



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD
Programa de Mestrado em Direito

ANDRÉ VILANOVA DA SILVA

**CONTRATAÇÃO INTEGRADA: UMA AVALIAÇÃO DE SUA EFETIVIDADE POR
MEIO DA ANÁLISE DOGMÁTICA, JURISPRUDENCIAL E EMPÍRICA**

Brasília-DF
2017

ANDRÉ VILANOVA DA SILVA

**CONTRATAÇÃO INTEGRADA: UMA AVALIAÇÃO DE SUA
EFETIVIDADE POR MEIO DA ANÁLISE DOGMÁTICA,
JURISPRUDENCIAL E EMPÍRICA**

Dissertação apresentada como requisito para
conclusão do curso de Mestrado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Doutor Paulo Roberto de
Almeida.

Brasília-DF
2017

SILVA, André Vilanova.

Contratação Integrada: Uma avaliação de sua efetividade por meio da análise dogmática, jurisprudencial e empírica.

André Vilanova – SILVA, 2017.

169 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento, 2017.

Orientador: Professor Doutor Paulo Roberto de Almeida. 1. Direito Administrativo. 2. Contratações Públicas. 3. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. 4. Contratação Integrada.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: André Vilanova da Silva

Título: Contratação Integrada: Uma avaliação de sua efetividade por meio da análise dogmática, jurisprudencial e empírica.

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Aprovado em: __/__/____.

Banca Examinadora

Professor Dr. Paulo Roberto de Almeida.

Examinador Interno

Examinador Externo

AGRADECIMENTOS

A Deus, porque sem ele nada é possível;

à minha esposa Ana Lize, pelo apoio e incentivo manifestados durante a consecução
do trabalho,

à meu filho José Luís, por ser uma criança maravilhosa, capaz de encher meu
coração de orgulho e alegria,

à minha filha Maria Eduarda, pela pureza e alegria diuturnamente manifestadas,

aos meus pais, pelo carinho e exemplo de vida,

ao meu irmão, por sempre me apoiar,

ao Professor Dr. Paulo Roberto Almeida, sem o qual não conseguiria atingir esse
objetivo.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar se a adoção do regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, denominado regime de contratação integrada, foi efetiva para administração pública. Ou seja, buscou-se aferir se os objetivos da lei foram atingidos e se o foram de forma eficiente. Para tanto, promoveu-se o exame da legislação aplicável à matéria, da doutrina relacionada à contratos administrativos, bem como foram avaliados julgamentos promovidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Dados empíricos apresentados por órgãos de controle e por entidades independentes também contribuíram para o desenvolvimento da análise proposta neste trabalho. Nesse sentido, convém ressaltar que essas fontes de informação propiciaram uma noção bastante ampla do regime de contratação integrada, sendo apresentados, no curso do trabalho, aspectos controvertidos, inovações, embates doutrinários. Identificou-se, também, que são imprecisas as comparações realizadas entre o regime de contratação integrada e o instituto denominado *design build*, difundido no exterior. Além disso, os dados empíricos avaliados apresentaram conclusões bastante relevantes, as quais sinalizam que, em alguns pontos, as avaliações pretéritas do regime, as quais enaltecem aspectos relativos à economicidade e à celeridade das contratações, precisam ser revistas. Concluiu-se que a adoção do regime não pode, em todas as situações, ser considerada efetiva para a administração pública.

ABSTRACT

The present work has the objective of evaluating whether the adoption of the system of indirect execution of engineering works and services, called integrated contracting regime, was effective for public administration. That is, it was sought to assess whether the objectives of the law were achieved and whether they were efficient. In order to do so, it was promoted the examination of the legislation applicable to the matter, of the doctrine related to administrative contracts, as well as evaluating judgments promoted by the Court of Audit of the Union (TCU). Empirical data presented by control bodies and independent entities also contributed to the development of the analysis proposed in this work. In this sense, it should be noted that these sources of information provided a rather broad notion of the integrated contracting regime, and in the course of the work, controversial aspects, innovations and doctrinal clashes were presented. It was also identified that the comparisons made between the integrated contracting regime and the institute called design build, diffused abroad, were inaccurate. In addition, the empirical data evaluated presented very relevant conclusions, which indicate that in some points, the previous assessments of the regime, which highlight aspects related to the economy and the speed of hiring, need to be reviewed. It was concluded that the adoption of the regime can not, in all situations, be considered effective for public administration.

