TCU na identificação de defeitos e problemas na sistemática tradicional das licitações e contratações públicas [...]”.

Vale ainda trazer à baila interessante colocação feita por Alécia Bicalho (2014, p.1.227) para quem o novo regime cumpre papel importante, ao trazer conceitos e instrumentos praticados no setor privado, aquecendo assim as parcerias com a iniciativa privada. Entende ainda a autora que o Poder Público necessita dessa colaboração, “quer a expertise da iniciativa privada, sua eficiência, suas técnicas; esta, a seu turno, quer os negócios públicos como meio de realizar seus fins, entre os quais a percepção do legítimo lucro”.

Finalmente, cumpre assinalar que a Lei do RDC, enquanto norma editada pela União, no exercício da competência constitucional prevista no art. 22, XXVII, da CF/88²⁹, é aplicável aos demais entes federativos, desde que adotada exclusivamente às licitações e contratos que se enquadrem nas situações elencadas pelo art.1º.

Contudo, o mesmo não acontece com o decreto nº 7.581/2011. Instituído pela União, o regulamento da Lei do RDC aplica-se restritivamente ao âmbito federal, devendo cada ente federativo, de modo autônomo, editar suas respectivas normas específicas³⁰, tendo o cuidado, evidentemente, para não contrariar as disposições de caráter geral previstas na Lei nº 12.462 (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2013, p.52). O município de Salvador, por exemplo, já regulamentou a matéria através de regulamento próprio, o Decreto nº 24.868/2014.

3.2 ASPECTOS POLÊMICOS

Conforme acima exposto, a edição da lei nº 12.462 não se deu de maneira mansa e pacífica. Pelo contrário, de pronto já sofreu com ações diretas de inconstitucionalidade, as ADIs nº 4645 e nº 4655, que questionaram o diploma normativo tanto em seu aspecto formal, quanto no material.

²⁹ O entendimento da Lei do RDC enquanto norma geral é controverso e será melhor desenvolvido no tópico a seguir.

³⁰ É facultado a cada ente a possibilidade de recepcionar o disposto no regulamento federal. O que não se pode é impor sua observância automática e vinculante, sob pena de se violar a competência legislativa e regulamentar, que dispõe cada ente, para disciplinar o modo de aplicação específico do procedimento licitatório no seu âmbito de atuação (JUSTEN FILHO, 2013, p.24).

A doutrina, da mesma forma, está longe de ser unânime, havendo quem se posicione contra e outros que, apesar de reconhecer os avanços pretendidos, ainda identificam lacunas importantes que necessitam ser preenchidas de modo a conferir maior segurança ao novel diploma.

Em que pesem as críticas em sentido contrário, fato é que a aplicação do regime avança, conforme relatado no tópico anterior, abrangendo diversas contratações pelo país.

De qualquer modo, é de fundamental importância refletir sobre as críticas, inclusive para buscar o aprimoramento da legislação, de maneira que ela realmente alcance os objetivos pretendidos em seu art. 1º, §1º³¹, atendendo, assim ao anseio público por melhores contratações públicas.

3.2.1 Análise da constitucionalidade – ADIs 4645 e 4655

A medida provisória nº 527 foi publicada em 18.03.2011 tratando basicamente sobre a organização administrativa do Executivo, bem como tema pertinente à área de aviação civil³². Portanto, não havia, inicialmente, qualquer menção sobre o RDC ou sobre qualquer alusão a contratações públicas.

Prosseguindo seu curso normal na Câmara dos Deputados, a aludida MP recebeu emendas parlamentares, dentre as quais figurou a instituição do Regime Diferenciado de Contratações, de modo que em 04.08.2011 foi transformada na lei ordinária nº 12.462/11, a Lei do RDC.

Tão logo publicado, o normativo em comento sofreu a interposição de duas ações de inconstitucionalidade. A primeira, a ADI nº 4.645, ajuizada por partidos políticos (Partido Social Democrata – PSD, Democratas e o

³¹ Lei do RDC, art 1º, §1º: “O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública”.

³² Ementa da MP nº527/11: “Altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo”.

Partido Popular Socialista) e, em seguida, a ADI nº 4.655, proposta pelo Procurador-Geral da República e distribuída, por prevenção, ao Ministro Luiz Fux.

Uma vez que ambas as ações pleiteavam a declaração da inconstitucionalidade da lei do RDC, em seus aspectos formais e materiais, com irrelevantes diferenças para o objetivo desse trabalho, cumpre apontar os vícios suscitados e os respectivos argumentos sem se ater a qual ação especificamente pertencem.

Preliminarmente, serão destacados os supostos vícios formais para em seguida adentrar nos aspectos referentes ao conteúdo.

Nesse sentido, foi objeto de questionamento das referidas ações a ausência dos requisitos de urgência e relevância a serem preenchidos quando da edição de medida provisória pelo Presidente da República, porquanto a matéria tratada não justificaria tal adoção.

Contudo, esse argumento não parece prosperar uma vez que a edição de medida provisória é ato discricionário do governo, descabendo a interferência do Judiciário, salvo, obviamente, nos casos em que haja flagrante excesso ou abuso. Além disso, a própria Carta Magna dispõe, nos parágrafos do art.62, que é atribuição do Poder Legislativo controlar a relevância e urgência do tema, no decorrer do trâmite, pelas casas do Congresso Nacional. Assim, tendo em vista a regular transformação da MP em lei, não remanescem dúvidas de que as casas legislativas não apontaram qualquer vício no que se refere aos pressupostos questionados (ALCÂNTARA, 2013, p.63).

Outro aspecto formal apontado foi a inclusão da matéria, sobre o RDC, ter se dado através de emenda parlamentar sem qualquer pertinência com a temática principal que versava sobre questões relacionadas à reestruturação administrativa do setor de aviação, configurando-se, assim, em abuso do poder de emendar.

Nesse sentido, Renato Monteiro de Rezende (2011, p.8) destaca que os incisos I e II da lei complementar nº98/1998³³ são especialmente violados, pois determinam que, “excetuadas as codificações, cada lei tratará de um

³³ Dispõe a aludida lei sobre “a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

único objeto e não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”.

Entretanto, cumpre destacar que no parecer³⁴ sobre a MP 527 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011), que conclui pelo atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, bem como pela constitucionalidade e adequação da MP e suas emendas, foi feita uma correlação entre a urgência de se reestruturar o setor de aviação civil, para que o país pudesse abrigar os megaeventos esportivos, com a necessidade de se realizar as licitações pertinentes, incluindo a construção de obras de grande vulto.

Sendo assim, a despeito de a emenda não tratar especificamente sobre questões peculiares do setor de aviação civil, existe uma relação direta entre a nova modalidade de contratação, naquele instante restrita às obras e serviços relacionados aos já referidos eventos, e os avanços pretendidos pelo Executivo ao propor a reorganização de setor essencial para atendimento das demandas dos grandes acontecimentos esportivos (ALCÂNTARA, 2013, p.65).

No que se refere às alegações quanto aos vícios materiais, as ADIs argumentaram afronta a importantes princípios constitucionais, dentre os quais destacam-se os pontos a seguir.

Inicialmente, as ações afirmaram haver ofensa aos arts. 37, XXI³⁵ e 22, XXVII³⁶, da CF/88, uma vez que o diploma do RDC dispensaria o procedimento licitatório, possibilitando ao administrador público ampla margem para optar ou não pelo disposto na LGL.

Ora, a Lei nº 12.462, em momento algum, excepciona o regular trâmite licitatório. Pelo contrário, a nova modalidade de licitação não é instituída

³⁴ Destaca-se o seguinte trecho do aludido parecer (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011, p.10) no intuito de justificar a inclusão do RDC na referida medida provisória: “[...] Um mínimo de bom senso leva à constatação de que as licitações cada vez mais urgentes necessárias à efetivação da copa das confederações, da copa do mundo de 2014 e das olimpíadas de 2016 só serão bem sucedidas se levadas a efeito sob normas jurídicas capazes de multiplicar a eficiência da ação estatal”.

³⁵ CF/88, art. 37, 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”.

³⁶ CF/88, art. 22, XXVII: “Compete privativamente à União legislar sobre: (...) normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

como forma de contratação direta, o que de fato seria uma burla à Constituição (ALCÂNTARA, 2013, p.66). Trata-se de um regime facultativo que, inclusive, objetiva, conforme dispõe em seu art. 1º, §1º, I e IV, ampliar a eficiência e a competitividade nas contratações, bem como assegurar a isonomia entre os licitantes, de modo a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Ademais, conforme assevera Marçal Justen Filho (2013, p.18), a Lei do RDC veiculou normas gerais sobre licitação e contratação administrativa, “refletindo o exercício pela União da competência prevista no supracitado art.22, XXVII, da CF/88”. Desse modo, trata-se exatamente da mesma competência utilizada para a concepção da Lei nº 8.666 e da Lei nº 10.520, que trata do pregão, por exemplo.

Dando sequência, foi também apontado que o diploma normativo em comento violaria o princípio da publicidade (art. 37, caput, da CF/88), através do art. 6º, §3º, que trata do orçamento sigiloso, e pelo art. 15, §2º, que dispensa publicação em meios oficiais para contratações cujo valor se encontre em determinado intervalo.

No que se refere à possibilidade de se optar pelo diferimento da divulgação do orçamento estimado, cumpre destacar que a temática será melhor analisada no subitem 3.3.3 do presente estudo. Entretanto, pertinente destacar que a previsão normativa não é exatamente uma novidade na disciplina das contratações públicas. Isso porque, a própria lei do Pregão não faz a exigência de que o documento conste do edital do certame³⁷.

Ademais, conforme o disposto no art.6º, §3º, da Lei do RDC, o orçamento, caso não conste do instrumento convocatório, “será disponibilizado estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”. Além disso, será divulgado para conhecimento de toda sociedade ao fim da licitação. Desse modo, embora se possa (e se deva) ponderar acerca das vantagens e utilidades do aludido mecanismo, não se mostra razoável suscitar sua inconstitucionalidade.

O questionado art. 15, §2º, da lei do RDC, dispensa a publicação em Diário Oficial e em jornal diário de grande circulação, de “licitações

³⁷ Tema controverso na doutrina em que pese admitido pelo TCU, consoante acórdão nº1.984/2008: “[...] 5.4.3.1. Ou seja, diferentemente do que prevê o art. 40, § 2º, inc. II, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual o ‘orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários’ deve ser parte integrante do edital, no pregão o orçamento deve constar dos autos do procedimento e não, necessariamente, do edital do certame”.

cujo valor³⁸ não ultrapassem R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia”. Portanto, valor equivalente à modalidade de convite, definido pela própria LGL, que estaria, inclusive, dispensada de publicar o respectivo aviso, consoante disposto em seu art. 21.

Outro aspecto importante é que o mencionado art. 15 não dispensa a publicação prevista em seu §1º, II, qual seja, a “divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores”. Desse modo, maior publicidade que essa é inimaginável, uma vez que é sabido que tal ferramenta alcança muito mais os administrados que o próprio Diário Oficial (ALCÂNTARA, 2013, p.68). Desse modo, ao contrário do que alega a ação de inconstitucionalidade, o acesso à informação foi ampliado, privilegiando, assim, o princípio constitucional da publicidade (PEIXOTO, 2013, p.100).

As ações aduzem, ainda, violação à ampla concorrência (art.37, caput) pelo art. 30, §2º, da lei em questão, que trata sobre a faculdade da Administração em realizar licitação restrita aos pré-qualificados.

O procedimento previsto pela lei busca uma verificação prévia da capacidade dos licitantes no intuito de tornar mais célere as licitações, ao passo em que poderão ser restritas àqueles participantes previamente qualificados pela Administração. Entretanto, o gestor deverá atentar ao disposto nos arts. 80 a 87 do Regulamento, de modo a, justamente, evitar que o novo mecanismo seja utilizado de maneira indevida.

Nesse sentido, afirma o autor Marçal Justen Filho (2014, p.355) que: “afigura-se compatível com a Constituição a restrição do certame apenas aos pré-qualificados. Alguém poderia pretender que essa restrição seria incompatível com o princípio da isonomia. Mas essa argumentação somente apresentaria procedência nos casos de desnaturação da pré-qualificação.”

Cumprido observar que o mecanismo em comento também será objeto de análise mais detida no próximo item desse estudo.

³⁸ A Lei do RDC não andou bem em definir valores, incorrendo, assim, no mesmo equívoco da LGL, qual seja, estabelecer valores monetários que, invariavelmente, sofrerão desatualizações ensejando na indesejada burocracia de necessitar que nova lei seja editada para atualizá-los (PEIXOTO, 2013, p.99).

Por fim, salientando que o intuito do presente trabalho não é esgotar todos os questionamentos levantados nas ações, mas destacar aqueles que se mostram mais relevantes, cabe citar a impugnação ao art. 9º, que trata sobre a contratação integrada, e ao art. 10º, que prevê a remuneração variável, da Lei do RDC, por violação aos princípios da moralidade administrativa e da isonomia³⁹.

O supracitado art.10º foi objeto de questionamento da primeira ADI (nº 4.645), não tendo sido impugnado especificamente na ADI nº 4.655, proposta posteriormente pelo Procurador-Geral da República. Aduziram os partidos políticos que se estaria conferindo uma ampla discricionariedade ao administrador público, que supostamente escolheria como iria remunerar o contratado, violando os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade (SCHWIND, 2014, p.182).

Entretanto, esse argumento não merece guarida. O instituto da remuneração variável, já previsto na Lei das Parcerias Público-Privadas, busca incentivar o desempenho do particular, que irá, em tese, a partir de critérios previamente estabelecidos em lei e no edital convocatório, esforçar-se para entregar um objeto com qualidade superior.

Dessa feita, não se mostra razoável a afirmação de que tal instrumento contraria qualquer princípio constitucional, uma vez que, sendo bem utilizado, trará vantagens para a Administração Pública.

Arrematando a presente análise aos aspectos impugnados pelas ADIs, o art.9º dispõe sobre a contratação integrada, o novo regime de contratação pública a ser adotado nas licitações de obras e serviços de engenharia, objeto principal desse estudo, inclusive.

O aludido regime traz como novidade, e polêmica, a possibilidade da Administração licitar um empreendimento conferindo a um único licitante, desde a concepção do projeto, até a sua total execução.

Segundo os argumentos suscitados pelas ações, a ausência de um projeto básico norteador tornaria inviável o julgamento objetivo do certame, uma vez que não estariam presentes, no edital, todas as informações necessárias para a execução da obra.

³⁹ Cumpre ressaltar que ambos artigos, que tratam da contratação integrada e da remuneração variável, também serão objeto de análise mais pormenorizada no capítulo 4 e no subitem 3.3.1, respectivamente.

É de conhecimento notório que as contratações realizadas pela Administração nos moldes da Lei nº 8.666 não representam exemplo de boas aquisições. Pelo contrário. A dificuldade dos servidores em elaborar os projetos básicos, no mais das vezes, leva à realização de licitação para o desenvolvimento do aludido projeto, impactando no custo e na celeridade de se obter o objeto principal. Ademais, a execução de um projeto básico elaborado por outra empresa, que não aquela que o concebeu, não raras vezes enseja aditivos contratuais, quer por inadequação, quer por insuficiência do projeto (ALCÂNTARA, 2011, p.69).

No intuito de solucionar esses problemas a contratação integrada, a partir do disposto em seu anteprojeto, possibilitará a um único contratado encontrar a melhor solução técnica, desenvolvê-la e executá-la, responsabilizando-se por eventuais erros nesse processo.

Evidentemente, a aplicação do regime em comento comporta análise e observações, que serão feitas no próximo capítulo. No entanto, de antemão, já se pode concluir que o novo regime instituído não viola os princípios apontados.

Ultrapassado o exame das alegadas violações à Constituição Federal, cumpre avançar no sentido de apresentar um panorama geral sobre o modo como a doutrina vem compreendendo a Lei do RDC.

3.2.2 Críticas da doutrina

Inicialmente, cumpre ressaltar que algumas questões já suscitadas nas referidas ADIs também reverberam na doutrina administrativista quando da análise do novo regime.

Posicionando-se veementemente contrário ao RDC, para quem o referido regime disseminou-se “como praga”, Celso Antônio Bandeira de Melo⁴⁰ (2015, p.684) questiona a pretensão da União em querer reger licitações e contratos a serem realizados por Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que a Lei nº

⁴⁰ Ademais o autor afirma, dado o fato de a norma ter sido criada para regular exclusivamente as contratações pertinentes aos eventos esportivos, que “(...) não parece ser o caso, por enquanto de dedicar-lhe atenção muito minuciosa, o que possivelmente terá de ser feito caso sua utilização, in concreto, vier a se tornar frequente”. Dessa forma, o doutrinador se dedica apenas a destacar algumas novidades em relação à Lei 8.666, numa demonstração clara de se querer negar os fatos, uma vez que a utilização do RDC já vem se tornando frequente.

12.462 não se trata de normal geral. Ao revés, é norma de “muita especificidade”, de modo que o disposto em suas linhas só deveria valer para a esfera federal.

Contrário a esse entendimento o Marçal Justen Filho (2013, p.18) afirma que a “[...] Lei nº 12.462 veiculou normas gerais sobre licitações e contratação administrativa, vinculantes para todas as esferas federativas [...]”.

Do mesmo modo, Claudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.52) afirmam que “União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão autorizados a utilizar o RDC em suas contratações, desde que para objetos específicos previstos em lei [...]”.

Portanto, conforme os supracitados autores (2014), a restrição ao uso do novo regime não se dá quanto a pessoa jurídica de direito público que figurará como contratante, mas de acordo com a finalidade do empreendimento que será contratado.

O autor José dos Santos Carvalho Filho (2014, p.304), por sua vez, analisa a ampliação da incidência do RDC, excepcionando, assim, a aplicação da LGL, como uma clara demonstração de que Lei nº 8.666 tem se mostrado obsoleta e inadequada, particularmente para as contratações de obras e serviços de engenharia. O autor ainda afirma que a nova lei “[...] se inclina no sentido de tornar-se o regime geral em virtude dos objetivos⁴¹ que preconiza [...]”.

Entretanto, pondera o doutrinador (2014, p.186) que o regime de contratação integrada (arts. 8º, V e 9º, §1º), ao concentrar num único contratado a projeção e a execução da obra ou serviço, poderá ensejar riscos para o erário, ofendendo o princípio da eficiência administrativa perante os interesses privados em jogo.

Ressalte-se que a aludida preocupação é pertinente e perpassa por muitos autores que se debruçam sobre o RDC. Apenas para exemplificar, uma vez que o referido regime é tema de capítulo próprio do presente estudo, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2014, p.373) alertam que a contratação integrada é passível a “produzir efeitos desastrosos na contratação administrativa”, se adotado sem as cautelas necessárias.

⁴¹ O autor reproduz os objetivos da lei do RDC elencados no art.1º, §1º, cuja importância implica na sua reprodução mais uma vez: “O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública”.

Claudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.295) também advertem para a percepção que se tem de que o regime possibilitaria contratações mais ágeis⁴², uma vez que concepção e execução figurariam numa mesma pessoa. Entretanto, destacam os autores que a vantagem na utilização da contratação integrada justifica-se muito mais nas soluções inovadoras que serão agregadas à Administração, do que nos possíveis ganhos em termos de celeridade na conclusão do empreendimento.

Por fim, é importante frisar que o regime diferenciado foi concebido em colaboração entre os Poderes Executivo, Legislativo e o Tribunal de Contas da União (JUSTEN FILHO, 2013, p.15). Sendo assim, absorve práticas já existentes no âmbito da Administração Pública, fornecendo instrumentos para que o gestor, de fato, alcance a melhor contratação possível.

Nesse sentido, inclusive porque o próprio Regulamento do regime não impõe as amarras procedimentais existentes na LGL, é conferida ao gestor uma maior liberdade. Em contrapartida, um maior dever motivador também lhe será exigido (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.40).

Corroborando com o aludido entendimento, os indigitados autores destacam trecho do acórdão nº 3.011/11, da Corte de Contas, o qual se reproduz abaixo por total cabimento e importância:

[...] Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade...Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida [...]

Desse modo, o presente trabalho avança justamente para tratar do referido “arsenal de mecanismos” trazidos pela nº Lei 12.462.

⁴² Tanto esse não se figura propriamente como o objetivo do aludido regime, que atual estudo desenvolvido pela Consultoria da Câmara dos Deputados, e analisado aqui no item 4.5, demonstra o excesso de prazo nessas contratações em comparação com outros regimes.

3.3 INOVAÇÕES RELEVANTES DO NOVO REGIME DE CONTRATAÇÕES

A lei que instituiu o RDC objetivou simplificar os procedimentos das licitações e contratações públicas, de modo a torná-los mais ágeis e eficientes. A eficiência, inclusive, é uma das diretrizes do novo modelo e se faz presente em diversos momentos do novel diploma normativo.

Marçal Justen Filho (2013, p.42) destaca que o novel diploma consagra “um novo modelo licitatório visando promover a eficiência” que pode ser analisado sob três aspectos distintos. Desse modo, estará ampliada a eficiência quando se verificar a redução de custos (diretos e indiretos), de tempo, com redução do prazo no trâmite da licitação em comparação com legislação anterior, e ampliação de vantagens para a Administração. Contudo, tal avaliação deve ser feita sempre de modo abrangente, não levando em consideração apenas os resultados verificados no curto prazo.

Importante destacar, conforme já aventado no item 3, que a LGL segue sendo aplicada, inclusive nas contratações que utilizarem o RDC, em virtude do que preconiza o art. 39. Trata-se, assim, de adoção facultativa que fará uso do regramento da lei nº 8.666, quando ausente disposição expressa na lei em comento.

Portanto, em que pese a lei do RDC “repetir” certas regras da LGL, imperioso afirmar que existiram inovações importantes, dentre as quais, destaca-se a contratação integrada, objeto de análise do presente estudo a ser melhor analisada no capítulo 4.

Todavia, preliminarmente, cumpre apontar determinadas novidades que, de pronto, trouxeram para as contratações públicas instrumentos relevantes, tais como: a remuneração variável e o contrato de eficiência, a pré-qualificação dos licitantes, a possibilidade do orçamento sigiloso, a negociação e a fase recursal única.

Por óbvio, o objetivo do presente trabalho não visa a exaurir todas as inovações contidas na lei do RDC, mas destacar as que se entende como mais expressivas e dignas de nota.

3.3.1 O contrato de eficiência e a remuneração variável

O diploma normativo do RDC insere no âmbito das contratações públicas dois instrumentos bastante interessante. Trata-se do contrato de eficiência, em que a remuneração do contratado será proporcional à economia gerada à Administração e o da remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado.

Até então, conforme bem observam Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p. 205) o desempenho do contratado “sempre foi visto sob a ótica do cumprimento do mínimo esperado”. Quer dizer, mesmo diante da possibilidade de superar as condições impostas pelo edital, o contratado não teria motivação para fazê-lo, cumprindo apenas o objeto pactuado.

Desse modo, os mecanismos em comento, típicos da iniciativa privada, importam numa mudança de paradigma, em que se espera que o contratado altere seu comportamento no sentido de perquirir superar as metas traçadas. Seria, portanto, segundo os autores, o jogo “ganha-ganha”, no qual a Administração consente em ceder ao particular parte dos benefícios advindos de sua atuação.

Em que pese os referidos instrumentos possuírem similitudes, existem peculiaridades que os distinguem, inclusive porque se prestam a objetivos distintos. Dessa forma, de início, serão destacados pontos relevantes acerca do contrato de eficiência e, posteriormente, algumas observações no que se refere ao mecanismo da remuneração variável.

O contrato de eficiência, positivado no art. 23⁴³, da Lei do RDC e arts. 36 e 37 do Decreto nº 7.581/11, está estreitamente relacionado ao critério de

⁴³ Art. 23, lei do RDC: “No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato. §1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada. §2º Na hipótese prevista no caput deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento. §3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência: I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato”.

juízo previsto no art. 18, V, “maior retorno econômico”. Determina a lei que o referido critério deve ser utilizado exclusivamente para contratos de eficiência que terá por objeto, a prestação de serviços que objetivem proporcionar economia à Administração, reduzindo suas despesas correntes. O particular, por conseguinte, terá sua remuneração atrelada a um percentual da economia gerada.

Portanto, através do contrato de eficiência, o contratado compromete-se a reduzir as despesas da Administração, numa sistemática de contratação de riscos, em que, quanto maior a economia gerada para o contratante, maior a remuneração devida ao particular. Em contrapartida, caso não se atinja a economia avençada em contrato, poderá haver desconto na remuneração ou inclusive aplicação de alguma penalidade (SCHWIND, 2014, p. 198).

O contrato de eficiência, portanto, envolve obrigação de resultado cujas soluções, bem como a concepção do método de execução dos serviços para alcançar a economia pretendida, serão identificadas e executadas pelo particular. Trata-se, desse modo, de instrumento que objetiva a redução dos desembolsos da Administração, proporcionando a racionalização dos custos (JUSTEN FILHO, 2013, p. 409-412).

Ora, despendendo tecer maiores comentários a respeito da necessidade de se reduzir gastos públicos. Desse modo, tal mecanismo mostra-se deveras harmônico com as diretrizes do RDC, que se presta a munir a Administração de legislação compatível com os princípios da eficiência e economicidade nas contratações públicas.

Cumpra ressaltar, por fim, que as exigências trazidas pelo decreto regulamentador, em seu art. 37⁴⁴, de que os licitantes devem apresentar propostas de trabalho e preço nas licitações que adotem o critério de juízo “maior retorno econômico”, são fundamentais. Isso porque, o juízo das propostas deverá considerar como retorno econômico, o resultado da economia

⁴⁴ Decreto nº7.581/11, art. 37: “Nas licitações que adotem o critério de juízo pelo maior retorno econômico, os licitantes apresentarão: I - proposta de trabalho, que deverá contemplar: a) as obras, serviços ou bens, com respectivos prazos de realização ou fornecimento; e b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, bem ou serviço e expressa em unidade monetária; e II - proposta de preço, que corresponderá a um percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

prevista a partir da execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço⁴⁵ (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.138).

A remuneração variável, por sua vez, prevista no art. 10, da Lei do RDC, conforme o item 3.2.1 do presente trabalho, foi objeto de questionamento da ADI nº 4.645. Argumentava-se que o aludido artigo “conferia uma discricionariedade excessiva ao gestor público”, e, ao delegar para ele a escolha do quanto pagaria ao contratado, ainda mais baseado em critérios vagos e imprecisos, ofenderia os princípios da moralidade administrativa e impessoalidade (SCHWIND, 2014, p.182).

Contudo, conforme recorda Alécia Paolucci Nogueira Bicalho (2014, p.1237), o instituto em comento tem precedente em regramentos próprios de empresas paraestatais, a exemplo do Decreto nº 2.745/98⁴⁶, que regulamenta o procedimento licitatório simplificado da Petrobras, e no art. 6º, §1º, da Lei nº11.079/04⁴⁷ ao “prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho”.

Desse modo, não merece prosperar o que foi alegado na ação de inconstitucionalidade referida, uma vez que se trata de mecanismo já admitido pela Administração. Além disso, o instrumento em questão está em consonância com a diretriz prevista no art. 4º, IV, da Lei do RDC, que prevê em suas licitações e contratos, termos de “pagamento compatíveis com as condições do setor privado,

⁴⁵ Os referidos autores (2014, p.138-139) trazem exemplo bastante elucidativo sobre o tema: “[...] determinado órgão tem despesas correntes com energia elétrica no valor mensal de R\$1.000.000,00 e resolve abrir uma licitação com critério de maior retorno econômico para reduzir esse valor”. Seguem os autores afirmando que três empresas participaram do certame sendo que a empresa A teve como proposta de trabalho realizar obras e reduzir em R\$100.000,00 a conta mensal e como proposta de preço o recebimento de 10% da economia; a empresa B, por sua vez, na proposta de trabalho, afirma que realizara reforma da subestação, reduzindo em R\$120.000,00 a conta mensal e na proposta de preço almeja receber 30% da economia gerada; a empresa C, por fim, tem como proposta de trabalho realizar ampla reforma na rede elétrica e na subestação, prometendo redução de R\$200.000,00 na conta mensal e, como proposta de preço, receber 40% da economia. Deduzindo da economia gerada a proposta de preço apresentada pelas empresas, a empresa C sairá vencedora, pois entregará para a Administração uma redução de R\$120.000,00 na conta mensal.

⁴⁶ Decreto nº2.745/98, item 2.3, i:” É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial: (...) i) para a celebração de “contratos de aliança”, assim considerados aqueles que objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil, montagem, pré-operação, comissionamento e partida de unidades, mediante o estabelecimento de preços “meta” e “teto”, para efeito de bônus e penalidades, em função desses preços, dos prazos e do desempenho verificado”.

⁴⁷ Lei nº11.079/04, art. 6º, §1º: “A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: “(...) O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”.

inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10". Ora, a contratação baseada em remuneração variável é instrumento bastante comum nas contratações privadas não havendo nada que impeça, ao menos em tese, sua adoção nas contratações públicas (SCHWIND, 2014, p.189).

Sendo assim, o aludido art.10⁴⁸, da Lei 12.462, introduziu, nas palavras de Marçal Justen Filho (2013, p.206), "solução interessante e útil". A remuneração variável consiste, portanto, num pacto em que o contratado assume a obrigação de executar obra ou serviço segundo parâmetros mínimos de desempenho, podendo sua remuneração variar conforme a qualidade da prestação executada e de acordo com o regramento contratual.

O referido autor (2013, p. 207), no entanto, chama atenção para o fato de que o instrumento em questão é adequado para situações em que a natureza e as circunstâncias admitem níveis variados de satisfação do interesse estatal. Desse modo, não cabe a contratação com remuneração variável nem nos casos em que o interesse administrativo só seja atingido com o nível máximo de excelência, e nem naqueles em que o interesse da Administração é satisfeito por uma prestação de qualidade mínima.

A contratação com o referido instrumento, conclui o autor, será pertinente quando o interesse da Administração puder ser satisfeito através de uma prestação de qualidade superior, sem que isso importe em ausência de vantagem se a prestação tiver qualidade inferior, desde que, evidentemente, respeite-se um nível mínimo de qualidade.

Desse modo, tanto Marçal Justen Filho (2013, p.209) quanto Rafael Wallbach Schwind (2014, p.189) inserem a remuneração variável na concepção promocional do direito, formulada por Norberto Bobbio. Trata-se, portanto, de verdadeiro estímulo para que o particular busque superar as metas e padrões de qualidade estabelecidos, de maneira a auferir um "bônus" ou prêmio por ter excedido o que fora esperado e exigível em contrato, configurando assim, segundo Marçal Justen Filho, "um incentivo à excelência".

⁴⁸ Lei nº12.462/11, art. 10: "Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato".

Decerto que a licitação que comporte a contratação com remuneração variável deverá estabelecer parâmetros e critérios objetivos de mensuração, sempre respeitando o limite orçamentário fixado pela Administração Pública, atendendo ao disposto no art. 70 do Decreto nº 7.581⁴⁹.

Assim sendo, tanto o contrato de eficiência como a remuneração variável, caso bem concebidos, poderão, de fato, proporcionar economias relevantes ao erário (SCHWIND, 2014, p.202). São, portanto, inovações trazidas pelo RDC, representando o propósito de conferir maior eficiência às contratações públicas, aproximando-as, de certa maneira, de práticas já consolidadas pela iniciativa privada.

3.3.2 A pré-qualificação

A pré-qualificação permanente, prevista na Lei do RDC, em seu art. 29, como um dos procedimentos auxiliares das licitações, ao lado do cadastramento, sistema de registro de preços e catálogo eletrônico de padronização, configura-se num instrumento bastante útil para a Administração Pública.

É cediço que a análise dos documentos de habilitação, no bojo de um processo licitatório, geralmente, representa uma fase penosa para a comissão de licitação, ainda mais quando se exige uma avaliação técnica mais acurada dos documentos apresentados. Sendo assim, a previsão normativa de mecanismo que proporcione a desburocratização desse procedimento, permitindo que haja uma pré-qualificação de fornecedores e de bens, que possa ser utilizada para várias licitações, é deveras bem-vinda (HEINEN, 2014, p.398).

Desse modo, consoante o disposto no art. 30, do diploma acima referido, a pré-qualificação é um procedimento auxiliar, anterior a licitação,

⁴⁹ Decreto nº 7.581/11, art.70: “Nas licitações de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, parâmetros de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos pela administração pública no instrumento convocatório, observado o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência. § 1º A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação e será motivada quanto: I - aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado; II - ao valor a ser pago; e III - ao benefício a ser gerado para a administração pública. § 2º Eventuais ganhos provenientes de ações da administração pública não serão considerados no cômputo do desempenho do contratado. § 3º O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração pública. §4º Nos casos de contratação integrada, deverá ser observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros para aferir o desempenho do contratado”.

que comporta duas modalidades distintas, quais sejam, a pré-qualificação subjetiva e a objetiva. A primeira visa a identificar “I – fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos”⁵⁰, enquanto que a segunda se presta a apontar “II – bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública”.

Sendo assim, a pré-qualificação é um ato administrativo que produz efeitos declaratórios, no que tange ao preenchimento de critérios de habilitação ou ao atendimento de exigências de qualidade por um produto, e constitutivos, uma vez que, ao final do regular processo, atribui ao titular da pré-qualificação, a habilitação técnica ou o reconhecimento de que determinado bem possui certos atributos de qualidade mínima (JUSTEN FILHO, 2013, p.504).

Trata-se, o referido procedimento, nas palavras de Marçal Justen Filho (2013, p.502), de “uma das melhores inovações trazidas pela Lei nº 12.462”, porquanto confere agilidade e celeridade às licitações.

Juliano Heinen (2014, p.398) elenca as vantagens da referida sistemática, destacando que o processo de pré-qualificação é distinto de qualquer processo licitatório, de modo que eventuais decisões sobre os requisitos de qualificação não o atrapalha. Da mesma forma, haverá tempo para decidir eventuais impugnações sem o perigo de incorrer em atraso no certame. Ademais, a pré-qualificação evita decisões contraditórias, uma vez que se aplica de modo uniforme a várias licitações e ainda evita a desatualização dos documentos dos licitantes, eliminando custos dos participantes.

Contudo, afirma o autor, é preciso ter cautela já que há licitações específicas, cujas peculiaridades impossibilitam o procedimento em comento.

Portanto, mais uma vez, o RDC introduz inovação que carece de um corpo administrativo capacitado para aplicá-la, beneficiando, de fato, a

⁵⁰ Cumpre destacar que o Regulamento, em seu art. 80, I, dispõe que: “A administração pública poderá promover a pré-qualificação destinada a identificar: I - fornecedores que reúnam condições de qualificação técnica exigidas para o fornecimento (...)”. Ou seja, explicitou que a pré-qualificação subjetiva está restrita à habilitação técnica, diferentemente do artigo da lei. Contudo, de acordo com os termos colocados pela redação do art. 30, I, é possível pressupor que essa tenha sido realmente a vontade da lei (JUSTEN FILHO, 2013, p.503).

Administração Pública, com procedimentos adequados que imprimam mais eficiência, economia e celeridade às contratações.

Cumpre, além do mais, fazer a distinção da pré-qualificação prevista no RDC daquela sinalizada pelo art. 114⁵¹, da LGL. Nesta, o mecanismo está restrito à modalidade de concorrência e destinada a um certame específico. Em contrapartida, naquela, a qualificação prévia é permitida em todas as modalidades previstas e não está atrelada a um procedimento licitatório único. Ademais, a pré-qualificação do RDC ainda comporta a qualificação prévia de produtos, solucionando, nesse particular, um problema⁵² crítico encontrado no procedimento do pregão.

Por fim, cabe salientar que o art. 30, §2º, da lei nº 12.462 faculta à Administração realizar licitação restrita aos pré-qualificados nas condições estabelecidas no art. 86⁵³, do Decreto nº 7.581.

Assim, importante destacar o dever da Administração de manter o procedimento de pré-qualificação permanentemente aberto àqueles interessados (art. 30, §1º, lei do RDC), definindo uma data para apresentação de documentos daqueles que desejarem concorrer a uma determinada licitação peculiar (art.86, §2º, Decreto 7.581). Tal cautela faz-se necessária de modo a evitar a

⁵¹ LGL, art. 114: “O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados”.

⁵² Juliano Heinen (2014, p.402) destaca que a necessidade de apresentação de amostras no trâmite do pregão atravança o procedimento, de modo que antecipar esse processo, através da pré-qualificação, resolve o referido problema. Marçal Justen Filho (2014, p.345), por sua vez, afirma que “(...) Os produtos pré-qualificados são reconhecidos como de qualidade adequada e satisfatória e dispensam a necessidade de novos exames. Em alguns casos, a licitação poderá ser restrita apenas aos licitantes que ofertarem produtos pré-qualificados. Isso eliminará as controvérsias sobre os requisitos de qualidade mínima dos produtos ofertados (...)”.