SUMÁRIO

Introdução:	2
II. NOÇÕES GERAIS SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	7
II.1 Da instituição e da evolução do regime diferenciado de contratação no Brasil.	7
II.2 Das características do RDC.	18
II.3 Dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratação.	50
III - DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA	70
III.1 - Dos princípios aplicáveis à contratação integrada	70
III.1.1 Do princípio da legalidade	72
III.1.2 Do princípio da impessoalidade	74
III.1.3 Do princípio da moralidade	75
III.1.4 Do princípio da igualdade	75
III.1.5 Do princípio da publicidade	77
III.1.6 Do princípio da eficiência	79
III.1.7 Do princípio da probidade administrativa	80
III.1.7 Do princípio da economicidade	81
III.1.8 Do princípio do desenvolvimento nacional sustentável	82
III.1.9 Do princípio da vinculação ao instrumento convocatório	83
III.1.10. Princípio do Julgamento objetivo	83
III.2 – Características da contratação integrada	84
III.2.1. Do anteprojeto de engenharia	98
III.2.2. Compartilhamento de risco	106
III.3 Da semelhança da contratação integrada com regimes de execução contratual estrangeiros	111
III.3.1. Do <i>design build</i>	116
III.3.2. Do modelo EPC	122
IV - VANTAJOSIDADE DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA SEGUNDO ESTUDOS EMPÍRICOS E DOUTRINÁRIOS	126
IV.1 Da avaliação empírica empreendida pelo Tribunal de Contas da União	128
IV.2 Da avaliação empírica promovida pelo Controle Interno	138
IV.3 Da avaliação empírica empreendida pelo Sindicato da Arquitetura e da Engenharia (Sinaenco)	144
IV.4 Da avaliação empírica realizada pela Associação Nacional das Empresas de Obras Rodoviárias (Aneor)	145
IV.5. Uma análise baseada nas avaliações empíricas	146
IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS:	154
REFERÊNCIAS:	157

Introdução:

Desde a edição da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, observa-se no Brasil uma grande profusão de manifestações tendentes a enaltecê-lo, enumerando suas vantagens e buscando, ao cabo, afirmá-lo como alternativa viável à Lei de Licitações e Contratos.

Com efeito, a norma, em alguns aspectos, contemplou soluções procedimentais cuja eficácia já foi comprovada por regramentos anteriores, chegando a ser comparada, nesses pontos, à Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão.

Não obstante, a Lei nº 12.462/2011 também inovou, positivou institutos até então pouco utilizados no Brasil, a exemplo do regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia denominado regime de contratação integrada que, dentre suas premissas, prevê a contratação de obras e serviços de engenharia mediante a apresentação de simples anteprojeto de engenharia, orçamentos sigilosos, dentre outros.

O referido regime de contratação integrada, segundo os legisladores e doutrinadores que o defendem, é capaz de tornar as contratações mais céleres, econômicas. Possui a aptidão de desburocratizar a etapa de formulação de projetos e de transferir os riscos para o contratado. Outras vantagens nominadas são a concentração de responsabilidades em apenas uma empresa – *single point responsibility* – e o cumprimento dos prazos inicialmente pactuados nos contratos.

Todavia, algumas dessas características, a exemplo da adoção do anteprojeto de engenharia, supostamente capaz de desburocratizar a etapa de formulação de projetos, não foram apenas ovacionadas pelos estudiosos.

Ao contrário, alguns doutrinadores as criticaram com veemência, destacando os problemas advindos da celebração de contratos com bases em meros anteprojetos de engenharia. Há, inclusive, ações judiciais que objetivam que tais aspectos sejam declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A existência de opiniões antagônicas, por si só, é instigante e motiva a realização de estudos mais detidos sobre o tema. Ademais, a posterior edição de diversas normas que incorporaram os institutos do regime de contratação integrada e, também, ampliaram o alcance da Lei 12.462/2011, reforçam a necessidade do presente trabalho.

Nesse cenário, considerando ainda a existência de dados empíricos capazes de complementar as opiniões doutrinárias antes referenciadas, mostrou-se oportuno e conveniente o presente estudo, por meio do qual se buscará aferir a efetividade da contratação integrada, quando considerados, em conjunto, aspectos dogmáticos e jurisprudenciais, bem como as avaliações empíricas já realizadas.

Para o atingimento desse objetivo, o exame da doutrina mostrou-se imperioso, pois a contratação integrada é relativamente nova, ainda possui poucos casos de aplicação. O cotejo das análises de diversos estudiosos contribui para a formação de uma opinião consistente sobre o instituto.

Especificamente quanto a esse ponto, vislumbrou-se a necessidade de serem apresentados conceitos relacionados ao tema, princípios aplicáveis às contratações públicas, bem como foi realizado breve exame de institutos internacionais, comumente utilizados para respaldar opiniões de que a contratação integrada é vantajosa para a administração pública.

Na mesma linha, o exame da jurisprudência aplicável é relevantíssimo e permite que o leitor possua elementos para contrapor as opiniões doutrinárias às interpretações conferidas pelos órgãos que possuem competência institucional para avaliar contratações realizadas por intermédio do regime em comento.

Nesse ponto, oportuno ressaltar que alguns órgãos, tais como o Tribunal de Contas da União (TCU), possuem a incumbência de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos¹; bem como realizar inspeções, auditorias de natureza contábil, financeira, operacional e patrimonial². Assim, no cumprimento desse desiderato, bem como em virtude de competências atribuídas por outras normas, a exemplo da Lei nº 8.666/1993³, fiscalizam diversas obras públicas, julgam a aplicação de recursos e fixam entendimentos relacionados a licitações e contratos administrativos.

¹ Conforme inciso II, do art. 71 da Constituição Federal.

² Conforme inciso IV do art. 71 da Constituição Federal.

³ A norma geral de licitações e contratos, por intermédio do art. 113, determina que o controle das despesas e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos

Por seu turno, o exame dos dados empíricos visa confirmar se as percepções iniciais da doutrina, bem como se as avaliações dos órgãos de controle, se concretizaram, ou mesmo se foram refutadas.

Convém anotar, no tocante à utilização de dados empíricos, que a ideia inicial, concernente à solicitação direta dos processos de contratação aos órgãos federais, mostrou-se pouco viável.

Com efeito, mesmo com o advento da Lei de Acesso à Informação⁴, constatou-se que alguns órgãos impõem dificuldades para fornecer essas informações até mesmo para órgãos de controle externo. Nessa senda, faz-se referência ao relato de equipe de fiscalização do TCU que, no âmbito do processo nº TC 033.102/2015-5, registrou suas dificuldades para conseguir junto ao DNIT informações relativas às contratações realizadas por aquele órgão. Veja-se:

56. De início, vale registrar o retardamento na entrega dos dados pelo DNIT. O primeiro ofício de requisição desta auditoria foi enviado ao DNIT em 15/12/2015, com prazo para resposta até 28/1/2016 (peça 20, p.1). Nesse mesmo dia, foi realizada reunião no DNIT com vistas a explicar os objetivos desse trabalho.

[...]

59. Os dados definitivos que possibilitaram a análise contida nesta auditoria foram encaminhados ao TCU somente em 11/5/2016 (peça 24, p. 3), portanto, cinco meses após a requisição inicial. Esse fato constituiu em fator limitante quanto à celeridade do processo. (grifos acrescidos).

Essa postura dos órgãos que realizam contratações por intermédio do regime de contratação integrada, somada à grande descentralização dos procedimentos administrativos, os quais são conduzidos nos mais diversos entes da federação, impôs barreiras ao cotejo dos processos de contratação relacionados ao tema.

Foram utilizados, então, dados já tabulados pelos órgãos de controle e por entes externos à administração.

Dito isso, convém anotar que o objetivo precípuo do presente trabalho foi identificar se as contratações desenvolvidas por intermédio do regime de contratação integrada revelaram-se, mesmo quando sopesadas as vantagens e desvantagens identificadas, os

⁴ BRASIL. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei 8.112, de 11 de

princípios aplicáveis às contratações públicas e as práticas internacionais, efetivas para a Administração Pública. Ou seja, buscou-se avaliar se os objetivos da norma foram atingidos com eficiência.

Em face desse problema, foram formuladas duas hipóteses de pesquisa.

A primeira referia-se ao cenário no qual os benefícios decorrentes pela opção do regime de contratação integrada não se sobrepunham às desvantagens identificadas, propiciando, assim, uma contratação pouco efetiva, a qual, em tese, deveria ser desenvolvida por intermédio de outro modelo de execução contratual.

A segunda hipótese de pesquisa referia-se à constatação de que as normas internacionais utilizadas como paradigma para o regime de contratação integrada não teriam sido adequadamente particularizadas, adaptadas ao sistema jurídico brasileiro, e, desse modo, não propiciariam a obtenção dos mesmos resultados observados no exterior.

Buscando atingir o objetivo proposto, utilizou-se, como tipo de pesquisa, o modelo instrumental, o qual visa a produção de um conhecimento teórico, mas também a resolução de um problema que perfaz o cotidiano dos órgãos da Administração Pública Federal.