⁵³ Art.86, Decreto 7.581: “A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, justificadamente, desde que: I - a convocação para a pré-qualificação discrimine que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados; II - na convocação a que se refere o inciso I do caput conste estimativa de quantitativos mínimos que a administração pública pretende adquirir ou contratar nos próximos doze meses e de prazos para publicação do edital; e III - a pré-qualificação seja total, contendo todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação. § 1º O registro cadastral de pré-qualificados deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados. § 2º Só poderão participar da licitação restrita aos pré-qualificados os licitantes que, na data da publicação do respectivo instrumento convocatório: I - já tenham apresentado a documentação exigida para a pré-qualificação, ainda que o pedido de pré-qualificação seja deferido posteriormente; e II - estejam regularmente cadastrados. § 3º No caso de realização de licitação restrita, a administração pública enviará convite por meio eletrônico a todos os pré-qualificados no respectivo segmento. § 4º O convite de que trata o § 3o não exclui a obrigação de atendimento aos requisitos de publicidade do instrumento convocatório.

restrição da competitividade a um grupo específico de privilegiados (JUSTEN FILHO, 2014b, p.349).

Nesse sentido, os autores, Marçal Justen Filho (2014, p.351), Juliano Heinen (2014, p. 406), Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.178), são unânimes em alertar para o risco de que a mencionada restrição, em que pesem as notórias vantagens, possa dar espaço para práticas abusivas e ilícitas por parte de fornecedores pré-qualificados, que poderão, por exemplo, combinar previamente os preços, uma vez que sabem não haver outros competidores.

Por essa razão, é fundamental que a Administração Pública fiscalize e controle de perto o procedimento de pré-qualificação, acompanhando o comportamento dos licitantes (JUSTEN FILHO, 2014b, p.351).

Além disso, com o intuito de se evitar os aludidos “conluíus”, recomendável a realização de licitações restritas quando houver um número mínimo de licitantes que viabilize uma verdadeira disputa licitatória (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.178).

3.3.3 O orçamento sigiloso

Outra previsão inserida pelo RDC, digna de nota e considerações, está em seu art.6º, que estabelece a possibilidade de ser mantido o sigilo sobre o orçamento previamente estimado para a contratação até o encerramento do certame⁵⁴.

Entretanto, os parágrafos primeiro e segundo excepcionam o orçamento sigiloso, exigindo sua publicação “nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto” e a divulgação, no edital, do valor do prêmio ou da remuneração “no caso de julgamento por melhor técnica”.

⁵⁴ Distintamente, o Decreto 7.581, art. 9º, determina que: “O orçamento previamente estimado (...) será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto (...).” Nesse sentido, André Guskow Cardoso (2014, p.110) faz uma crítica ao disposto no Regulamento afirmando que sua redação extrapola o que a própria lei definiu no que se refere ao momento de divulgação do orçamento. Ademais, encerrada a disputa não há qualquer óbice para que se dê publicidade ao documento.

Dessa forma, contrariamente ao regramento disposto pela LGL⁵⁵, o referido dispositivo, em seu §3º, faculta à Administração revelar, ou não, no instrumento convocatório, o orçamento estimado, ressaltando que a informação “será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”.

Inicialmente, portanto, cumpre analisar se haveria nesse aspecto alguma inconstitucionalidade formal, conforme afirma Renato Monteiro de Rezende (2011, p.39), já que, no seu sentir, a Lei nº 8.666 veicularia normas gerais a serem observadas por qualquer regramento que versasse sobre licitações públicas.

Rememoramos, por oportuno, que a LGL e a lei do RDC possuem mesma hierarquia normativa e em seu art.1º, §2º, literalmente, a nova legislação afasta as normas contidas naquela quando expressamente constar do instrumento convocatório a opção pelo RDC.

Outro argumento plausível, embora questionado por parte da doutrina⁵⁶, é o fato de que a Lei nº 10.520, do pregão, não prevê a expressa necessidade de divulgação do orçamento no edital convocatório, abrindo margem para a possibilidade da sua não publicação, previamente a fase de lances. Nesse sentido a Corte de Contas já se pronunciou favorável, afirmando, no Acórdão nº 392/2011, que: “[...] nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados [...] não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório [...]”. (CARDOSO, 2014, p.86).

Nada obstante ser lógico, cabe ratificar, nas palavras de Marçal Justen Filho (2013, p.111) “[...] que a Lei previu o sigilo do orçamento, o que não

⁵⁵ Nesse sentido, Renato Monteiro de Rezende (2011, p.39) afirma que “(...) Não resta dúvida de que a nova regra entra em rota de colisão com diversos dispositivos da Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Choca-se com o art. 40, § 2º, II, da mencionada Lei, que dispõe constituir anexo do edital do certame, orçamento estimado em planilhas de quantitativos de preços unitários. Colide, igualmente, com o art.44, §1º, segundo o qual é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes, e com o art. 3º, § 3º, da mesma Lei, de acordo com o qual a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

⁵⁶ Nesse sentido, contrário ao entendimento firmado pelo TCU, Marçal Justen Filho (2013, p.116) afirma que o silêncio da lei do pregão não autoriza o sigilo do orçamento, porquanto a LGL expressamente obriga sua divulgação prévia. Por outro lado, a lei do RDC expressamente consagra a possibilidade do sigilo, viabilizando sua adoção.

significa sua inexistência nem importa sua irrelevância⁵⁷. Tanto é assim que a própria lei do RDC, em seu art. 24, III, determina que serão desclassificadas as propostas que “apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta lei [...]”. Ora, para que haja uma eventual desclassificação por inexequibilidade, é preciso pressupor a existência de um orçamento parâmetro.

Portanto, segue o referido autor (2013, p.109) destacando que, no RDC, o orçamento estimado possui “função normativa muito relevante”, pois impõe a invalidação de propostas que ultrapassem seu valor. Exatamente por essa razão que a Administração deverá envidar total esforços no sentido de elaborar o orçamento prévio mais preciso possível, definindo com o máximo rigor técnico estimativas que verdadeiramente sejam compatíveis com o mercado.

Ademais, cumpre ressaltar, conforme previamente citado no item 3.2.1, do presente trabalho, que o mencionado artigo 6º também foi objeto de questionamento pela ADI nº 4.645, sob o argumento de que haveria ofensa ao princípio constitucional da publicidade, previsto nos arts. 5º, XXXIII, e 37, da CF/88 (CARDOSO, 2014, p.88).

Entretanto, a publicidade dos atos praticados pelo Estado, notadamente pela Administração Pública, não exclui o entendimento de que determinadas informações sejam mantidas em sigilo quando, nos termos da lei, seja fundamental para o alcance de certas finalidades (JUSTEN FILHO, 2013, p.116).

Nesse sentido, como bem destaca André Guskow Cardoso (2013, p.91), há hipóteses em que o princípio da publicidade poderá ser mitigado “sempre que haja risco concreto de frustração dos objetivos ou finalidades perseguidas com a prática de determinada ação estatal, na hipótese de sua prévia divulgação”. Ademais, prossegue o autor afirmando que inexistem, no texto

⁵⁷ Para o autor (2013, p.107), são hipóteses incompatíveis com a “fórmula geral” da existência de um orçamento estimado: a contratação integrada, uma vez que haja atribuição ao particular da elaboração do projeto básico; os concursos e assemelhados que prevejam premiações; contratações que não imponham à Administração a realização de pagamentos, como no caso de alienação de bens ou direitos por parte da Administração e; os contratos de eficiência cujo critério de julgamento seja o de maior retorno econômico. Importante trazer a ressalva do André Guskow Cardoso (2014, p.83) no tocante a contratação integrada. Isso porque, mesmo o projeto básico ficando a cargo do contratado, a lei exige o cálculo do valor estimado da contratação de acordo com valores praticados pelo mercado, ou nos valores pagos pela Administração em serviços e obras similares, ou na avaliação do custo global da obra, consoante o disposto no art. 9º, 2º, II.

constitucional, qualquer regra que obrigue a Administração a divulgar previamente, juntamente com o edital, o orçamento estimado.

Desse modo, a regra disposta na lei em comento, que faculta o sigilo do orçamento diferindo sua divulgação para momento posterior, é reputada válida e constitucional.

Ultrapassada as questões de cunho formal suscitadas, sucede avançar para o debate em torno da real eficácia desse novo mecanismo.

Preliminarmente, cabe trazer à baila o que pretendeu o legislador com a aludida disciplina. É razoável supor que seu intuito foi o de assegurar contratações melhores para a Administração uma vez que, na visão dos autores Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.107), os licitantes teriam um cuidado maior ao analisar todos os elementos do edital, ao invés de unicamente balizar suas propostas no orçamento-base, trazendo, de fato, seu melhor preço de início.

Ademais, tanto os doutrinadores mencionados, como André Guskow Cardoso (2014, p.96) aludem à chamada teoria dos leilões⁵⁸ para afirmar que o comportamento de um dos competidores influenciará necessariamente na conduta dos demais. Dessa forma, a ausência do orçamento na fase competitiva da licitação poderia produzir efeito no comportamento dos concorrentes que se veriam obrigados a reduzir seus preços, ensejando contratações mais vantajosas.

Ademais, ressaltam que o sigilo não é absoluto, porquanto necessário que a Administração forneça, juntamente com o edital, “o detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”, consoante o já mencionado art.6º. Tais dados, juntamente com as informações orçamentárias, inclusive, já permitiriam uma estimativa por parte dos licitantes.

Oportuno, ainda, destacar o acórdão do TCU nº 305/2013 trazido à baila por André Guskow Cardoso (2014, p.101). Nessa decisão específica, cujo processamento se deu pelo RDC eletrônico, a Corte de Contas comemorou o desconto de 22% (vinte e dois por cento) obtido em relação ao orçamento estimado, conforme se observa abaixo:

⁵⁸ A referida teoria econômica, nas palavras de André Guskow Cardoso (2014, p.94), “(...) reconhece que os processos licitatórios para contratações pelo poder Público apresentam uma estrutura que se aproxima de um leilão (...)”. Sendo assim, “(...) o grau de informações que for disponibilizado por uma das partes influirá necessariamente no comportamento da outra.”

[...] 7. Em última informação inscrita no sítio eletrônico da Infraero na internet, consta que a licitação foi homologada pelo consórcio formado pelas empresas Construtora Cowan S/A e Conserva de Estradas Ltda., no valor ofertado de R\$ 199.044.986,52, em um desconto superior a R\$ 58 milhões (22% do valor base). Pode-se, diante disso, tanto festejar o sucesso do RDC eletrônico, como também – e por que não – o do sigilo do orçamento, revelado somente após a publicação da classificação [...]

De outra banda, Marçal Justen Filho (2013, p.114) e Renato Monteiro de Rezende (2011, p.41) criticam os supostos benefícios citados acima.

No entendimento do primeiro autor, o aludido incentivo à competitividade é bastante questionável e enseja um levantamento científico, de maneira que seus resultados sejam avaliados. Para tanto, argumenta que a tese de que os licitantes são incentivados a apresentar propostas com valores acima do orçamento estimado não se coaduna com a natureza competitiva do mercado. O que um licitante, em tese, busca é justamente que a sua proposta seja escolhida, e sua chance, por óbvio, tende a aumentar, quanto mais vantagens possíveis forem oferecidas ao Poder Público. No entanto, haverá problema caso exista um “acordo antijurídico entre os licitantes” que predetermine o vencedor do certame. Nesse caso, o valor do orçamento será irrelevante.

Dessa maneira, no sentir do autor Marçal Justen Filho (2013, p.115), ao prever o orçamento sigiloso e a desclassificação das propostas com valores superiores, o RDC “consagra uma espécie de solução fatalista” para o inevitável conluio entre os licitantes. A Administração, então, furta-se a repreender tais condutas censuráveis, se satisfazendo em alcançar um preço, ao menos, igual ao que fora estimado.

Outro argumento proferido pelo autor, no que tange à real utilidade do sigilo diferido é o fato de que a lei do RDC prevê, também de forma inovadora, uma fase posterior de negociação em que se admite a competição direta entre os licitantes no intuito de se alcançar o menor preço. Desse modo, conclui (2013, p. 115) que “[...] Em termos lógicos, o atingimento do valor no orçamento estimado não se constitui em elemento de exaurimento da disputa.”

Renato Monteiro de Rezende (2011, p.40) ainda é mais duro ao criticar as supostas vantagens da não divulgação prévia do orçamento estimado. Para ele, do mesmo modo, a formação, ou não, de conluio entre os licitantes independe da divulgação prévia dos dados orçamentários. Ademais, apenas num mundo em que não haja corrupção de agentes públicos é que se poderia supor que

a ausência da informação levaria os concorrentes a reduzirem seus preços, sob o temor de terem suas propostas desclassificadas. Logo, o novo mecanismo, embora tenha sido instituído com o objetivo de combater “estratégias cartelísticas”, resta por ter sua eficácia questionada.

Já do ponto de vista de André Guskow Cardoso (2013, p.101), as considerações acima se tratam de “disfunção do regime de sigilo inicial do orçamento estimado”, cuja consequência não é apta a retirar sua validade. Justamente por essa razão o autor destaca a necessidade de se empregar rigor absoluto quando da apuração de situações que ensejem resultado deturpado e a consequente punição dos responsáveis.

Portanto, a fim de que a Administração alcance melhores contratações, obtendo propostas mais vantajosas, imperioso que se adote todos os meios imprescindíveis (físicos e eletrônicos) para garantir o efetivo sigilo do orçamento. Além disso, deve o órgão estatal, também, primar pela elaboração de um orçamento ajustado à realidade, de modo a conferir credibilidade ao procedimento, atraindo os licitantes com propostas compatíveis com os valores praticados no mercado.

Tal preocupação também é abordada por Marçal Justen Filho (2013, p.119) ao considerar que a combinação do sigilo do valor do orçamento com a desclassificação das propostas que apresentem valores acima do que foi estimado propicia a corrupção. Sendo assim, a violação do sigilo (2013, p.123), em que pese, lamentavelmente, não haver sido tratada pela lei, deve ser “apurada com rigor e resultar na punição aos sujeitos envolvidos.”

Por fim, cabe enfatizar que o sigilo do orçamento estimado é facultativo⁵⁹ e apenas será considerado constitucional quando a não divulgação dos valores no certame for apta a proporcionar a ampliação da competição e o alcance de proposta realmente mais vantajosa (JUSTEN FILHO, 2013, p.116).

⁵⁹ Nesse sentido, importante destacar entendimento proferido pelo TCU no seguinte trecho do aresto AC nº3.011/2012: “75. Concluo, então, que, como o sigilo no orçamento-base não é obrigatório, e pelo dever de motivação de todo ato, se possa recomendar à Infraero que pondere a vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e em que parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referência explícita no Sinapi/Sicro, em face da possibilidade de fracasso das licitações decorrente dessa imponderabilidade de aferição de preços materialmente relevantes do empreendimento”.

Novamente, destaca-se a importância de serem os atos administrativos bem planejados e motivados, de modo que alcancem, verdadeiramente, os objetivos pleiteados com a edição do novo regime.

3.3.4 Possibilidade de negociação

Estreitamente relacionado com a possibilidade de sigilo do orçamento estimado, quando da divulgação do instrumento convocatório, a Lei do RDC, em seu art. 26, previu uma fase de negociação de condições mais vantajosas da proposta.

Em que pese não ser admitido, no regime geral de licitações, que os licitantes procedam a modificações em suas propostas após encerramento da disputa, não se pode afirmar que a “imutabilidade” é inerente ao regime licitatório do país. Isso porque, as negociações entre a Administração e os particulares não são propriamente inéditas, uma vez que outros diplomas⁶⁰ já permitem, em hipóteses restritas, tal prática (JUSTEN NETO, 2014, p.298).

No âmbito do RDC, apesar de expressamente prevista em lei, a fase de negociação não é obrigatória em qualquer situação. É preciso que exista, de fato, indícios de que a situação comporta benefícios para a Administração, evitando o risco de o particular reduzir seu preço ou ofertar vantagens adicionais, mas, em contrapartida, entregar um bem ou serviço com qualidade reduzida, comprometendo, assim, a finalidade precípua da Administração avançar bons contratos (JUSTEN FILHO, 2013, p.480).

Portanto, reitera-se que a negociação será cabível tanto nos casos em que o valor da proposta for superior, como naqueles em que seja inferior à estimativa do Estado, contanto que haja a efetiva possibilidade de se alcançar benefícios para a Administração⁶¹.

⁶⁰ Marçal Justen Neto (2014, p.298) elenca as seguintes hipóteses: “art. 46, §1º, II, da Lei 8.666, em que “o autor da melhor proposta técnica será convocado a reduzir seu valor até o valor da proposta de menor preço (...); art.4º, XVII, da Lei 10.520, que dispõe sobre a possibilidade do pregoeiro negociar diretamente com o autor da proposta melhor classificada no intuito de se alcançar o melhor preço; item 6.23, do Regulamento Simplificado da Petrobras (aprovado pelo Decreto nº2.145), que faculta à Comissão, qualquer que seja a modalidade licitatória, negociar com a firma vencedora ou, sucessivamente, com as demais, “melhores e mais vantajosas condições para a PETROBRAS”.

⁶¹ Segundo Marçal Justen Neto (2014, p.306) a não realização de negociação será admitida somente quando a proposta melhor classificada tenha preço inferior ao orçamento da Administração e

Por outro lado, a fase de negociação será impositiva quando for verificado que o valor da proposta melhor classificada se encontra acima do orçamento estimado. Segundo Marçal Justen Neto (2014, p.305), “viola os princípios da eficiência e da economicidade e a diretriz da busca da maior vantagem para a Administração Pública” não proceder dessa maneira. Ademais, furtar do licitante a oportunidade de corrigir possível erro sanável é retirar-lhe garantia assegurada aos particulares.

Cumprido ressaltar que a modificação realizada não poderá, em nenhuma hipótese, versar sobre item que afete a formulação das propostas dos demais licitantes, sob pena de infração ao princípio basilar da isonomia entre os participantes⁶².

Sendo assim, importante destacar a preocupação com o fato de que nem a lei, nem seu regulamento, dispõem claramente sobre os termos e limites da fase negocial, atribuindo considerável margem de autonomia aos gestores públicos. À vista disso, necessário que o edital discipline mais detalhadamente esse procedimento (2013, p. 484).

Inclusive, tal necessidade mostra-se de fundamental importância quando observamos o disposto no parágrafo único⁶³ do art.26. Ao prever a negociação com os demais licitantes, caso reste frustrada as tratativas com o primeiro colocado, a Administração deve promover, sucessivamente, por ordem classificatória, idênticas oportunidades para cada competidor. A fixação dos termos em que se darão as negociações torna o processo mais seguro, objetivo e controlável.

Finalmente, lembrando que a intenção aqui jamais é a de esgotar as particularidades das inovações trazidas pelo RDC, cumpre destacar a relação existente entre o orçamento sigiloso e a fase de negociação, inclusive porque o art. 24, III, da Lei 12.462, traz como hipótese de desclassificação, as propostas que “apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam

compatível com os valores praticados pelo mercado. De qualquer modo, entende o autor que deve haver decisão fundamentada que justifique o não cabimento da negociação.

⁶² Nesse sentido, cumpre atentar para o disposto no art. 12, §4º, da lei do RDC, bem como o art. 21, §4º da Lei nº8666, que vedam a modificação que impliquem em circunstância que poderia afetar a formulação das propostas dos demais concorrentes (JUSTEN NETO, 2014, p.311).