Assim, além dos estudos empíricos já mencionados, promoveu-se a pesquisa da legislação aplicável ao tema, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, ocasião na qual foram identificados julgados daquela Corte que enfrentaram problemas em contratos conduzidos sob o regime de contratação integrada.

Os resultados dos estudos estão estruturados em três tópicos principais. O primeiro, destinado a apresentar às noções gerais do RDC, contempla a instituição e a evolução do instituto; características relevantes do RDC; e apresenta ao leitor quais são as diferenças entre os regimes de execução indireta de obras e serviços previstos na Lei 12.462/2011.

O segundo tópico aborda, de modo mais detido, aspectos concernentes à contratação integrada, apresentando quais princípios aplicáveis e quais são suas principais características; Ademais, discorre sobre a suposta identidade existente entre o regime de contratação integrada e institutos internacionais.

O terceiro tópico destina-se à avaliação da contratação integrada segundo os prefalados estudos empíricos.

Dito isso, espera-se, ao fim, que as informações constantes desse trabalho sejam úteis para gestores públicos e motivem a reflexão do leitor, auxiliando-o na formação de uma opinião mais fundamentada acerca do regime de contratação integrada.

II. NOÇÕES GERAIS SOBRE O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

O objeto da presente pesquisa demanda a obtenção incremental de conhecimentos, motivo pelo qual se faz necessária a contextualização da matéria, apresentando aspectos relacionados à instituição do regime diferenciado de contratações públicas no Brasil, às vantagens que, à época de sua implementação, eram suscitadas.

Ademais, para a avaliação da efetividade de uma modalidade de execução é imprescindível do conhecimento das demais, pois tal apenas com um referencial é possível avaliar se um regime é mais eficiente do que outro.

É necessário, também, o estudo dos sistemas estrangeiros que comumente são comparados ao regime de contratação integrada, de modo a avaliar se tais comparações são adequadas, isto é, se são objeto de comparação sistemas semelhantes.

Passa-se, então, ao estudo da instituição e da evolução do regime diferenciado de contratação no Brasil.

II.1 - Da instituição e da evolução do regime diferenciado de contratação no Brasil.

No texto da Medida Provisória nº 527 (MP), de 2011, que possuía como objetivos específicos promover a alteração da Lei nº 10.683⁵, de 28 de maio de 2003; criar a Secretaria de Aviação Civil; alterar a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); criar cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão; dispor sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporário e criar cargos de Controlador de Tráfego Aéreo, foram inseridas alterações destinadas à criação do Regime Diferenciado de Contratações.

⁵ Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios.

A inclusão desse texto, muito criticada em virtude da ausência de pertinência temática⁶ com o tema, foi justificada pelo relator daquela medida provisória, o sr. Deputado⁷ José Guimaraes, da seguinte maneira:

Como se afirmou anteriormente, a análise de mérito da MP deve prosseguir pela abordagem de tema que não consta de seu teor original ou das emendas que lhe foram oferecidas, mas que possui acentuada relação com os propósitos fundamentais do instrumento. Tece-se referência ao regime diferenciado de licitações públicas, que o grupo hoje investido da responsabilidade de administrar o País vem tentando ver aprovado desde a gestão anterior à atual, isto é, ainda sob a administração do ex-Presidente[...] (grifou-se)

Aprovada a citada medida provisória com a inclusão de normativos relativos ao RDC em ambas as casas legislativas e promulgada a Lei de Conversão nº 12.462, de 4 de agosto de 2011⁸, foi formalmente instituído o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) destinado a ser aplicável, inicialmente e de modo exclusivo, às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA) e da Copa do Mundo Fifa 2014 e às 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 referidos mundiais.

Nestes termos, o artigo 1º da referido normativo assim dispunha, *in verbis*:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

⁶ Sobre a inclusão em leis de conversão de matérias estranhas à MP, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em 15 de outubro de 2015, que o Congresso Nacional não pode incluir, em medidas provisórias editadas pelo Executivo, emendas parlamentares que não tenham pertinência temática com a norma, o chamado “contrabando Legislativo”. A decisão decorreu do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127.

⁷ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892096&filename=PPP+1+MPV52711+%3D%3E+MPV+527/2011. Acesso em: 13 de maio de 2017.

⁸ BRASIL. Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998.

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.

Conforme se infere dos tipos de obras inicialmente autorizadas pelo RDC, seu objetivo era possibilitar que os equipamentos necessários à realização desses grandes eventos estivessem tempestivamente concluídos, eis que os trâmites previstos na Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), somados à notória deficiência de o Estado planejar, orçar, contratar, conduziriam ao atraso nos empreendimentos e incrementariam sobremaneira o risco de serem realizadas contratações emergenciais.

Nesse sentido, pontuam diversos doutrinadores, a exemplo de Lucas Rocha Furtado, *in verbis*:

O propósito da referida norma foi conferir celeridade às contratações públicas destinadas aos referidos eventos esportivos. A lei expressamente menciona os objetivos que devem informar o RDC: estímulo à eficiência e competitividade nas contratações públicas, incentivo à inovação tecnológica, busca da melhor relação entre custo e benefício para o setor público, sem se descuidar, obviamente, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.⁹

De igual modo, cita-se Daniel Tobias Athias, *in verbis*:

[...] quando da sua introdução no ordenamento jurídico, a utilização do RDC se limitava a obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas, ou seja, uma lei com tempo e objeto definidos. Não obstante, com o passar do tempo as hipóteses de sua utilização foram sendo paulatinamente ampliadas, até

⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 479.

chegarmos a este momento: a tentativa de instituir o RDC como nova lei geral. Ou seja, o transitório se perpetuou para se tornar duradouro.¹⁰

Normativamente, o RDC possuía os seguintes objetivos:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

[...]

§ 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.

Deve ser ressaltado que antes de sua edição buscou-se, sem êxito, alternativas para os problemas existentes nas contratações de grandes obras no Brasil. Ainda em 2010 foi editada a Medida Provisória nº 489/2010, a qual perdeu validade em face de não ter sido apreciada em seu tempo devido. Na sequência foram editadas as Medidas Provisórias nº 503/2010 e 521/2010, profundamente alteradas no parlamento e, ao cabo, integralmente rejeitadas.

Objetivando-se que o desfecho da MP nº 527/2010 fosse diverso daquelas já rejeitadas, adotou-se o discurso de que esse novo regime de contratação era mais avançado, célere, inspirado, segundo disposto no sítio do Ministério do Planejamento¹¹, "nas regras de contratação da União Européia, dos EUA e nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, como também pela legislação que disciplina no Brasil as contratações por meio do Pregão".

Essa ideia, somada à premente necessidade de as grandes obras iniciarem, motivou a conversão desta última medida provisória em lei.

¹⁰ ATHIAS, Daniel Tobias. *Institutional bypass: o exemplo do Regime Diferenciado de Contratação (RDC)*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013.

¹¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Tire suas dúvidas sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Brasília, DF, 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/noticias/ultimasnoticias/2011/07/6583>>. Acesso em: 5 de junho de 2016.

No concernente ao conteúdo dessa nova norma, não se pode olvidar que alguns pontos foram, de forma unânime, considerados como avanços, *verbi gratia* a possibilidade de: a) a habilitação dos interessados se dar posteriormente às fases de apresentação de propostas e de julgamento¹²; b) haver negociação de condições mais vantajosas para a administração¹³; e c) diminuição das possibilidades de recursos.

Existiram, contudo, diversos aspectos questionados nesse novo regime de contratação, os quais ainda são objeto de ressalvas apostas pela doutrina e jurisprudência pátria. Houve, também, indagações severas sobre a validade da norma, consubstanciadas em ações declaratórias de inconstitucionalidade¹⁴ que suscitam problemas tanto de natureza formal quanto de natureza material na Lei nº 12.462/2011.

Como exemplos dos tópicos materialmente questionados, são dignos de nota a modalidade de execução denominada contratação integrada¹⁵ e a existência de orçamentos sigilosos¹⁶.

A despeito dos questionamentos apresentados à norma, suscitou-se que as contratações desenvolvidas por meio desse novo regime diferenciado de contratações eram, por vezes, mais céleres, mais econômicas, motivando a expansão de sua abrangência pelo Poder Executivo.

Assim, com o objetivo de fomentar políticas públicas, estendeu-se sua aplicação às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)¹⁷ e às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁸.

¹² Conforme o disposto no § único do art. 12 da Lei 12.462/2011.

¹³ Conforme o disposto no art. 26 da Lei 12.462/2011.

¹⁴ Ações diretas de inconstitucionalidade nº 4.645 e nº 4.655, que tratam de vícios formais e materiais a respeito de diversos aspectos da lei que instituiu o RDC, inclusive o sigilo dos orçamentos e a possibilidade de contratação integrada.

¹⁵ Conforme o disposto no art. 9º da Lei 12.462/2011.

¹⁶ Conforme o disposto no art. 6º da Lei 12.462/2011.

¹⁷ BRASIL. Lei 12.688, de 18 de julho de 2012. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D); institui o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (Proies); altera as Leis nos 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.128, de 28 de junho de 2005, 11.651, de 7 de abril de 2008, 12.024, de 27 de agosto de 2009, 12.101, de 27 de novembro de 2009, 12.429, de 20 de junho de 2011, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011; e dá outras providências.