⁶³ Lei do RDC, art. 26, § único: “A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado”.

acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6^º⁶⁴ desta Lei”.

Portanto, ultrapassada a fase classificatória das propostas, resta alcançado o objetivo da regra do orçamento sigiloso, impondo-se, então, sua divulgação. Segundo Marçal Justen Filho (2013, p.485), o licitante necessita conhecer a meta a ser atingida para avaliar a viabilidade de reduzir seu preço, sob pena se realizar projeções inúteis. Lado outro, Marçal Justen Neto (2014, p.314) afirma que a revelação do orçamento estimado frustra o objetivo da norma, defendendo que, mesmo na fase negocial, o particular não deve dispor de parâmetro para alterar sua proposta.

Nessa toada, Marçal Justen Filho (2013, p.481) novamente põe em cheque a utilidade do orçamento sigiloso, ao traçar raciocínio interessante. Afirma o autor que a possibilidade de negociação posterior reduz o ímpeto do licitante em ofertar, de pronto, seu melhor preço. Contudo, não fazê-lo no momento oportuno seria arriscar não obter a vitória. Em assim sendo, o licitante irá apresentar sua melhor oferta, independentemente do orçamento ser sigiloso ou não.

Na visão do autor, as razões que fundamentam o raciocínio de que a motivação para formular sua melhor proposta não é afetada pela possibilidade posterior de redução do referido valor são as mesmas que ensejam o reconhecimento da inutilidade do sigilo do orçamento estimado. E, arremata: “[...] existe uma invencível contradição entre o sigilo do orçamento e a admissão da redução do preço excessivo por meio da negociação.”

3.3.5 Fase recursal única

Ultrapassada a etapa de negociação, o procedimento licitatório previsto pelo RDC prossegue para a etapa recursal, que, consoante o art. 27, em regra, dar-se-á em fase única, salvo se houver inversão das fases previstas no art.12, da lei em comento.

Dessa forma, mais uma vez, o novo regramento utiliza-se de mecanismo já adotado para o pregão⁶⁵ (Lei nº 10.520), instituindo como regra que a habilitação do licitante vencedor ocorrerá após a fase de julgamento das propostas.

⁶⁴ O referido artigo trata justamente do orçamento sigiloso.

Indubitavelmente a intenção do legislador, concentrando num único momento o cabimento dos recursos, foi o de evitar a procrastinação do encerramento do procedimento licitatório. Tal finalidade é, portanto, compatível com a essência da lei do RDC, a saber, conferir agilidade e eficiência às licitações e contratações públicas.

Por óbvio, uma vez havendo a inversão de fases, o que deverá ser justificado, a etapa recursal dar-se-á em dois momentos distintos, o primeiro quando da decisão sobre a habilitação e o segundo, quando do julgamento das propostas (ROMERO, 2014, p.319).

Ainda nesse sentido, a lei em comento estabeleceu no art.45, §1º, sob pena de preclusão do direito de recorrer, a necessidade dos licitantes interessados manifestarem, imediatamente⁶⁶, a intenção de recorrer das decisões que versarem sobre pré-qualificação, habilitação e julgamento das propostas. Ressalte-se, no entanto, que as razões do recurso seriam apresentadas após a fase final da licitação, quando então se daria o início do seu prazo (ROMERO, 2014, p.322).

Ademais, pertinente destacar que a lei do RDC, assim como a LGL, além de assegurar o direito de recurso, viabilizou também o direito de representação, efetivando a garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXIV, a⁶⁷, da CF/88 (JUSTEN FILHO, 2013, p.661).

Finalmente, faz-se oportuno observar que a Lei do RDC adotou, de modo expresso, consoante se infere do art. 28, II, que vícios sanáveis não ensejam invalidação, mas apenas aqueles cujos defeitos não possam ser reparados. Desse modo, a legislação acolhe entendimento da doutrina e jurisprudência, que já dispensavam o referido tratamento aos vícios em face, inclusive, da LGL (PEREIRA, 2011).

⁶⁵ Sobre a inversão de fases prevista na Lei nº10.520 dispõe Renato Monteiro de Rezende (2011, p.27) que: "O julgamento das propostas previamente à habilitação, aplicável atualmente apenas à modalidade pregão, tem produzido excelentes resultados para a Administração. Ele redundou em economia de tempo e de recursos, além de desarticular estratégias protelatórias de licitantes mal intencionados, que se valem de todos os recursos para excluir do certame, ainda na fase de habilitação, concorrentes capazes de apresentar propostas mais vantajosas para a Administração, inclusive pela via judicial".

⁶⁶ Conforme o art. 53, do Decreto nº7.581: "Os licitantes que desejarem recorrer em face dos atos do julgamento da proposta ou da habilitação deverão manifestar imediatamente, após o término de cada sessão, a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão".

⁶⁷ CF/88, Art. 5º, XXXIV: "[...] são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; [...]".

Encerrando o presente tópico após breve explanação acerca das principais inovações trazidas pelo RDC, cumpre tratar daquela que parece ser a mais significativa novidade, qual seja, a contratação integrada, objeto do próximo capítulo. Antes, porém, fundamental tecer alguns comentários sobre os regimes de contratação indireta previstos pela Lei nº 12.462.

3.4 OS REGIMES DE CONTRATAÇÃO INDIRETA

A Lei do RDC, ao contrário da LGL⁶⁸, não optou por segmentar a licitação em modalidades. Dessa forma, o diploma em comento instituiu uma única modalidade de licitação, qual seja, a licitação do RDC, que poderá, de acordo com o caso concreto, combinar elementos distintos no mesmo procedimento. Sendo assim, nas palavras de André Rosilho (2014, p.428): “[...] a primeira grande decisão a se tomar quando do planejamento da contratação de obras e serviços de engenharia diz respeito à escolha do regime de execução a que o contrato se sujeitará [...].”

Para tanto, a Lei nº 12.462 previu no art.8º, cinco opções de contratação indireta⁶⁹, dentre as quais, apenas a última não era prevista pela Lei nº 8.666: empreitada por preço unitário (I); empreitada por preço global (II); contratação por tarefa (III); empreitada integral (IV); e contratação integrada (V).

Preliminarmente, faz-se interessante registrar o conceito de empreitada, uma vez que será através desse tipo de contrato que a Administração pactuará com o particular a execução de determinada obra ou serviço. Desse modo, a empreitada administrativa tem por objeto a obrigação do contratado, empreiteiro, executar determinada obra ou serviço, conforme as exigências previamente estabelecidas pela Administração, mediante aplicação de seus esforços e recursos, podendo envolver, ou não, fornecimento de material (JUSTEN FILHO, 2013, p.154).

O mais simples dos aludidos regimes é a contratação por tarefa. Esta se caracteriza pelo ajuste de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem o fornecimento de materiais, como por exemplo, o levantamento de um muro (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2012, p.149).

⁶⁸ As modalidades de licitação previstas na LGL são, conforme o disposto em seu art. 22: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão.

⁶⁹ A execução indireta, conforme Marçal Justen Filho (2013, p.152), “se verifica quando o Estado contrata um particular para desempenho das atividades necessárias e pertinentes à obtenção do objeto”. Para tanto, o contratado empregará recursos pessoais e materiais realizando as atividades em nome próprio.

A empreitada por preço global, por sua vez, será adotada quando a Administração Pública possuir plena condição de precisar todos os quantitativos relativos ao objeto, contratando a execução da obra ou serviço por preço certo e total. Ademais, o objeto da contratação deverá ser incindível em parcelas independentes, como ocorre, por exemplo, na contratação de determinadas obras públicas. O projeto, portanto, deve abranger a integralidade da obra, inclusive indicando todos os elementos necessários à sua caracterização (MOREIRA; GUIMARÃES, 2014, p.368).

Por outro lado, caso seja impossível determinar o volume de trabalho e materiais que demandam determinado objeto, quer pelas exigências técnicas, quer pelo elevado custo, haverá a predileção pela empreitada por preço unitário. Nessa hipótese, embora se desconheça com exatidão o quantitativo, os preços unitários serão rigorosamente definidos, de maneira que a remuneração do contratado será medida periodicamente (MOREIRA; GUIMARÃES, 2014, p.369).

Desse modo, a escolha dos aludidos regimes de execução deve ponderar as características e a natureza da obra em detrimento de outros aspectos. Para tanto, necessário avaliar o nível de imprecisão do contrato, pois, quanto pior a precisão, maior o risco para uma das partes, sendo o regime de execução unitário mais indicado. O preço global, por sua vez, deve ser considerado para obras mais simples, ou que se tenha certeza dos quantitativos a serem executados (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.78).

A empreitada integral, por sua vez, possui a seguinte definição legal, consoante dispõe a lei do RDC, em seu art. 2º, II:

[...] empreitada integral: quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para a qual foi contratada [...]

Desse modo, a adoção pela empreitada integral, também conhecida por “turn-key”⁷⁰, enseja um objeto contratual que envolva não só a construção da infraestrutura física de uma unidade operacional, mas também a implementação de serviços e outras atividades imprescindíveis ao desempenho de

⁷⁰ Uma vez que se entende que a Administração receberá o empreendimento pronto, bastando “girar a chave” para que se inicie seu funcionamento (JUSTEN FILHO, 2013, p.160).

uma atividade operacional dinâmica. Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2013, p.159), exemplifica o cabimento da referida empreitada⁷¹ cujo objeto verse sobre uma usina hidrelétrica, onde o particular se encarregaria de executar as infraestruturas, mas só restaria adimplido o contrato com a entrega do empreendimento em operação, de acordo com os termos previamente estabelecidos.

Portanto, difere o mencionado regime em relação à empreitada por preço global, porquanto esse não abrange a entrega em funcionamento de um empreendimento, mas apenas a execução de sua infraestrutura. Além disso, o autor prossegue afirmando (2013, p.160), que os encargos suportados pelo contratado também serão diferentes, sendo mais elevados na empreitada integral, uma vez que a margem de autonomia nessa hipótese também será mais ampla, assim como os riscos envolvidos.

De qualquer modo, importante frisar que, assim como ocorre na empreitada por preço global, na integral não será transferido ao particular o risco da imprecisão de quantitativos e de inexatidão de projeto (MOREIRA; GUIMARÃES, 2014, p.370). Tal constatação não poderia ser diferente, tendo em vista que o regime de empreitada integral, assim como os demais já tratados acima, não dispensa a existência prévia de projeto básico aprovado pela autoridade competente (art.8º, §5º).

Precisamente nesse ponto está o grande diferencial da contratação integrada, o novo regime⁷² inserido pela Lei do RDC, que possibilita à Administração concentrar num único contratado, não apenas a construção e entrega em funcionamento do empreendimento, mas também a sua concepção, através da elaboração de projetos pertinentes.

Os autores Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2014, p.371) destacam a semelhança do aludido regime “com uma espécie de contrato internacionalmente definida como EPC – Engineering, Procurement and Construction Contract”. Desse modo, através de um contrato EPC, o

⁷¹ Segundo o autor, a contratação da referida usina hidrelétrica poderia até se dar por preço global, no entanto, não seria a escolha mais apropriada, uma vez que a Administração receberia apenas a infraestrutura, cabendo-lhe “as providências complementares necessárias ao funcionamento do empreendimento”.

⁷² Destaca-se, novamente, que a contratação integrada encontra paralelo com o regime de contratação integrada previsto pelo procedimento licitatório simplificado da PETROBRAS (Decreto nº2.745/98), conforme será pontuado no próximo capítulo.

contratado encarrega-se da confecção total do projeto e respectiva execução, bem como pela prestação e administração dos serviços de engenharia associados, responsabilizando-se pela entrega do empreendimento integralmente pronto, equipado e verificado, sob um modelo de turn-key.

Esse entendimento, inclusive, é o mesmo dispensado pela Corte de Contas no acórdão nº 2246/2012. Em que pese o foco da análise do aludido aresto tratar de contrato firmado pela PETROBRAS com fulcro no Decreto nº 2.745, o regime de contratação avençado foi o da contratação integrada. Cumpre, por oportuno, destacar o seguinte trecho:

[...] Conforme já consignado, trata-se de um contrato cujo regime de execução é por preço global. A contratação foi do tipo integrada, com fornecimento do projeto básico, executivo, bens e serviços necessários à construção da usina, bem como a pré-operação assistida. Vale consignar que a contratação integrada não encontra amparo na Lei 8.666/1993. Contudo, o Decreto 2745/1998, que institui o regime simplificado de contratação da Petrobras, prevê a possibilidade de contratação de obras e serviços por meio desse regime de execução, desde que economicamente viável. Consoante literatura especializada, o contrato com características similares à integrada é o EPC (*Engineering, Procurement and Construction*)/*turn-key/lump sum*, ou seja, contratação da engenharia (tecnologia, soluções e projetos), do fornecimento e da construção, com a entrega em pleno funcionamento (*turn key*) e a preços certos e totais (*lump sum*) [...]

Ressalte-se, mais uma vez, que o referido regime será mais detidamente analisado no próximo capítulo.

Por fim, importante destacar que a Lei do RDC expressamente (art. 8º, §1º) fez uma opção pelos regimes de empreitada por preço global, integral ou pela contratação integrada, nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia. Não sendo viável a adoção dos referidos regimes, o gestor poderá, motivadamente, escolher outro.

Entretanto, oportunamente, salienta Marçal Justen Filho (2013, p.162) que as três soluções preferenciais não são equivalentes. Desse modo, a opção a ser adotada deverá ser feita de acordo com pressupostos técnicos e econômicos que a justifique, devendo assim, a escolha concreta da Administração, ser vinculada a juízos técnicos-científicos.

Superado o tema dos regimes de execução indireta, cumpre avançar para um exame mais detido acerca da contratação integrada.

4 A CONTRATAÇÃO INTEGRADA

O regime de contratação integrada está previsto no art. 9º da Lei do RDC e, certamente, é uma das novidades mais polêmicas do diploma normativo em comento. Tal instituto, entretanto, conforme já aventado no presente estudo, não é propriamente uma inovação, visto que já vem sendo experimentado pela PETROBRAS, consoante dispõe o Decreto nº 2.754/98⁷³.

Ademais, André Rosilho (2014, p.428) ainda destaca o fato de que a possibilidade de licitação sem o projeto básico já se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei de Concessões⁷⁴ (lei nº 8.987/95) e da Lei de PPPs⁷⁵ (lei nº 11.079/04). A novidade da contratação integrada, assim, seria a possibilidade de se licitar, sem projeto básico, obras e serviços de engenharia dissociadas de concessões.

Conforme tratado no sub-tópico anterior, a contratação integral se difere do regime da empreitada integral justamente pelo fato de que naquele o particular assume não só a execução e entrega da obra em funcionamento, mas também a concepção dos projetos básico e executivo do objeto contratado.

Essa transferência de encargo trata-se, segundo Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer (2014, p.163,), de um tipo de ajuste “inspirado por uma lógica de cooperação mais acentuada, que se revela na medida em que o particular é chamado a participar da concepção da prestação a ser executada”.

Ainda segundo o autor (2014, p.163), ao atribuir ao particular a concepção do projeto básico, a Administração atua de modo eficiente, usufruindo da expertise do parceiro privado, que possui tecnologia e conhecimentos peculiares, bem como, transfere para ele parcela maior dos riscos relativos à execução do que foi contratado.

⁷³ Item 1.9 do Decreto nº2.745: “Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas”.

⁷⁴ A lei nº8.987/95, em seu art. 18, XV, prevê que nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução e obra pública, pode ser licitada com base em “elementos do projeto básico” que permitam sua plena caracterização.

⁷⁵ A lei nº11.079/04, no art. 10, §4º, determina que para a definição do valor do investimento da parceria público-privada, os estudos de engenharia deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto. Portanto, prescinde também do projeto básico.

As hipóteses de cabimento da contratação integrada são restritivas e estão positivadas em lei, no próprio art. 9º, às licitações de obras e serviços de engenharia, desde que técnica e economicamente justificada.

Outrossim, em 2014, a Lei do RDC foi modificada incluindo três condições alternativas para a adoção do regime. São elas: I - inovação tecnológica ou técnica; II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III – possibilidades de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Importante relevar ainda que a inclusão das hipóteses supracitadas confirma que a aplicação da solução integrada não é apropriada para a contratação de obras e serviços comuns de engenharia, mas para a concepção de projetos que envolvam justificativas técnicas peculiares (REISDORFER, 2014, p.166).

Outro destaque de suma importância e impacto, é a regra de vedação da celebração de termos aditivos nos contratos firmados pelo novo regime (art. 9º, §4º). Ora, se parte relevante da contratação foi conferida ao particular (projetos básico e executivo), não se mostra razoável que ele próprio recorra das bases que delineou previamente. As exceções, por sua vez, ficam por conta da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito e força maior (art. 9º, §4º, I).

Desse modo, se por um lado o regime de contratação integrada carrega avanços no sentido de conferir maior eficiência às contratações públicas, de outro, requer dos gestores muita cautela na sua adoção.

Repise-se, pois importante, é necessário que haja justificativa técnica e econômica para optar pelo regime, devendo a Administração se esmerar na confecção do anteprojeto, bem como no dimensionamento dos valores atinentes ao contrato, uma vez que a aludida transferência de risco, invariavelmente, repercutirá em maior custo para a Administração.

4.1 CONCEITO E CABIMENTO

A Lei do RDC conceitua a contratação integrada em seu art. 9º, § 1º, determinando que nela estão contidos a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a própria execução de determinadas obras e serviços

de engenharia, bem como, a montagem, realização de testes, pré-operação e todos os demais procedimentos necessários e suficientes para a entrega final do objeto.

Trata-se, dessa forma, conforme assevera Marçal Justen Filho (2013, p.179) de um contrato de empreitada de obra e serviços de engenharia, em que a Administração, contratante, apresenta um anteprojeto de engenharia e o particular, contratado, assume o compromisso de entregar o objeto em plena atividade, mediante remuneração vinculada ao funcionamento do empreendimento nas bases e condições prefixadas.

A Administração, portanto, não almeja obter tão somente a obra, mas o empreendimento como um todo, pronto para utilização. Para esse fim, a partir do anteprojeto de engenharia, transfere para um único contratado os encargos e respectivos riscos, que deverão ser devidamente remunerados. Daí, por conseguinte, a necessidade de justificação, do gestor, pela opção do regime (BICALHO, p.1233, 2014).

Ademais, o diploma normativo expressamente limita, em seu art. 9º, a possibilidade de adoção da contratação integrada, ao determinar que essa poderá ser utilizada “desde que técnica e economicamente” justificada. Pedro Henrique Braz de Vita (2013, p.1239) afirma que essa ressalva se trata de requisito implícito e delimita a hipótese de cabimento do regime para as licitações de obras e serviços de engenharia que contenham alto grau de complexidade.