¹⁸ BRASIL. Lei 12.745, 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,

Ato contínuo, por intermédio da Medida Provisória nº 360/2013, posteriormente convertida na Lei nº 13.190/2015¹⁹, ampliou-se novamente o escopo do RDC, passando ele a ser aplicável a obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento sócio educativo; a ações no âmbito da segurança pública; as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e, por fim, a contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração.

Sem embargo, deve se notar que ao tempo da expansão do RDC às obras nos estabelecimentos penais, representantes do Governo Federal buscaram, sem êxito, expandi-lo a todas as obras públicas.

Nessa linha, a relatora do projeto no âmbito do Senado Federal asseverou que os méritos da Lei nº 12.462/2011 eram visíveis, motivo pelo qual o RDC não deveria se limitar “a algumas hipóteses de contratação de obras e serviços de engenharia”²⁰.

Tal ampliação, como dito, foi combatida no âmbito do Congresso Nacional e por entidades representativas de profissionais, tais como o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAUBR), que lograram obstaculizar a utilização desmedida do RDC. Segundo o CAUBR, a restrição à generalização do RDC a todas as obras públicas poderia ser interpretado como uma vitória da arquitetura²¹.

Muito embora os legisladores, à época, tivessem manifestado entendimento de que o RDC não deveria ser ampliado a todas as obras públicas, na sequência editou-se a Lei nº 13.243/2016, a qual versa sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação, que alterou a Lei nº 12.462/2011, ao

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, e dá outras providências.

¹⁹ BRASIL. Lei 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nos 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e 12.305, de 2 de agosto de 2010; e dá outras providências.

²⁰ Conforme relatório apresentado pela Senadora Gleisi Hoffmann, relatora da medida provisória 360/2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3960382&disposition=inline>>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

²¹ Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/?p=23929>>. Acesso em: 5 de junho de 2017.

acrescer à alínea X ao artigo 1º, prevendo que o RDC também seria aplicável às licitações e contratos necessários à realização das ações em órgãos e identidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

É clara, portanto, a tendência ampliativa do regime.

Nesse sentido, convém destacar a existência de leis esparsas que fomentam a utilização do RDC, a exemplo da Lei nº 12.873/2013²², que possibilita à Companhia Nacional de Abastecimento dele se utilizar. Veja-se:

Art. 1º Fica a Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB autorizada 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.

²² BRASIL. Lei 12.873, 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; altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 10 de maio de 1942 - Consolidação das Leis do Trabalho, as Leis nos 11.491, de 20 de junho de 2007, e 12.512, de 14 de outubro de 2011; dispõe sobre os contratos de financiamento do Fundo de Terras e da Reforma Agrária, de que trata a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998; autoriza a inclusão de despesas acessórias relativas à aquisição de imóvel rural nos financiamentos de que trata a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998; institui o Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água - Programa Cisternas; altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 12.546, de 14 de setembro de 2011; autoriza a União a conceder subvenção econômica, referente à safra 2011/2012, para produtores independentes de cana-de-açúcar que desenvolvem suas atividades no Estado do Rio de Janeiro; altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; institui o Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde - PROSUS; dispõe sobre a utilização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios dos registros de preços realizados pelo Ministério da Saúde; autoriza a União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a conceder o uso de bens públicos imobiliários dominicais, mediante emissão de Certificado de Direito de Uso de Bem Público Imobiliário - CEDUPI; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941; dispõe sobre as dívidas originárias de perdas constatadas nas armazenagens de produtos vinculados à Política de Garantia de Preços Mínimos - PGPM e Estoques Reguladores do Governo Federal, depositados em armazéns de terceiros, anteriores a 31 de dezembro de 2011; altera a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002; autoriza o Poder Executivo a declarar estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária, quando for constatada situação epidemiológica que indique risco iminente de introdução de doença exótica ou praga quarentenária ausente no País, ou haja risco de surto ou epidemia de doença ou praga já existente; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; dispõe sobre o repasse pelas entidades privadas filantrópicas e entidades sem fins lucrativos às suas mantenedoras de recursos financeiros recebidos dos entes públicos; altera a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, as Leis nos 10.848, de 15 de março de 2004, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 12.087, de 11 de novembro de 2009, e 10.260, de 12 de julho de 2001; e dá outras providências.

Na mesma linha, a Lei nº 12.815/2013, que, dentre seus objetivos, dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, também prevê a utilização do RDC para a realização de obras de dragagem por resultado. Observe-se:

Art. 54. A dragagem por resultado compreende a contratação de obras de engenharia destinadas ao aprofundamento, alargamento ou expansão de áreas portuárias e de hidrovias, inclusive canais de navegação, bacias de evolução e de fundeio e berços de atracação, bem como os serviços de sinalização, balizamento, monitoramento ambiental e outros com o objetivo de manter as condições de profundidade e segurança estabelecidas no projeto implantado.

§ 1º As obras ou serviços de dragagem por resultado poderão contemplar mais de um porto, num mesmo contrato, quando essa medida for mais vantajosa para a administração pública.

§ 2º Na contratação de dragagem por resultado, é obrigatória a prestação de garantia pelo contratado.

§ 3º A duração dos contratos de que trata este artigo será de até 10 (dez) anos, improrrogável.

§ 4º As contratações das obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II poderão ser feitas por meio de licitações internacionais e utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. (Grifou-se)

Essa norma, ademais, prevê a aplicação subsidiária da Lei nº 12.462/2011 às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária²³.

Por fim, convém destacar a instituição do Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas Subsidiárias, no âmbito da União, dos estados e do Distrito Federal e dos Municípios, que, embora não faça remissões diretas à Lei nº 12.462, de 2011, incorpora muitos de seus conceitos, procedimentos, e, novamente, prevê a utilização do regime de contratação objeto do presente trabalho.

Nessa linha, são dignas de nota as seguintes ponderações de Henrique Savonitti Miranda²⁴, *in verbis*:

²³ Conforme o art. 66 da Lei nº 12.815/2013.

²⁴ Revista Digital de Direito Administrativo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP. Universidade de São Paulo – USP. Seção: Artigos Científicos. *Revista Digital De Direito Administrativo*, vol. 4, n. 1, p. 59-91, 2017. RDDA, vol. 4, n. 1, 2017.

É importante acrescentar, ainda, que o atual “Estatuto jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias”, promulgado com a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, também passou a prever a possibilidade de utilização da contratação integrada nos contratos a serem celebrados pelas empresas estatais brasileiras, suas subsidiárias e controladas.

De igual modo registrou Benjamin Zymler²⁵, em conclusão de artigo destinado a apresentar considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei nº 13.303/2016), que a Lei das Estatais, em grande parte, reproduz regras do RDC. Veja-se:

A Lei das Estatais consagra a autonomia das empresas públicas e das sociedades de economia mista, criando um regime que propicia maior autonomia às estatais.

Além disso, reproduz grande parte das regras do RDC e cria institutos novos que deverão ser testados pela prática administrativa.

Nesse contexto, deve haver, por parte dos governos e das estatais, um esforço no sentido de buscar, em maior grau possível, a utilização da lei em questão. (grifos acrescentados)

Com efeito, o cotejo dessa novel norma evidencia que diversos de seus dispositivos se assemelham ao RDC, tais como a inversão de fases, o orçamento sigiloso. Dá-se, destaque, para exemplificar, ao artigo 43, inciso VI, daquela norma, relativo aos regimes de execução indireta de obras. Veja-se:

Art. 43. Os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário, nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários;

II - empreitada por preço global, quando for possível definir previamente no projeto básico, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual;

III - contratação por tarefa, em contratações de profissionais autônomos ou de pequenas empresas para realização de serviços técnicos comuns e de curta duração;

IV - empreitada integral, nos casos em que o contratante necessite receber o empreendimento, normalmente de alta complexidade, em condição de operação imediata;

²⁵ ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 15-26, mar./abr. 2017.

V - contratação semi-integrada, quando for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias;

VI - contratação integrada, quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.

O exame de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional também evidencia a tendência ampliativa do RDC.

Destes, convém destacar o PLS nº 559/2013²⁶, conhecido como Agenda Brasil 2015, por meio do qual se elaborou minuta de norma destinada a modernizar a atual legislação de licitações e contratos administrativos e, desse modo, revogar integralmente o Estatuto das Licitações²⁷ e a Lei do Pregão²⁸, bem como revogar parcialmente a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC.

Tal projeto, originado e aprovado no Senado Federal, foi remetido para avaliação da Câmara dos Deputados, onde recebeu o número PL nº 6.814/2017²⁹. Incorpora diversos institutos previstos nos normativos anteriormente citados e mantém a previsão de obras e serviços de engenharia serem contratados por intermédio da contratação integrada, consoante se infere do seu artigo 41, *in verbis*:

Art. 41. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I – empreitada por preço unitário;

II – empreitada por preço global;

III – empreitada integral;

IV – contratação por tarefa;

²⁶ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115926>>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

²⁷ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

²⁸ BRASIL. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

²⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em: 13 de maio de 2017.