No mesmo sentido entende Marçal Justen Filho (p.179, 2013) ao afirmar que “[...] se a obra ou serviço não forem o pressuposto e o instrumento para o desempenho de atividades diferenciadas, é incabível o uso de contratação integrada.”

A lei nº 12.980/14, modificando o diploma do RDC, fez ajustes no indigitado artigo impondo condições alternativas ainda mais restritivas para o uso do regime em pauta. São elas: I - inovação tecnológica ou técnica; II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. Ou seja, a adoção pelo regime de contratação integrada precisa estar respaldada em justificativas técnicas, não se prestando, assim, para licitação de obras e serviços comuns de engenharia (REISDORFER, 2014, p.166).

Ainda no campo da motivação técnica pela adoção do regime em pauta, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2014, p.371)

ressaltam a importância de o administrador justificar as razões que o levaram a unificar e integrar, na mesma contratação, diversas parcelas e etapas de uma obra, já que o regramento jurídico brasileiro optou pelo fracionamento⁷⁶ das contratações.

A determinação de fracionar o objeto da contratação, prevista na LGL⁷⁷, também é diretriz a ser observada nas licitações e contratos submetidos ao RDC, consoante o art. 4º, VII, da Lei nº 12.462/11⁷⁸. O que se pretende com o parcelamento do objeto a ser licitado é justamente promover a ampliação da competitividade em vista da redução da dimensão das exigências de habilitação. Quanto menores as exigências para participar do certame, maior o universo de ofertantes (MOREIRA; GUIMARÃES, 2014, p.371).

Dessa forma, na visão dos autores supracitados (2014, p. 372), de certa maneira, o novo modo de contratação rompe com a referida diretriz de fracionamento do objeto a ser licitado, configurando hipótese em que o agrupamento de prestações contratuais diversas, que poderiam ser licitadas em separado, propicia vantagem superior àquela alcançada com a realização de mais de um certame.

Outro ponto de notável relevância é o fato de que a contratação integrada invariavelmente será mais onerosa para a Administração, uma vez que se estará entregando a um único contratado um empreendimento, para que o execute, por sua conta e risco, desde a concepção à entrega em funcionamento.

Dessa forma, apenas o reconhecimento da expertise do mercado ante a incapacidade técnica da Administração de desenvolver os projetos necessários para a consecução de uma dada obra não é o bastante para justificar a escolha do regime em comento, conforme, prudentemente, assevera Guilherme Fredherico Dias Reidorfer (2014, p. 166). É preciso que se demonstre que a junção da concepção à execução num único contratado assegura vantagens de ordem técnica ou econômica decorrentes da escolha do referido regime.

⁷⁶ Tal entendimento foi, inclusive, expresso pelo TCU, em seu acórdão nº1.510/13, ao definir, como um dos requisitos para as licitações baseadas no regime de contratação integrada: “9.1.2. faz-se necessária a motivação acerca da inviabilidade do parcelamento da licitação, em razão da diretriz enraizada no art. 4º, inciso VI, da Lei 12.462/2011.”

⁷⁷ LGL, art. 23, §1º: “As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

⁷⁸ Lei nº12.462/11, art. 4º, VI: “Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala”.

4.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ANTEPROJETO E DOS PROJETOS BÁSICO E EXECUTIVO

O conhecimento desses conceitos é de fundamental importância para a compreensão do impacto trazido pelo regime de contratação integrada. A realização de licitação sem um projeto básico, ou executivo, condutor do certame, traz repercussões relevantes para a Administração que se valerá do anteprojeto de engenharia para avaliar as propostas apresentadas.

4.2.1 Projeto básico e sua dispensa

Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.85) apresentam um comparativo entre os conceitos de projeto básico da Lei nº 8.666/93⁷⁹ e da Lei do RDC⁸⁰ concluindo que não há absolutamente nenhuma

⁷⁹ LGL, art. 6º, IX: “Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.”

⁸⁰ Lei do RDC, art. 2º, IV: “Projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo: a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares; b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução.” Parágrafo único: “O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos: I - desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza; II - soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da administração pública; III - identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento; IV - informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra; V - subsídios para

diferença entre eles. O que existe de novo é apenas uma mudança estrutural na organização dos elementos, já que no RDC foi acrescentado um parágrafo para a colocação dos requisitos, enquanto que na LGL, conceitos e requisitos são aglutinados num mesmo inciso.

Válido ressaltar, que a descrição minuciosa e detalhada dos elementos referidos tem por objetivo coibir que a autoridade atribua a denominação de projeto básico a documento desprovido do conteúdo exigido pela norma. A ausência dos requisitos impostos implicará a invalidade do projeto básico, sendo irrelevante sua denominação (JUSTEN FILHO, 2013, p.52).

Em linhas gerais, portanto, o projeto básico é o documento que irá garantir a igualdade entre os participantes de uma licitação, pois se presta a detalhar o objeto do certame, devendo conter as soluções técnicas, de modo detalhado, fornecendo informações acerca dos métodos, serviços a executar, materiais e equipamentos a serem incorporados⁸¹.

Ademais, o documento deverá ainda abranger uma análise do objeto sob a perspectiva ambiental e viabilidade técnica e econômica do empreendimento. Destaca-se ainda que o projeto básico pressupõe a elaboração do orçamento global da obra, conforme estudos e levantamentos realizados pela Administração (REISDORFER, 2014, p.167).

O referido autor também aponta relevante utilidade do projeto básico, na perspectiva da Administração, ao destacar que, além de promover estabilidade e possibilitar um controle do futuro contrato, o projeto permite ainda uma estimativa mais apurada dos gastos que serão incorridos, evitando manipulação superveniente do contrato.

Portanto, tendo em vista a quantidade de elementos importantes descritos no referido documento, não é difícil concluir que sua precária elaboração certamente causará diversos transtornos para a Administração, como

montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso, exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada; VI - orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados."

⁸¹ Para Marçal Justen Filho (2013, p. 52): "O projeto básico é um documento elaborado por profissionais de engenharia, que deve descrever as soluções, as atividades, as tecnologias, os materiais e as etapas a serem executadas numa obra ou serviço de engenharia. Necessita conter informações suficientes pertinentes a uma visão global do objeto a ser executado, com estimativa sobre os custos, inclusive um orçamento detalhado".

por exemplo, a necessidade de aditivos e o afastamento de licitantes que não possuíam capacidade técnica para as metodologias licitadas, mas estariam aptas a concorrer se as metodologias fossem aquelas ajustadas no aditivo (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.86).

O novo regime, importante que se destaque, dispensa a existência do projeto básico no instrumento convocatório, atribuindo ao particular o encargo de elaborá-lo, posteriormente, assumindo, assim, as consequências resultantes dessa responsabilidade.

O autor Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer (2014, p.168) pondera o fato de que, se de um lado, a liberação do documento previamente à contratação reduz o poder de controle das propostas pela Administração, por outro, tal fato lhe possibilita o acesso a soluções técnicas inovadoras, remetendo, para o futuro contratado, determinados riscos do projeto.

Desse modo, a referida dispensa repercutirá na mudança da natureza da obrigação (de meio para de resultado) assumida pelo particular e as consequências daí decorrentes.

Outro ponto a ser enfrentado, é a precificação dos riscos e incertezas que serão impostos pelo contratado ao contratante, atribuindo, obrigatoriamente, à Administração, a necessidade de motivar seus atos e planejar, de modo mais eficiente, as contratações a serem realizadas através do novo regime⁸².

4.2.2 Projeto executivo e outras ponderações

No que tange ao projeto executivo, as legislações em comento foram silentes quanto ao seu conceito. No entanto, é possível inferir que esse irá detalhar aquilo que foi disposto no projeto básico, jamais podendo modificar o objeto originalmente contratado, consoante a súmula nº 261⁸³ do TCU.

⁸² Ressalte-se que esses aspectos apontados pelo aludido parágrafo serão melhor desenvolvidos mais adiante.

⁸³ Súmula nº261 do TCU: “Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.”

Destarte, ao particularizar o projeto básico, detalhando o procedimento que será executado, o projeto executivo oferece maior eficiência e precisão no uso dos recursos, reduzindo a margem de erro dos engenheiros e operários que irão desenvolver o empreendimento (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.87)⁸⁴.

Importante destacar que a Lei do RDC em seu art.8º, §5º, impõe a existência de projeto básico, aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do certame, para a contratação de obras e serviços em que não seja adotado o regime de contratação integrada. Ao ressaltar expressamente a referida obrigatoriedade, limitando-se ao projeto básico, por decorrência lógica, a norma traz, como regra implícita, a desnecessidade de projeto executivo nesses casos (JUSTEN FILHO, 2013, p.164).

Além disso, o art. 36, §2º, dispõe, explicitamente, que a elaboração do projeto executivo poderá, em consonância com o preço ajustado pela Administração, consistir em dever do contratado, reafirmando o raciocínio supracitado, sendo, pois, elaborado após a adjudicação do objeto.

Contudo, urge observar que o diploma do RDC inova⁸⁵ (e avança) no art.8º, §7º, ao determinar a imprescindibilidade de projeto executivo para a realização de obras e serviços de engenharia contratadas via RDC, independente do regime adotado. Ou seja, a norma exige a confecção do documento antes que se inicie a execução do projeto, de maneira a possibilitar a identificação prévia de problemas a serem solucionados no decorrer da execução (JUSTEN FILHO, 2013, p.165).

Entretanto, o Decreto nº 7.581/11, em seu art. 66, além de permitir a partição de projetos executivos de acordo com as etapas do empreendimento, no seu §1º, em afronta patente à lei, reintroduz a possibilidade de se executar as obras e serviços simultaneamente ao desenvolvimento do projeto executivo de etapa anterior.

⁸⁴ Os autores trazem como exemplo, para ilustrar o papel do projeto executivo, um projeto hidrossanitário, em que se necessite furar certos ramais de esgoto para passar determinados tubos. O documento executivo, nesse caso, irá detalhar “o exato posicionamento, dimensão e altura do furo, bem como a posição das emendas e das conexões, de acordo com a inclinação indicada no projeto básico”. De nenhum modo haverá a modificação do comprimento ou da bitola da tubulação.

⁸⁵ Inova porque a lei nº8.666/93, no art. 7º, §1º, faculta o desenvolvimento do projeto executivo “concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração”. Desse modo, é permitido ao contratado iniciar a execução do empreendimento sem o projeto executivo em mãos.

Tal fato foi duramente criticado por Marçal Justen Filho (2013, p.168), para quem o intuito da Lei foi impedir que as concepções globais e completas de um empreendimento só fossem concebidas após o início da sua execução. Em suas palavras: “[...] A finalidade residia em impedir práticas usuais, caracterizadas pela ausência de planejamento e de informações suficientes para avaliar o montante real e efetivo dos custos e as especificações a serem adotadas durante a execução”.

Outro ponto relevante, presente no art. 36, I, da Lei do RDC, é a vedação, na licitação, de pessoas física ou jurídica que tenham participado da elaboração dos projetos básico e executivo correspondentes. Evidentemente, em que pese tenha havido expressa disposição legal no §1º, essa proibição não se aplica ao regime de contratação integrada, uma vez que a concentração em um único contratado, desses documentos, bem como a execução propriamente dita, é justamente o cerne do referido regime.

O sentido da aludida proibição é, em tese, assegurar a isonomia entre os competidores, vedando a participação daqueles que possuam informações privilegiadas acerca do objeto a ser contratado.

Nesse sentido, coerentemente, o Decreto nº 7.581/11, ao regulamentar o art. 36 do RDC, expressamente em seu art. 3º, §1º, II, vedou a participação nas licitações sob o regime de contratação integrada, daqueles que tenham elaborado o anteprojeto de engenharia correspondente. O “espírito” aqui é o mesmo dantes expresso, qual seja, resguardar as condições de igualdade entre os participantes do certame.

Ultrapassadas as questões envolvendo os projetos básico e executivo, cumpre ressaltar que na contratação integrada, a dispensa desses projetos não autoriza à Administração Pública a promover licitação lacônica, com objeto indeterminado. O instrumento convocatório dessa modalidade de contratação, obrigatoriamente, deverá conter anteprojeto de engenharia “que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço [...]”, consoante disposto no art. 9º, §2º, I, da Lei nº 12.462/11 (REISDORFER, 2014, p.269).

4.2.3 O anteprojeto de engenharia

O anteprojeto, documento obrigatório no regime de contratação integrada, não está conceituado na lei, que se restringe em afirmar, em seu art. 9º, §2º, I, “que o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço”, incluindo determinados requisitos⁸⁶ que de certa forma justifique e personalize a contratação.

O Regulamento, por sua vez, apresenta definição indireta, ao afirmar, no art. 74, §3º, que “O anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas dos licitantes”. Essa, portanto, é a essência do anteprojeto, viabilizar a comparabilidade entre as propostas, estabelecendo tópicos e indicadores objetivos a serem cumpridos por todos os participantes, segundo parâmetros comparativos idênticos (JUSTEN FILHO, 2013, p.191).

Na perspectiva do autor supracitado, as propostas, presumivelmente, serão comparadas de acordo com um parâmetro de eficiência econômica, tomando por base o custo a ser suportado pela Administração Pública, os resultados a serem alcançados e o prazo necessário para a execução do objeto. Sendo assim, ainda que haja notável autonomia para os particulares elaborarem suas propostas, será imprescindível a adoção de requisitos mínimos que permitam o confronto ente os projetos concorrentes, de acordo com padrões objetivos de vantajosidade.

Nesse sentido, o art. 74, §1º, do Regulamento, relacionou uma série de documentos técnicos que deverão constar no anteprojeto de engenharia⁸⁷. Embora a redação do parágrafo preveja a expressão “quando couber”, remetendo a

⁸⁶ Requisitos previstos (art.9º, §2º, I): “a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei; c) a estética do projeto arquitetônico; e d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.”

⁸⁷ Conforme Decreto nº7.581/11, art. 74, §1º: “Deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos: I - concepção da obra ou serviço de engenharia; II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; III - levantamento topográfico e cadastral; IV - pareceres de sondagem; e V - memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação”.

decisão motivada do administrador, o seu não atendimento deverá ser justificado, visto que há um dever de motivação em relação aos documentos ali listados. Trata-se de uma referência normativa relevante que não pode ser ignorada de maneira discricionária. Ressalte-se, ainda, que o rol elencado não é exaustivo, uma vez que seu intuito é a disposição de um edital efetivamente hábil a identificar o objeto a ser licitado, bem como os critérios de seleção das propostas, garantindo a isonomia entre os partícipes (REISDORFER, 2013, p.170).

O anteprojeto de engenharia é, destarte, uma expressão técnica, pertinente a projetos para a construção de edificações, que faz parte do ciclo de vida de um empreendimento, elaborado de acordo com elementos prévios (levantamento de necessidades e estudos de viabilidade), visando fornecer subsídios para a concepção e desenvolvimento das etapas posteriores (complementação dos estudos de viabilidade, projeto básico, projeto executivo, execução da obra, “as built”, entrega do empreendimento e manutenção, nessa ordem), conforme demonstram Claudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.256).

Os referidos autores (2014, p.261) destacam a previsão do art. 9º, §3º, da lei do RDC, que permite, no anteprojeto de engenharia, a apresentação de metodologias distintas de execução, caso em que o instrumento convocatório deverá prever critérios objetivos para a avaliação e julgamentos das propostas. Isso porque, obviamente, os contornos ambientais (levantamentos topográficos, geológicos e demais condicionantes ambientais) para as soluções técnicas são pressupostos na definição da melhor oferta. Apenas dessa forma a comparação entre soluções distintas poderá ser adequadamente valorada.

Marçal Justen Filho (2013, p.194) ressalta ainda o fato de que a execução de obra de engenharia invariavelmente envolve a ocupação de áreas físicas, sendo assim, mandatário que se conste no instrumento convocatório informações pertinentes às características topográficas e também no que se refere à determinação dos limites do domínio e da posse. Tais informações, em muitos casos, serão essenciais para definir os custos, prazos e as soluções a serem adotadas.

O autor ilustra a referida necessidade (levantamento topográfico e cadastral) supondo a execução de um empreendimento que demande a desapropriação de áreas privadas. Ora, a elaboração de uma proposta, para a

contratação integrada, sem o conhecimento prévio da existência e localização das áreas privadas, destinadas à implantação do empreendimento, é praticamente impossível. Dessa maneira, ainda que se atribua ao particular o dever de arcar com os custos da desapropriação, é ilógico promover a competição sem as propostas contemplarem tais despesas.

A alocação dos riscos a serem assumidos pelo particular e pela Administração, portanto, é de fundamental importância para o controle do contrato, bem como para o estabelecimento da estimativa dos custos e determinação das responsabilidades. Tal repartição compõe a caracterização do empreendimento a ser contratado e será materializada na matriz de riscos, instrumento essencial, que será melhor tratado mais adiante, a ser elaborado em consonância com o anteprojeto.

Dessa maneira, resta claro que o fato da contratação integrada dispensar, em fase licitatória, a existência dos projetos básico e executivo, não retira por completo da Administração o controle do objeto a ser contratado.

O anteprojeto deverá assumir o múnus de caracterizar o objeto, de maneira a fornecer os elementos necessários para a confecção das propostas, possibilitando uma aferição objetiva por parte da Administração.

4.3 A CONTRATAÇÃO INTEGRADA ENQUANTO OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A dispensa do projeto básico, ponto de destaque e distinção do regime de contratação integrada, acarreta, indubitavelmente, na concessão de maior autonomia ao particular para que, diante do anteprojeto, conceba e execute todas as etapas do objeto contratado, entregando, ao final, o empreendimento em funcionamento.

Portanto, conforme dantes esposado, a Administração não busca, através da contratação integrada, obter a mera execução das prestações, no sentido de que o exato cumprimento dos termos (cumprimento dos meios) exonera o contratado da responsabilidade pelo funcionamento eficiente do que fora contratado, obra ou serviço de engenharia como um todo (obtenção de resultados). O alcance dos resultados é pressuposto desse regime. Desse modo, o contratado deve assumir a responsabilidade e suportar as ineficiências do projeto. Daí porque,

importa ao contratado, perseguir uma adequada concepção do projeto (MOREIRA; GUIMARÃES, 2014, p.372).

Marçal Justen Filho (2013, p.182), inclusive, afirma que a contratação integrada conforma instrumento jurídico para criação de obrigações de resultado⁸⁸, uma vez que o particular é contratado para criar a solução adequada e suficiente para assegurar um fim determinado. Mais adiante (2013, p.185) o autor reconhece que, na realidade concreta, é muito rara a existência de soluções absolutas, tendo em vista que “A autonomia das partes conduz a uma conjugação dos elementos e das características das obrigações de meio e das obrigações de resultado”.

Do mesmo modo compreendem Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2014, p.373) ao afirmar que no aludido regime haverá a prevalência da contratação de resultados. O instrumento convocatório e seus anexos apontarão os resultados esperados, sendo de responsabilidade do contratado o alcance dos meios necessários para tanto.

No âmbito das contratações administrativas de obras e serviços de engenharia há uma preponderância das obrigações de meio. Nesses contratos, a margem de autonomia do particular para prover soluções e conceber o conteúdo da prestação é mitigada. Tal constatação fica visível na regra de que cabe à Administração a confecção do projeto básico e, geralmente, do projeto executivo. Ao contratado, portanto, incumbe executar a obra ou serviço nos exatos termos do que fora especificado nos projetos, sem que haja margem no que tange ao resultado que foi definido pela Administração (JUSTEN FILHO, 2013, p.187).

O supracitado autor prossegue sua explanação ponderando as razões para a adoção do modo de contratação acima exposto. Primeiramente, no mais das vezes a Administração dispõe do conhecimento necessário ou tem

⁸⁸ Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 191) distingue as obrigações, quanto ao fim a que se destinam, em obrigação de meio, de resultado e de garantia. A primeira, de meio, se verifica quando “o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto, responsabilizar-se por ele”. Já na obrigação de resultado, “o devedor dela se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo, é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso”. O que distingue as duas modalidades é o fato de que na obrigação de meio, a responsabilidade pelo inadimplemento só recairá sobre o devedor se ficar comprovado que ele agiu com negligência ou imperícia no emprego dos meios para obter o resultado pretendido. Na de resultado, por sua vez, a não obtenção do fim almejado importa o inadimplemento e enseja responsabilidade pelo da ocasionado. O devedor se isentará apenas se demonstrar que o evento danoso ocorreu por força maior, ou culpa exclusiva da vítima.

condições de obtê-lo de um terceiro, não necessitando atribuir a um particular a liberdade para projetar uma solução (2013, p.187).

Em segundo lugar, ao determinar todas as etapas e soluções, assumindo os riscos pelos resultados inapropriados, a Administração deixa de transferir para o particular a remuneração correspondente aos riscos previsíveis, obtendo preço mais reduzido (2013, p.187).

Por fim, afirma o autor, que o acordo de obrigação de meio permite à Administração fiscalizar efetivamente as atividades, cujos critérios ela própria previamente estabeleceu. Desse modo, o risco de não atingir os resultados ou de surgirem defeitos ocultos durante a execução é, em tese, reduzido (2013, p.188).

Analisando a contratação integrada, nessa perspectiva, é possível compreender que a adoção desse regime, pelo gestor público, pressupõe um objeto tecnicamente complexo, que não possa se valer do conhecimento prévio da Administração, atribuindo ao particular a entrega de soluções técnicas inovadoras, a partir de sua expertise. Ademais, deve restar comprovado que a complexidade da situação e a incerteza quanto ao alcance do resultado, a partir da empreitada tradicional, geram riscos sobremaneira relevantes e custos econômicos elevados. Dessa forma, é indispensável que fique claro que a entrega da concepção de um empreendimento a um particular, com todos os riscos que lhe são peculiares, proporcionará solução economicamente mais vantajosa do que a que seria obtida por outra modalidade de contratação (2013, p.189).

Nada obstante, cumpre destacar que apenas a complexidade da obra ou do serviço a ser contratado não legitima a opção pelo regime de contratação integrada. A Administração não pode, simplesmente, alegar não possuir condições para conceber o projeto básico, uma vez que tal documento sempre pode ser contratado com terceiros, independente da modalidade adotada. A LGL e a do RDC, inclusive, possibilitam tal arranjo, vedando apenas que o autor do projeto básico participe da execução propriamente dita⁸⁹ (REIDORFER, 2014, p.166).

Portanto, o grave problema da incapacidade técnica da Administração em elaborar projetos básicos satisfatórios não justifica a escolha pela contratação integrada, quando ausentes os pressupostos correspondentes. Nas

⁸⁹ Ambas legislações, do RDC e a LGL, preveem a aludida vedação, respectivamente, nos arts. 36 e 9º.

palavras de Marçal Justen Filho (2013, p.190): “Essa solução é antijurídica e descabida, e o problema não é de natureza formal. Trata-se de preservar a economicidade das contratações administrativas”.

Repise-se, pois necessário, que apesar de tentadora, a solução da contratação integrada pressupõe uma maior assunção dos riscos pelo particular, que assumirá a entrega do resultado estipulado, precificando, invariavelmente, os riscos inerentes pela assunção dessa responsabilidade. Tal fato, evidentemente, irá repercutir na elevação dos custos a serem comportados pela Administração Pública.

Acertadamente, então, sugere Marçal Justen Filho (2013, p.190) que a Administração, ao invés de dispender recursos na escolha da contratação integrada, modalidade deveras onerosa, deveria qualificar os próprios quadros, de maneira que venham a alcançar condições de elaborar os projetos básicos necessários.

4.4 PECULIARIDADES DO REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA

O regime em comento suscita debates e questionamentos justamente porque insere novos conceitos no âmbito das contratações públicas. Introduzido a partir de uma circunstância pontual (eventos esportivos mundiais) o diploma normativo do RDC tem na contratação integrada seu principal paradigma. Importante destacar que o RDC data de 2011, novíssimo, portanto, de modo que as repercussões concretamente consideradas ainda estão sendo estudadas.

Entretanto, já se faz possível tecer considerações a respeito dessa nova modalidade de contratação que, ao dispensar os projetos básico e executivo na fase licitatória, conforme esposado no item anterior, traz consequências importantes que necessitam ser sopesadas quando da escolha pelo aludido regime.

Ademais, há que se destacar outros aspectos relevantes sobre o novo o modo de contratação em comento, tais como a matriz de riscos, importante instrumento de controle e definição de responsabilidades; a vedação do uso de termos aditivos, prática comum e reprovável das contratações públicas em geral; a revogação, em 2014, da necessidade de se adotar o critério de técnica e preço no caso da contratação integrada; e a questão orçamentária.

Por fim, importante nunca perder de vista o cabimento do aludido regime. Conforme anteriormente exposto, a contratação integrada tem âmbito de aplicação restrito às licitações cujo objeto seja tecnicamente complexo, ensejando ganhos para a Administração advindos de soluções inovadoras a serem desenvolvidas. Ou seja, a motivação da escolha não deve estar pautada numa suposta agilidade, que poderá até ocorrer, tendo em vista metodologias ou técnicas inovadoras. Entretanto, tal ganho será consequência do projeto e não sua causa (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2014, p.295).

4.4.1 A matriz de riscos

A matriz de riscos não está prevista, literalmente, na lei do RDC, contudo, o detalhamento das responsabilidades contratuais das partes é de importância inconteste, porquanto repercutirá no valor a ser ofertado pelo empreendimento e na apuração da responsabilidade pelas eventuais falhas.

Claudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.276), ao tratar desse importante instrumento, ressaltam que consta da lei nº12.462/11, em seu art. 9º, §2º, a necessidade do instrumento convocatório “conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço”, de modo que a matriz estaria aí incluída.

Prosseguem os autores afirmando que: “Como corolário da ciência econômica, quanto mais riscos assumidos, proporcionalmente maiores são os encargos financeiros para adimplir aos encargos decorrentes dessas responsabilidades”. Desse modo, por se tratar de elemento fundamental para o traçado do objeto a ser licitado, mandatário é o seu detalhamento.

O referido entendimento está em consonância com a determinação do Tribunal de Contas, em seu acórdão nº 1.510/13, sendo válido reproduzir *ipsis litteris* suas linhas:

[...] 61. Depreende-se, pois, a indispensabilidade de clarear as regras da pactuação. Essas informações, tendo em vista impactarem relevantemente as expectativas de despesa das contratadas, são mandatórias. Tais esclarecimentos também caracterizam o objeto e as suas respectivas obrigações. Aliás, a matriz deve ser elaborada em coerência com o

anteprojeto, visto que, caso se estabeleça obrigação em que não haja liberdade para a contratada inovar, tais encargos devem ter detalhamento obrigatório à época da licitação⁹⁰.

Mais adiante, nesse mesmo aresto, a Corte estabelece como um dos requisitos para as licitações baseadas no regime de contratação integrada:

[...] 9.1.3. a "matriz de riscos", instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, na medida em que é informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte das licitantes, é elemento essencial e obrigatório do anteprojeto de engenharia, em prestígio ao definido no art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei 12.462/2011, como ainda nos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da obtenção da melhor proposta."

A alocação dos riscos deverá ponderar qual parte está mais apta a assumir os efeitos dos eventos supervenientes. No âmbito de um contrato administrativo é preciso considerar que o resultado fundamental da licitação é obter a melhor oferta. Nesse sentido, a distribuição da responsabilidade deve estar pautada no fato de que a transferência para o particular repercutirá em maior ônus financeiro global para o Poder Público. Tal fato, portanto, acarreta no dever de justificar a vantagem de cada opção, uma vez que a motivação é a "bússola do novo regime" (ALTONIAN; CAVALCANTE, 2014, p.278).

Marçal Justen Filho (2013, p.195) traz interessantes considerações acerca da assunção de responsabilidades entre os contratantes. Ele ressalta que um dos problemas mais relevantes nas obras de engenharia está atrelado a composição geológica do solo, se fazendo necessária a promoção de sondagens, nas áreas pertinentes, com o intuito de conhecer sua composição.

Uma vez que o custo de sondagens é deveras elevado, muitas vezes, ocorre da composição do solo não estar contemplada nos estudos, reduzindo a acurácia das informações. Atribuir o risco ao poder público, nesse caso, entende o

⁹⁰ Interessante destacar que a conclusão disposta no item 61, do aludido acórdão, se deu após a análise exemplificativa do impacto da variação cambial, sobre quem deveria assumir esse custo. Para ilustrar o comentário, pertinente reproduzir o trecho do acórdão: "[...] 60. Em outro exemplo, se na obra preponderarem insumos importados e o dólar "disparar". Tratar-se-ia, em minha visão, de situação previsível (na medida em que todos sabem da instabilidade do preço da moeda), mas de consequências incalculáveis. Far-se-ia jus, s.m.j., a termo aditivo. Caso, porém, se defina a situação cambial como risco da contratada, ela poderá dimensionar seu preço em razão dessa informação. Poderá verificar, inclusive, como custo do contrato um *hedge cambial* para amortecer seu risco".

autor, é promover sua melhor alocação, uma vez que o particular, invariavelmente, precificaria o custo geológico em sua proposta, recebendo remuneração pela existência de problemas que possivelmente nem existam.

Dessa forma, ao efetivar as sondagens geológicas e disponibilizar as informações para os licitantes, ainda que se estabeleça que o particular arcará com o risco, e que as informações não geram responsabilidade para a Administração, a simples existência dos dados possibilita aos interessados a confecção de propostas mais coerente, reduzindo os custos a serem arcados pelo Poder Público.

Outra observação relevante é o fato de que, se a Administração já possui a resposta, em termos de melhor solução, para determinada necessidade, a motivação de transferir, ao particular, os riscos inerentes e assumir os custos se apresenta injustificável.

De maneira similar se dá no que se refere à distribuição de riscos. Caso a Administração possua meios de especificar melhor a solução no anteprojeto (porque simples e ausente a vantagem dos particulares competirem entre si acerca de metodologias), melhor que se detalhe no anteprojeto e exija a execução, assumindo a Administração os riscos alusivos a essa parcela.

De modo diverso, no caso das frações mais complexas, na medida em que se dê liberdade para o particular propor a metodologia a ser adotada, deve-se transferir, também, a ele, os respectivos riscos das suas escolhas. Eis, portanto, a coerência que deve existir entre a matriz de riscos e o anteprojeto de engenharia (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2013, p.280).

Portanto, ao atribuir maior autonomia ao particular, confiando a ele a concepção dos projetos básico e executivo, a Administração busca também reduzir as alterações contratuais. No entanto, não se pode nunca olvidar o fato de que essa transferência não é automática e deve obediência aos ditames normativos e constitucionais.

4.4.2 Vedação de termos aditivos

A Lei do RDC, em seu art. 9º, §4º, trouxe disposição muito festejada ao vedar a celebração de termos aditivos⁹¹ nas hipóteses em que seja adotada a contratação integrada, ressalvadas as situações de caso fortuito e força maior, ou a pedido da própria Administração, por necessidade de alteração do projeto ou especificações do objeto, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado⁹².

Preliminarmente, para uma melhor análise acerca do tema, pertinente trazer à baila a norma prevista na Constituição, art. 37, 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 [...].

Portanto, os contratos administrativos devem preservar as condições originais que ensejaram a pactuação do acordo. Caso haja variações ao longo do tempo, é imperiosa a adoção de providências a fim de que se restabeleçam os termos da relação original (JUSTEN FILHO, 2013, p.200).

Despiciendo discorrer acerca da subordinação do RDC às disposições constitucionais, notadamente, ao princípio do equilíbrio contratual,

⁹¹ Cumpre ressaltar o apontamento de Marçal Justen Filho (2013, p.202) ao afirmar que a redação do aludido parágrafo é defeituosa porquanto afirma ser “vedada a formalização de termos aditivos”. Isso porque a vedação está restrita às alterações contratuais ou modificações do objeto, não impedindo, por exemplo, “a alteração de identidade do contratado em virtude de fusão, cisão ou incorporação”. Portanto, o que houve foi uma limitação dos poderes da Administração em interferir na solução concebida pelo particular e não a realização de termos aditivos.

⁹² Lei do RDC, art.9º, §4º: “Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos: I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1o do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993”. Em tempo, cabível trazer a previsão do referido art. 65, §1º, da LGL: “O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.

acima assegurado no inciso supracitado. Da mesma maneira, cumpre lembrar que lei infraconstitucional não possui o condão de restringir garantias constitucionais.

Desse modo, a referida regra constitucional positivou a teoria da imprevisão. Eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, a priori, sucedidos independentemente da vontade das partes, cujas consequências modifiquem de modo relevante os termos iniciais do contrato, impõem a revisão contratual para que se dê o reequilíbrio econômico-financeiro pactuado previamente (ALTOUNIAN; CAVALCANTE, 2013, p.330).

Tais hipóteses, portanto, capazes de romper a equação financeira da Avença, abarcam a álea extraordinária do contrato, constando aí também as hipóteses de fato da Administração e fato do príncipe (MOREIRA; GUIMARÃES, 2014, p.375).

Ademais, o art. 65, da LGL, estabelece que os riscos ordinários, que sejam previsíveis ou de efeitos calculáveis, decorrentes do contrato, serão assumidos pelo contratado. Os outros, incluídos aí os provenientes da álea extraordinária, serão assumidos pela Administração. Essa disciplina é aplicável aos contratos do RDC, em razão do disposto no já referido art. 39, da lei nº12.462 (JUSTEN FILHO, 2013, p.200).

Por conseguinte, nesse aspecto, não há propriamente uma novidade trazida pelo regramento do RDC. O que ocorre no novo regime, que lhe distingue das demais contratações, é o fato de que o particular, e não a Administração, irá conceber o projeto básico e responder pelos termos então dispostos. Nesse sentido, assevera Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer que (2014, p.175): “[...] a equação contratual permanecerá inalterada caso se verifiquem defeitos supervenientes no projeto elaborado pelo particular”. Nas demais contratações, defeitos no projeto básico, invariavelmente, representaria recomposição do equilíbrio contratual a ser arcado pelo Poder Público.

O supracitado autor (2014, p.176) destaca ainda que a vedação de termo aditivo em virtude de “erros ou omissões por parte do contratado”, evidentemente, não significa a impossibilidade de se corrigir defeitos que venham a ser identificados. Tal proibição, destarte, significa que caberá ao particular “assumir a responsabilidade técnica e os encargos econômicos relativos à revisão do projeto por ele elaborado”.

Marçal Justen Filho (2013, p.204), corroborando com o referido entendimento, destaca que: “Existe um dever de a Administração opor-se à continuidade da execução de um contrato inadequado e assentado em premissas técnicas equivocadas”, e conclui que o que resta proibido é que esse fato envolva remuneração do particular, em virtude do aditamento necessário.

Portanto, somente nos casos em que se constate a culpabilidade exclusiva do contratado, no que se refere a erros e omissões nos documentos técnicos, é que poderá à Administração se isentar dos encargos relativos às modificações necessárias, configurando a excludente prevista no art. 9º, §4º, II, da Lei do RDC (KLEIN, 2014, p. 446).

Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.330) destacam que o regramento previsto na Lei do RDC (art. 9º, §4º), objetivamente, não se diferencia em nada com relação ao já praticado na vigência da LGL. Ressaltam que a modificação se dá no cenário, que passa a ser de maior insegurança, decorrente do menor nível de detalhamento do anteprojeto.

Diante de fatos desconhecidos previamente, ausente a culpa dos contratados, a quantidade de termos aditivos poderiam aumentar, diverso do que aparentemente fora pretendido pelo legislador. Por conta disso, é fundamental que as minutas de contrato licitadas sejam bastante claras e específicas na definição objetiva das responsabilidades contratuais advindas de eventos supervenientes.

De maneira similar, Aline Lícia Klein (2014, p.446)⁹³ salienta que, embora a redação do art. 9º, §4º, do RDC tenha excluído diversas possibilidades de alterações do contrato dispostas na LGL, o simples fato de se conferir ao particular a concepção do projeto na contratação integrada, não justifica o afastamento das aludidas hipóteses.

A autora ainda conclui que o referido dispositivo deve ter seu rol ampliado de modo a abarcar hipóteses de alterações necessárias que não podem ser atribuídas ao contratado, como por exemplo, a dilação dos prazos contratuais por razões que não possam ser conferidas ao particular.

Tal preocupação, com a alocação dos riscos devidamente expressa em contrato, também fora manifestada por Marçal Justen Filho (2013, p.203), ao afirmar a necessidade de que “o edital discipline do modo mais preciso e

⁹³ Para uma análise mais detida acerca das modificações contratuais permitidas no âmbito do RDC, remetemos o leitor ao artigo de Aline Lícia Klein (2014).

exato possível a alocação dos riscos”. Ressalta, ainda, que a ausência da disciplina e a submissão à regra do inciso I, §4º, art. 9º, da lei do RDC, provocará “problemas e controvérsias indesejáveis”.

Daí, portanto, novamente é ressaltada a importância da matriz de riscos e a transparência na definição das responsabilidades. A Corte de Contas vem, reiteradamente, conforme se observa no acórdão nº1465/2013, alertando para a necessidade de se estabelecer, nos instrumentos convocatórios, uma matriz de riscos detalhada, de modo que os riscos inerentes ao empreendimento sejam devidamente alocados para cada um dos contratantes

De modo a ilustrar as considerações dispostas nesse subitem, vale a pena a transcrição de precedente do TCU, acerca do tema, no acórdão nº1510/11:

[...] 58. Apresento a seguinte situação hipotética: se, ao se executar a obra, a contratada constata que o solo encontrado *in loco* é distinto do definido nas sondagens fornecidas no anteprojeto. Uma fundação muito mais cara haverá de ser executada para suportar as cargas da superestrutura. Nesse caso, haverá termo aditivo? Existe, no mínimo, uma situação de insegurança, passível de interpretações distintas.

59. Em avaliação perfunctória, na medida em que não era passível de conhecimento prévio de qualquer das licitantes, avalio que a "surpresa" quebrou a equação econômico-financeira do ajuste, definida como imutável pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Como não existe disposição editalícia contrária, ajuízo que o aditivo será devido. Não tenho dúvidas, por outro lado, que é uma porta para a celeuma contratual. Bastaria uma disposição clara no contrato para evitar a situação. Mesma dúvida pode ter ocorrido a qualquer das licitantes (a impactar nos preços ofertados). [...]

Desse modo, conforme fora evidenciado, a celebrada vedação de termos aditivos, nas contratações integradas, disposta na redação do RDC, deve ser vista com cautela, especialmente porque não implica em automática aceitação, pelo particular, de encargos maiores do que àqueles previstos contratualmente. Daí a importância do detalhamento dos termos contratuais, com a clara exposição da alocação dos riscos a serem distribuídos entre as partes.

4.4.3 Critérios de julgamento – a não obrigatoriedade da “técnica e preço” na contratação integrada

A lei do RDC, em seu art. 18, de certo modo, inovou, no que se refere aos critérios de julgamento das licitações, em relação ao previsto na LGL (art. 45, §1º). Adicionou, alternativamente, ao menor preço, o maior desconto (I); acrescentou ao critério de melhor técnica a referência ao “melhor conteúdo artístico” (III); suprimiu o “maior lance”, mantendo a “maior oferta de preço” (IV); e, por fim, acrescentou o critério de “maior retorno econômico” (V).

Cumprido ressaltar que os parâmetros de julgamento elencados pela nova modalidade de licitação (RDC) são taxativos, assim como o rol previsto na lei nº8.666/93, consoante seu §5º, que expressamente veda “a utilização de outros tipos de licitação” não previstos em lei. Portanto, como forma de garantir a previsibilidade e segurança das regras que guiarão o julgamento das propostas, não só é vedada a criação de critério outro, como é imperiosa a expressa previsão do critério de julgamento escolhido pela Administração no instrumento convocatório (NESTER, 2014, p.251).

No que concerne à contratação integrada, objeto de análise do presente trabalho, importa ressaltar as alterações trazidas pela lei nº12.980/14, no art. 9º, da Lei do RDC. Tal diploma normativo modificou o caput e seus incisos, e revogou o inciso III do §2º, que obrigava a adoção do critério de julgamento por “técnica e preço” nas licitações cujo regime de execução se desse pela contratação integrada.

O art.9º, caput e incisos, passou a vigorar com a seguinte redação:

[...] Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: I - inovação tecnológica ou técnica; II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado [...]

Em verdade, tais elementos condicionantes, de certo modo, já se encontravam positivados no art. 20, §1º, dispositivo⁹⁴ que regulamenta o critério de julgamento por “técnica e preço”. A escolha pelo aludido critério, portanto, se justifica quando a Administração pretende contratar objetos cujas propostas necessitem ser avaliadas e ponderadas em critérios técnicos acima dos requisitos mínimos estabelecidos no edital.

Desse modo, andou bem o legislador ao modificar o caput e incisos do art.9º, introduzindo ali condições objetivas a serem cumpridas como meio de se justificar a opção pela contratação integrada. Ademais, os parâmetros então dispostos reduz os riscos de subjetividade “amarrando” o uso do novo regime às hipóteses que realmente o justifiquem (BICALHO, 2014, p.1238).

Alexandre Wagner Nester (2014, p.257), ao tecer comentários sobre o supracitado art. 20, §1º, ensina que o critério “técnica e preço” será aplicado:

[...] nos casos em que o aspecto técnico se mostra tão ou mais relevante do que o preço desembolsado pela Administração. Ou ainda: as situações em que não basta o preenchimento de um nível mínimo de qualidade (mesmo que elevado), pois o interesse administrativo a ser satisfeito exige mais: demanda a maior qualidade possível.

Portanto, é razoável se concluir que o critério em comento, ou ainda o critério de melhor técnica são adequados nas licitações em que a Administração almeje fins que necessitem, de acordo com as limitações orçamentárias, a melhor técnica possível. De modo distinto, a licitação de “menor preço” se amoldará melhor quando o interesse estatal possa ser atendido com a prestação dotada de qualidade técnica mínima (JUSTEN FILHO, 2013, p.351).

Via de regra, por conseguinte, a necessidade de contratação de prestador mais qualificado está diretamente associada ao nível de complexidade

⁹⁴ Lei do RDC, art. 20: “No julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório. §1º O critério de julgamento a que se refere o caput deste artigo será utilizado quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela administração pública, e destinar-se-á exclusivamente a objetos: I - de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou II - que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução.”

do objeto pretendido, sendo, assim, maior a tendência de se utilizar o critério de julgamento baseado na “técnica e preço”.

Ora, a complexidade do regime de contratação integrada é indiscutível, porquanto, o contrato firmado com o particular compreende desde à concepção dos projetos à execução do empreendimento, envolvendo a criação de soluções técnicas e metodológicas que justifiquem sua escolha (NESTER, 2014, p.258).

Esse entendimento é também comungado por Marçal Justen Filho (2013, p.369) para quem o novo regime envolve um modelo de contrato de obrigação de resultado, em que é imputado ao particular o “dever-poder de conceber soluções técnicas apropriadas”, sendo, dessa maneira, “muito compatível com a contratação integrada que a licitação observe a combinação dos critérios de técnica e de preço”.

Desse modo, ao revogar a obrigatoriedade do critério “técnica e preço”, nas palavras de Alécia Paolucci Nogueira Bicalho (2014, p.1.239): “[...] instaurou-se uma incongruência fundamental que atinge negativamente a própria construção dos novos incisos introduzidos ao caput do art. 9º, cujo conteúdo reafirma a técnica como fator determinante do cabimento da contratação integrada”.

Ainda segundo a autora supracitada, ao admitir a possibilidade de outro critério de julgamento nas licitações submetidas ao novo regime, em que os parâmetros a serem verificados não seja necessariamente a prevalência do fator técnico, o julgamento das propostas se esquivava do próprio fundamento que legitima a escolha da contratação integrada, pondo em risco a perspectiva da melhor contratação.

Por outro lado, os autores Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p.288) entendem que mesmo com a retirada da obrigação da “técnica e preço”, a predileção “por esse critério de julgamento pode ser intuída em uma interpretação sistemática da Lei nº 12.462/2011”. Isso porque, ao entregar a elaboração do projeto básico ao particular, a Administração está viabilizando uma disputa em termos de tecnologia/metodologia que melhor concebam o objeto pretendido.

Se o empreendimento for tão simples que as propostas entregues pelos licitantes se tornem similares, sem proveito efetivo para a Administração, não se justifica a maior transferência de riscos (e maiores preços),

uma vez que o próprio órgão estatal poderia assumir o delineamento do objeto. A escolha pelo regime não estaria, desse modo, justificada.

Esse é também o entendimento do Tribunal de Contas disposto no recente acórdão nº1.399/2014, cujo trecho pertinente resta transcrito a seguir, embora seja recomendada a sua integral leitura:

[...] 24. Apesar de afastada a obrigatoriedade de valoração técnica das propostas, devida apenas quando esta for relevante aos fins pretendidos pela Administração (§ 1º do art. 20), a nova redação daquele dispositivo não abriga, a meu ver, a licitação de serviços comuns na modalidade de contratação integrada. Primeiro, porque a necessidade de justificação técnica e econômica para a escolha do regime de contratação integrada (*caput* do art. 9º), parece afastar o uso indiscriminado desse regime, em detrimento de outros previstos na lei (ou em outras leis), reservando-se para situações que assim se justifiquem técnica e economicamente. Há, ainda, que se preencher ao menos uma das condições indicadas nos referidos incisos I a III do art. 9º transcrito retro. Entretanto, já foi demonstrado nos autos que o objeto em questão não traz em si inovação tecnológica ou técnica, nem a possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado [...].

Não obstante as considerações sobre a preferência intuitiva pela “técnica e preço”, mais adiante, os supracitados autores (2014, p.298), concebem a possibilidade da contratação integrada se efetivar pelo critério do menor preço, ao ressaltar a possível existência, numa licitação, de concorrência entre duas tecnologias de qualidade equivalente, em que uma é mais econômica que a outra, ensejando a competição por menores preços e não por uma nota técnica maior.

Por fim, cumpre ainda destacar o disposto no art. 20, §2º, que possibilita, no julgamento que combine técnica e preço, a atribuição de pesos distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, “sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70% (setenta por cento)”.

Nesse ponto, no caso concreto, há que se ter cuidado para não desvirtuar a finalidade do critério de julgamento em comento, atribuindo, por exemplo, 30% ao fator técnico e 70% ao fator preço, sem que haja uma efetiva ponderação do fator técnico⁹⁵. Ademais, é importante que se desenvolvam critérios objetivos que efetivamente pontuem as propostas técnicas e não apenas

⁹⁵ A atribuição dos mencionados fatores de ponderação para valorar as propostas técnicas e de preço foi saudada por Alexandre Wagner Nester (2014, p.259): “[...] Com isso, também fica solucionada outra dúvida corrente no regime geral, acerca dos limites de peso que se poderia atribuir a cada um dos critérios. Evita-se a possibilidade de desconfiguração do critério técnica e preço, o que pressupõe uma média ponderada entre os dois fatores, tendo em vista a relevância de ambos para a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração”.

considerem conteúdo de atestados de qualificação técnica, que, no mais das vezes, carece de densidade efetiva de julgamento técnico (BICALHO, 2014, p.1.239).

Novamente, portanto, resta patente a necessidade do corpo administrativo se qualificar para a correta aplicação do novo regime nas contratações públicas. A fase de planejamento se sobressai, revelando a necessidade de se definir, corretamente, os contornos do objeto, os requisitos mínimos a serem atendidos e o critério de julgamento a ser adotado. A partir de então, necessita ainda, a Administração, contar com pessoal habilitado para avaliar adequadamente as propostas apresentadas, assegurando a escolha daquela que melhor suprirá a finalidade pública.

4.4.4 Questão orçamentária – valor estimado da contratação

Outro aspecto, digno de relevância, também decorre do fato do regime de contratação integrada transferir ao contratado não só a execução do empreendimento, mas, inclusive, sua concepção, através da elaboração dos projetos básico e executivo.

Desse modo, pelo fato da Administração não dispor, previamente, dos aludidos projetos, mas apenas do anteprojeto, praticamente resta inviável a definição pormenorizada do custo real da contratação.

Os §§3º e 4º, art. 8º, da lei do RDC⁹⁶, tratam da matéria no âmbito das contratações de obras e serviços de engenharia determinando, inicialmente, a obtenção do custo global a partir dos custos unitários de insumos ou serviços com base nas tabelas Sinapi e Sicro.

A discussão se estabelece no que dispõe o §4º, uma vez que, não sendo viável a definição dos custos consoante os sistemas supracitados, a estimativa do custo global poderá ser apurada a partir de dados dispostos em tabela

⁹⁶ Lei do RDC, art. 8º, § 3º: “O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários; § 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado”.

de referência oficialmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

Por outro lado, o Decreto nº7.581, em seu art. 75, prescreve que, no caso da contratação integrada, “o orçamento e o preço total para a contratação serão estimados com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em contratações similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica”.

Romiro Ribeiro (2012, p.97) tece duras críticas aos dispositivos em comento. Segundo o autor, a facultatividade da utilização dos sistemas Sipro e Sinapi: “[...] representa um retrocesso, pois perde-se a objetividade da orçamentação, ignora-se a experiência acumulada ao longo dos anos na construção desses sistemas e constitui-se em porta aberta para a variabilidade injustificada no valor dos orçamentos de obras públicas”.

Ademais, o autor alega que orçamentos elaborados de forma sintética, expedita ou parametrizada costumam gerar informações imprecisas quanto aos insumos, serviços e soluções técnicas, trazendo insegurança aos interessados em participar do certame, aumentando a possibilidade de conflito com a Administração.

Por outro lado, Marçal Justen Filho (2013, p.169) reprova o uso dos aludidos sistemas de acompanhamento de custos, uma vez que ambos “capturam de modo rígido uma realidade mutável”. Ademais, é preciso observar que cada obra ou serviço de engenharia apresenta peculiaridades distintas, sendo deveras problemático estabelecer parâmetros que contemplem toda e qualquer situação existente na realidade.

Desse modo, ainda que se utilize os Sipro ou Sinapi, existe o dever da Administração verificar se as informações ali contidas se compatibilizam com a circunstância do caso concreto⁹⁷.

⁹⁷ Nesse sentido o autor (2013, p.171) traz um exemplo esclarecedor, ao supor uma obra de engenharia a ser realizada em região com relevo irregular, acesso difícil, envolvendo ainda potenciais problemas relacionados à temperatura ambiente, umidade e aos insumos. Nesse caso, seria impensável cotar o preço unitário apenas apontando o preço previsto na tabela do Sipro, uma vez que os preços ali definidos podem ter sido praticados em cenário completamente diverso.

De qualquer forma, em que pese a previsão da possibilidade de dispensa dos referenciais supracitados, Sicro e Sinapi, a Corte de Contas vem entendendo pela sua adoção, conforme se depreende do trecho do Acórdão nº 1.510/13, disposto abaixo:

[...] 9.1.5. sempre que o anteprojeto, por seus elementos mínimos, assim o permitir, as estimativas de preço a que se refere o art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei 12.462/2011 devem se basear em orçamento sintético tão detalhado quanto possível, balizado pelo Sinapi e/ou Sicro, devidamente adaptadas às condições peculiares da obra, conforme o caso, devendo a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada baseada em outras obras similares serem realizadas somente nas frações do empreendimento não suficientemente detalhadas pelo anteprojeto, em prestígio ao que assevera o art. 1º, §1º, inciso IV c/c art. 8º, §§ 3º e 4º, todos da Lei 12.462/2011;

9.1.6. quando utilizada metodologia expedita ou paramétrica para abalizar o valor do empreendimento - ou fração dele -, consideradas as disposições do subitem anterior, dentre duas ou mais técnicas estimativas possíveis, utilize a que viabilize a maior precisão orçamentária [...].

Por fim, cumpre destacar que o §6º, do art.8º, dispensa os demais entes federativos, quando não utilizem verba da União, realizar contratações adotando os parâmetros estabelecidos no Sipro ou Sinapi, casos em que o custo global das obras e serviços de engenharia poderão ser obtidos através de outros sistemas de custo confiáveis e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

4.5 A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NA PRÁTICA: UMA ANÁLISE DE DADOS

A Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, a CONOF⁹⁸, realizou, através da Nota Técnica nº21/2015, em julho de 2015, uma avaliação dos riscos, incertezas e principais resultados obtidos com a realização de licitações de obras e serviços de engenharia com fulcro no RDC, notadamente através do regime de contratação integrada.

Para tanto, a Consultoria analisou os documentos de 179 licitações realizadas pela sede, em Brasília, do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), no período de 29.08.2012 a 29.04.2015.

⁹⁸ Consultoria da Câmara dos Deputados responsável por prestar assessoria à Casa Legislativa nas áreas de orçamento, controle e fiscalização financeira, acompanhando planos, programas e projetos de interesse da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, bem como das Comissões Permanentes, Parlamentares de Inquérito e Especiais da Casa.

Dada a atualidade do estudo, bem como a pertinência dos itens avaliados, a apresentação dos principais achados e considerações se mostram sobremaneira relevantes para o fechamento do presente trabalho monográfico.

Inicialmente o documento em comento demonstrou que das 179 (compreendendo 362 lotes) licitações realizadas pela modalidade do RDC, 155 foram para obras e serviços de engenharia⁹⁹ e, desse universo, a maioria, aproximadamente 47%, foi realizada pela contratação integrada (28% pelo regime de empreitada por preço global e 25% por preço unitário¹⁰⁰).

O índice de licitações realizadas sob o regime de contratação integrada e consideradas fracassadas foi supostamente alto¹⁰¹, de 40% (esse índice, tomando por base todas as licitações feitas pelo RDC foi de 37%). Dentre as causas para o insucesso dos certames a referida Nota Técnica (CONOF, 2015, p.8) apresentou os seguintes motivos: licitações desertas; desclassificação ou inabilitação de todos os concorrentes; propostas acima do orçamento de referência; revogadas no interesse da administração e outros motivos.

O estudo prossegue investigando o prazo médio dos procedimentos licitatórios. Desse modo, afirma o relatório (CONOF, 2015, p.10) que o prazo médio dos certames, sob a sistemática da Lei 8.666, girava em torno de 285 dias, “calculado do dia da abertura das propostas até a data da homologação da licitação com a respectiva publicação do resultado no Diário Oficial da União”.

Após a nova sistemática esse número foi reduzido para 77 dias. Destaque-se que no caso da contratação integrada a redução foi para 41 dias, sendo que 51% das licitações se encerraram em até 90 dias.

A partir dessa constatação, o estudo prossegue no sentido de se verificar se a contratação integrada, realizada consoante anteprojeto de engenharia, confere maior agilidade à Administração quando comparada aos demais regimes.

⁹⁹ As 24 licitações restantes foram para contratação de “consultoria, gerenciamento e fiscalização”.

¹⁰⁰ Não há no documento em questão qualquer apontamento sobre o fato do Dnit ter optado pelo regime de empreitada por preço unitário, uma vez que a Lei do RDC, expressamente, determina que se adote, para obras e serviços de engenharia, preferencialmente, a empreitada integral, a global ou a contratação integrada. Para não optar por algum dos aludidos regimes, a Administração necessita justificar sua escolha.

¹⁰¹ Para se chegar à conclusão de que o número é alto, e que decorreu do simples fato do regime de contratação escolhido, necessário se faz investigar o número de licitações fracassadas por motivo. Ora, se quantidade expressiva dos insucessos se deu por desclassificação ou inabilitação dos concorrentes ou por revogação, por exemplo, não há que se atribuir, automaticamente, o fracasso à contratação integrada, como parece supor a Nota Técnica.

Nesse sentido, foi observado que o prazo médio das licitações realizadas para contratar empresas para desenvolver estudos preliminares e elaboração de anteprojetos ou projetos básicos foi em torno de 270 e 334 dias, respectivamente.

No caso das licitações por contratação integrada verificou-se que o edital previa, para a elaboração e aprovação dos projetos básicos, 193 dias, sendo 90 dias para o contratado elaborar e 60 dias para análise e aprovação do Dnit.

Diante desses levantamentos se chegou ao seguinte resultado referente ao prazo médio total (CONAF, 2015, p. 12):

- [...] a) Contratação integrada: 270 dias para licitação do anteprojeto + 41 dias para a licitação da obra + 193 dias para elaboração do projeto básico: 504 dias.
- b) Empreitada por preço unitário: 334 dias para licitação do projeto básico + 117 dias para a licitação da obra: 451 dias
- c) Empreitada por preço global: 334 dias para licitação do projeto básico + 74 dias para a licitação da obra: 408 dias [...]

Desse modo, concluiu a Nota Técnica (CONOF, 2015, p.12) que a agilidade observada durante o procedimento licitatório do novo regime é anulada pela necessidade da contratação dos estudos prévios e do anteprojeto e, posteriormente, pelo prazo concedido ao licitante vencedor para que elabore o projeto básico e à Administração para que o aprove.

Ao atribuir peso tão grande ao quantitativo de dias dispendidos com as licitações realizadas com base na contratação integrada, a CONOF se distancia da real finalidade do regime. Conforme salientado em diversas oportunidades ao longo do presente trabalho monográfico, seu objetivo não é o de conferir celeridade ao procedimento, pura e simplesmente, mas proporcionar à Administração Pública acesso a novas tecnologias e diferentes metodologias de execução.

Importante ressaltar, ainda, que as licitações do universo pesquisado se concentram basicamente em rodovias (CONOF, 2015, p.27). Não se tem conhecimento do nível de complexidade dessas obras e se, de fato, sua relevância técnica demandaria soluções inovadoras e ainda desconhecidas pela Administração.

Antes de qualquer coisa, e a lei é clara em estabelecer esses parâmetros, se faz necessário identificar o nível de complexidade exigido pelo empreendimento, de maneira que justifique transferir ao particular o risco e à Administração o custo, inclusive de arcar com prazos mais longos, conforme se observa da pesquisa realizada.

A Nota do CONOF prossegue buscando investigar o nível de incerteza (2015, p.15) introduzido pela contratação integrada e pretende fazê-lo a partir do levantamento das variações expressivas nas propostas de preços apresentadas pelos licitantes.

A intenção de obter esses dados é demonstrar que diferenças relevantes entre as propostas apresentadas refletiriam diferentes interpretações dadas pelos particulares aos documentos disponibilizados pela Administração para instruir o certame, denotando assim, incerteza com relação ao objeto licitado.

Desse modo, foi observado que a diferença final entre o 3º colocado e o lance vencedor foi de 18,36% (com desvio padrão de 20,59%). Para efeito de comparação a mesma metodologia foi aplicada para se chegar a essa variação no caso de licitação realizada sob o regime de empreitada por preço unitário. O percentual encontrado foi 43,3% menor. Enquanto na contratação integrada foi 18,36%, na referida empreitada o percentual caiu para 12,81%¹⁰².

A partir dessa informação, o relatório discorre sobre o robustecimento do adicional de risco (CONOF, 2015, p18) das propostas sob o novo regime, alegando que as empresas, diferentemente do que fora pretendido pela lei, ao vedar aditivos para corrigir erros e omissões, previamente incutem um sobrepreço em suas propostas.

Ademais, a Nota (CONOF, 2015, p.22) suscita ainda outros fatores¹⁰³ que provocariam riscos e incertezas com repercussão no orçamento. Nesse sentido, licitar e contratar obra sem a licença ambiental de instalação do empreendimento representa não saber efetivamente os custos desse, uma vez que não foram delineadas as medidas mitigadoras ou compensatórias, dependendo de projeto básico para tanto.

¹⁰² Valor ainda considerado alto e, segundo a Nota Técnica (CONOF, 2015, p.26) “indica o baixo nível de confiança dos empresários nos orçamentos de referências de obras públicas elaborados pela Administração, mesmo quando os projetos básicos estão disponíveis”.

¹⁰³ Importa ressaltar que a pesquisa não fez qualquer correlação entre a amostra estudada e esses outros fatores considerados, o que teria sido deveras interessante para indicar o quantum cada um poderia interferir em determinado empreendimento.

Da mesma forma a questão das desapropriações. Apenas com o detalhamento dos projetos básico e executivo que será permitido definir claramente as áreas que serão desapropriadas.

Portanto, o relatório aponta, em termos gerais, que autorizar a Administração a contratar sem o detalhamento fornecido pelo projeto básico, importa em licitações mais inseguras e arriscadas, do ponto de vista do empresariado, ensejando em propostas mais caras e não necessariamente de melhor qualidade, sujeitando, portanto, o erário a contratações com sobrepreço.

Por fim, após concluir que: “[...] são fortes as evidências da necessidade de aprimoramentos da Lei 12.462, de 2011, com vistas a anular os efeitos negativos e não antecipados de algumas inovações instituídas por aquele normativo”, a Nota Técnica (CONOF, 2015, p. 28) apresenta algumas sugestões, dentre as quais destacam-se as seguintes.

Inicialmente, é proposto que sejam revogados os dispositivos que permitem a contratação de obras e serviços de engenharia através da contratação integrada, uma vez que o aludido regime não confere a agilidade esperada, além de não transferir efetivamente os riscos do contrato para o particular.

Além disso, sugere que a licitação só deveria ocorrer após prévia elaboração do projeto básico e orçamento, de modo a se delinear com mais especificidade o objeto da contratação.

Desse modo, supondo a existência prévia de um projeto básico, o autor aponta duas interessantes sugestões. A primeira seria permitir que o ganhador da licitação apresentasse soluções de engenharia por ele entendidas como mais apropriadas e vantajosas que aquela existente no projeto básico que subsidiou a licitação.

A segunda, por sua vez, seria estimular a inovação através da previsão legal de hipótese de ganhos financeiros decorrentes de alterações, nos projetos básicos, gerados por alterações propostas pelo vencedor.

Sugere ainda, a Nota Técnica, que o planejamento de obras seja fortalecido de modo que apenas sejam elas licitadas após a obtenção da licença ambiental de instalação (LI) e com os projetos de desapropriação e demais dados necessários que de alguma maneira interfiram nos orçamentos e cronogramas dos empreendimentos.

Por fim, considera a Nota Técnica (CONOF, 2015, p. 29) como uma “boa medida” que a Administração fortaleça as carreiras dos profissionais ligados ao setor de obras de engenharia, desenvolvendo treinamento nas áreas de engenharia de custos, dadas as divergências dos valores das propostas em relação ao orçamento de referência, de modo a melhorar a qualidade e a precisão dos orçamentos elaborados pela Administração.

Diante de tudo quanto exposto, em que pese as considerações pertinentes, as informações trazidas pelo estudo em questão se mostram importantes no acompanhamento da aplicação do novo regime, de modo que a Administração possa ir refletindo sobre as alterações que se façam necessárias.

Repise-se, por oportuno, que o aludido regime não se presta a qualquer contratação. O gestor não pode almejar através dele tão somente a celeridade no trâmite, mas principalmente, obter soluções que representem inovação tecnológica, novas metodologias ou novas formas de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado, consoante dispõe a Lei do RDC em seu art. 9º, I, II e III.

5 CONCLUSÃO

A Lei do RDC, publicada em 2011, inquestionavelmente, necessita, cada vez mais, ser debatida e compreendida, uma vez que a sua adoção, por todos os entes federativos, vem crescendo a cada dia.

Conforme foi apresentado, o diploma normativo, editado sob relevante influência do Tribunal de Contas da União, insere no âmbito das contratações públicas importantes ferramentas que objetivam promover licitações mais eficientes e seguras. Entretanto, caso sejam mal aplicadas não trarão outro resultado que não o desperdício de tempo e recursos públicos.

Especificamente no que tange à modalidade de contratação integrada, cujo cerne está em concentrar num único contratado as fases de projeto e execução, os danos poderão ser ainda maiores, caso não sejam observados os comandos previstos em lei, conforme exposto ao longo do presente trabalho.

Nesse sentido, a lei é clara em delimitar o referido regime para as licitações públicas cujo objeto envolva inovação tecnológica, diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado. Ou seja, não é permitido entregar a um único prestador a elaboração do projeto e respectiva execução, caso seu objeto não envolva tais condições.

Isso porque, mais uma vez, a contratação integrada invariavelmente terá um custo mais alto para a Administração Pública, que deverá remunerar o particular, inclusive, pelos riscos assumidos no instrumento convocatório. Desse modo, importante ressaltar a relevância da fase de planejamento das contratações a serem realizadas pelo regime em questão, uma vez que o contratado não arcará com os riscos que não estejam dispostos no edital, podendo ensejar os famigerados aditivos que tanto se almeja extirpar.

Desse modo, imperiosa e urgente é a necessidade de se capacitar os servidores públicos para o manejo correto dos instrumentos trazidos pelo RDC, de maneira que possam concretizar os objetivos almejados pela nova norma.

Ademais, inclusive porque essa parece ter sido a intenção do legislador quando elaborou a Lei do RDC, seria bastante produtivo que o setor privado fosse instado a participar da fase de planejamento das licitações públicas,

de modo que pudesse colaborar na construção de soluções compatíveis entre o mercado e as necessidades da Administração.

Portanto, o regime de contratação integrada mostra-se bastante interessante, desde que aplicado corretamente. Nesse sentido, primordial investir na instrução dos administradores e acompanhar de perto os resultados das contratações realizadas sob o aludido regime.

Por fim, mais do que nunca, os órgãos fiscalizadores, especialmente os Tribunais de Contas, devem estar atentos às licitações públicas que estão em curso, de modo a não apenas apontar as irregularidades, mas também contribuir com o aprimoramento da Lei do RDC. Decerto, são essas instituições que conseguem, em última análise, verificar a subsunção do fato à norma, podendo, por conseguinte, detectar a existência de arestas a serem aparadas.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Célio Augusto Silveira de et. al. Miradas Acerca Aplicabilidade do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) no Estado da Bahia. In: MARCATO, Fernando Scharlack (Coord.). **Direito da Infraestrutura e Inclusão Social**. São Paulo: GVLaw, 2013, p.62-74.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014)**. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 33-50.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, instituto Brasileiro de Direito Público, nº11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 13 maio de 2015.

BAHIA. Lei estadual nº **9.433/2005** de 01 de março de 2005. Dispõe sobre licitações e contratos no âmbito estadual. Disponível em: <http://www.pm.ba.gov.br/Legis/lei_licitacoes_9433.pdf> Acesso em 01 maio 2015

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Recentes alterações e perspectivas do RDC nas obras e serviços de engenharia. **Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, v. 27, n. 12, p. 1227-1241, dez. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 194, p. 97-106, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. Decreto nº **4.536/1922** de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4536.htm> Acesso em 28 abr 2015

_____. Decreto nº **200/1967** de 24 de agosto de 1998. Dispõe sobre diretrizes para a Reforma Administrativa. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm> Acesso em 28 abr 2015

_____. Decreto nº **2.300/1986** de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos. Revogado pela Lei nº 8.666/93. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm> Acesso em 28 abr 2015

_____. Decreto nº **2.754/1998** de 24 de agosto de 1998. Dispõe sobre o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado PETROBRAS. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm> Acesso em 28 abr 2015.

_____. Decreto nº **3.555/2000** de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm> Acesso em 28 abr 2015

_____. Decreto nº **7.581/2011** de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm> Acesso em 28 mar 2015

_____. Lei nº **8.031/1990** de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização. Revogada pela Lei nº 9.491/1997. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8031.htm> Acesso em 30 abr 2015

_____. Lei nº **8.666/1993**, de 20 de junho de 1993. Dispõe sobre licitações e contratos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Lei nº **8.987/1995** de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Lei nº **11.079/2004** de 30 de dezembro de 2004. Dispõe sobre o parceria público-privada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm> Acesso em: 01 maio 2015.

_____. Lei nº **11.578/2007** de 26 de novembro de 2007. Dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, e sobre a forma de operacionalização do Programa de Subsídio à Habitação

de Interesse Social – PSH nos exercícios de 2007 e 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11578.htm> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Lei nº **10.520/2010** de 17 de julho de 2002. Dispõe sobre o pregão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Lei nº **12.462/2011** de 04 de agosto de 2011. Dispõe sobre o RDC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em 28 abr 2015.

_____. Lei nº **12.722/2012** de 03 de outubro de 2012. Altera as Leis nos 10.836, de 9 de janeiro de 2004, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 11.977, de 7 de julho de 2009; dispõe sobre o apoio financeiro da União aos Municípios e ao Distrito Federal para ampliação da oferta da educação infantil; e dá outras providências. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1033064/lei-12722-12>> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Lei nº **12.745/2012** de 19 de dezembro de 2012. Altera as Leis nos 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - CEITEC, 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, e 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1033630/lei-12745-12>> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Lei nº **12.833/2013** de 20 de junho de 2013. Altera as Leis nos 12.409, de 25 de maio de 2011, 12.793, de 2 de abril de 2013, que dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento do Centro-Oeste - FDCO, constitui fonte adicional de recursos para ampliação de limites operacionais da Caixa Econômica Federal, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 12.663, de 5 de junho de 2012, 11.314, de 3 de julho de 2006, 12.487, de 15 de setembro de 2011, e 11.941, de 27 de maio de 2009; altera os prazos constantes da Lei no 12.249, de 11 de junho de 2010; e altera a Medida Provisória no 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, e o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1035306/lei-12833-13>> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Lei nº **12.815/2013** de 05 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Lei nº **12.873/2013** de 24 de outubro de 2013. Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações

Públicas - RDC, instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm> Acesso em 11 maio 2015.

_____. Lei nº **12.980/2014** de 28 de maio de 2014. Altera a Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC e dá outras providências. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/121263097/lei-12980-14>> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Lei nº **13.190/2015** de 19 de novembro de 2015. Altera a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13190.htm> Acesso em 23 nov 2015.

_____. Lei Complementar nº **95/1998** de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm> Acesso em: 01 maio

_____. Lei Complementar nº **101/2000** de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm> Acesso em: 01 maio 2015.

_____. Medida Provisória nº **489/2010** de 12 de maio de 2010. Autoriza a União a integrar, na forma de consórcio público de regime especial, a Autoridade Pública Olímpica - APO, e dá outras providências. Sem eficácia, prazo de vigência encerrado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/489.htm> Acesso em 01 maio 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1947/2007** – Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 19/09/2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C20070920%5CTC-013-389-2006-0.doc>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1984/2008** – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 10/09/2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080912/001-275-2008-2.doc>>. Acesso em: 16 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3011/2011** – Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 16/11/2011. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20111118/AC_3011_50_11_P.doc>. Acesso em: 16 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2246/2012** – Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 22/08/2012. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20120827/AC_2246_33_12_P.doc>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3011/2012** – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 8/11/2012. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20120604/AC_3011_17_12_1.doc>. Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 5373/2012** – Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 24/07/2012. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20120727/AC_5373_25_12_2.doc>. Acesso em: 14 mai 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 305/2013** – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 27/02/2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130624/AC_1510_22_13_P.doc>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1465/2013** – Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 12/06/2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130613/AC_1465_21_13_P.doc>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1510/2013** – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 19/06/2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130301/AC_0305_06_13_P.doc>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2470/2013** – Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 11/09/2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130916/AC_2470_35_13_P.doc>. Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1540/2014** – Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 11/06/2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140618/AC_1540_21_14_P.doc>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2399/2014** – Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 10/09/2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20140911/AC_2399_35_14_P.doc>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3605/2014** – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Sessão de 09/12/2014. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20141216/AC_3605_42_14_P.doc>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº261**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2826665>>. Acesso em: 14 out. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer apresentado em Plenário pelo Relator designado para manifestar-se pela Comissão incumbida da apreciação da matéria. Medida Provisória N°527, de 2011 (Mensagem N°75, de 2011). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3758BC88EE88BF116E354E50A1FDC8DE.proposicoesWeb2?codteor=890021&filename=Tramitacao-MPV+527/2011> Acesso em 23 out 2015.

CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014)**. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 81-112.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**: 27. ed. rev., ampl. e atual. Até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CONOF. **Nota Técnica nº21/2015**. Avaliação dos riscos e incertezas do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Contratação integrada. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em 02 nov 2015.

EIZIRIK, Nelson. Concessão de Serviço Público – Tendências Legislativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 196, p. 43-48, 1994.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38544>>. Acesso em: 07 set. 2015.

HEINEN, Juliano. Critérios de seleção da melhor proposta no Regime Diferenciado de Contratações. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 245, jul. 2014, p. 679-692.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fundamentos e Conceituação das PPP. *In*: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13-29.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**: 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime de contratação integrada. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n.242, 2014, p.367-382.

JUSTEN FILHO, Marçal. Cadastramento. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**

(RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014). 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014b. p. 295-316.

_____, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005a.

_____, Marçal. **Comentários ao RDC (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11).** São Paulo: Dialética, 2013.

_____, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014a.

_____, Marçal. **Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico).** 4. ed. rev., e atual. de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nº 3.555/00 e São Paulo: Editora Dialética, 2005b.

JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas. *In:* JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014).** 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 295-316.

KLEIN, Aline Lícia. Alteração dos contratos no RDC. *In:* JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014).** 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 433-452.

NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *In:* JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014).** 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 249-264.

PEIXOTO, Geovane De Mori. A utilização de mecanismos do RDC como evolução do sistema licitatório pátrio. *In:* DIDIER Jr., Fredie et. al. (coord.). **Teses da Faculdade Baiana de Direito.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, p. 93-110, 2013, v.5.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O Regime Diferenciado de Contratação estabelecido pela Lei 12.462: as principais inovações. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini.** Curitiba, nº54, agosto de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE54/IE54-Cesar.pdf>> Acesso em: 03 set 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PINTO, Marcos Barbosa. A Função Econômica das PPP's. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº2, mai-jun-jul, 2005. Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/02>>. Acesso em: 07 set. 2015.

RESIDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014)**. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 161-179.

REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462**, de 2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>> Acesso em: 03 set 2011.

RIBEIRO, Romiro. A lenta evolução da gestão de obras públicas no Brasil. In: **Cadernos Aslegis**, n. 44, p. 111-137, set./dez. 2011. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2012/ALentaEvoluodaGestodeObrasPblicasnoBrasil.pdf>>. Acesso em: 15 out 2015.

ROMERO, William. O sistema recursal previsto pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014)**. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 317-329.

ROSILHO, André. Desafios na licitação da contratação integrada. **Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba: Zênite, n. 243, p. 427-432, maio 2014.

_____, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALVADOR. Decreto Municipal nº **24.868/2014** de 27 de março de 2014. Regulamenta a utilização do regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº12.462, de 04 de agosto de 2011, no âmbito da Administração Municipal. Disponível em:
<<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2014/2487/24868/decreto-n-24868-2014-regulamenta-a-utilizacao-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-rdc-de-que-trata-a-lei-n-12462-de-4-de-agosto-de-2011-no-ambito-da-administracao-municipal>> Acesso em 01 maio 2015

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581 (atualizados pela Lei nº 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014)**. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 181-203.

VITA, Pedro Henrique Braz de. Cabimento e requisitos para utilização da contratação integrada no âmbito do RDC. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 238, p. 1239-1244, dez. 2013.