V – contratação integrada;

VI – contratação semi-integrada;

VII – fornecimento e prestação de serviço associado.

Dito isso, evidencia-se que, inobstante as críticas efetuadas à lei que instituiu o RDC, optou o governo federal, com amparo do poder legislativo, na priorização de institutos constantes desse regime. A norma que inicialmente possuía vigência limitada à execução de obras destinadas a grandes eventos, passou a ter, ao menos normativamente, a natureza perene de um regramento licitatório³⁰.

Tal constatação se coaduna com a ponderação de Egon Bockmann Moereira e Fernando Vernalha Guimaraes, a seguir transcrita:

Embora sua aplicação esteja restrita a estes eventos, já é possível antever que o RDC pretende-se mais do que um regime excepcional e transitório. As diversas inovações que trouxe para as licitações e contratações da Administração parecem condensar propostas para o próximo marco regulatório da contratação pública no País. Afinal, como já advertido por autoridades envolvidas na sua confecção, o RDC não foi produzido às pressas apenas para atender às necessidades transitórias da Copa e das Olimpíadas, mas foi concebido para se tornar o novo regime geral para as contratações administrativas, fruto da evolução histórica de diversas proposições para o aperfeiçoamento do atual regime geral. Não seria excessivo, por isso, afirmar que o RDC será testado e, desde que sucedido, muito provavelmente se tornará o próximo regime jurídico para as licitações e contratos administrativos no Brasil.³¹

Evidencia-se, assim, a tendência ampliativa da utilização do RDC e da contratação integrada, justificando-se, ainda, estudos concernentes à sua efetividade.

³⁰ 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 40.

³¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80264>>. Acesso em: 13 maio 2017.

II.2. Das características do RDC

Conforme será destacado no curso deste trabalho, ao ser instituído o Regime Diferenciado de Contratações foram promovidos diversos estudos que o enalteceram. Outros, contudo, criticaram aspectos formais e materiais da norma.

Em virtude dessas opiniões antagônicas, é oportuno, ao menos de modo sintético, apresentar ao leitor características desse regime para, na sequência, estudar-se a contratação integrada, objeto desse trabalho.

Nesse sentido, registra-se que a opção pelo RDC não é obrigatória, isto é, consiste em faculdade do gestor. Contudo, caso a administração opte por ele, deverá fazer um registro expresso no instrumento convocatório³² e, de um modo geral, afastar a aplicação das normas contidas na Lei nº 8.666/1993. A sobredita norma somente será aplicável naquilo que a Lei nº 12.462/2011 expressamente fizer menção.

Quanto a este ponto, é digna de nota a lição de Benjamin Zymler³³ que, ao discorrer sobre a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 às licitações conduzidas pelo RDC, pondera que, inobstante a previsão normativa, “na eventual constatação de lacuna jurídica quando da aplicação do Regime Diferenciado, não se pode descartar a aplicação da Lei nº 8.666/1993 de forma analógica” em virtude do que dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro³⁴.

Na mesma linha, Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti apregoam que a utilização do RDC é exclusiva para os objetos que enuncia, mas não obrigatória. Veja-se:

De acordo com o art. 1º do RDC, a utilização desse regime jurídico é exclusiva para os objetos que enuncia, mas não obrigatória. Compete ao agente público competente eleger a solução que melhor se ajuste ao interesse público e sua potencial eficácia frente ao objeto de que necessita, podendo optar, no caso concreto, tanto pela normatização diferenciada prevista na Lei nº 12.462/11, como pela moldura jurídica da Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666/93.

A definição pelo regime diferenciado ou pelo regime ordinário deve ocorrer quando do planejamento da licitação. O regime diferenciado exige expressa

³² Conforme §2º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011.

³³ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.17.

³⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

indicação no instrumento convocatório, que se traduz na observância do princípio da transparência e, por conseguinte, no controle que se exercerá sobre o respectivo procedimento.

Nulos serão o procedimento e o contrato dele decorrente se, no instrumento convocatório, ficou estabelecido que o regime jurídico da contratação seria o da Lei nº 12.462/11, mas o seu processamento observaria as normas da Lei nº 8.666/93, salvo se se ressalvasse que a aplicação desta dar-se-ia de forma subsidiária, em matéria não disciplinada no RDC. Em outras palavras: a opção pelo RDC exclui o regime da Lei Geral, salvo em caráter subsidiário e em matérias alheias à disciplina expressa no RDC.

É discricionária a decisão que elege o regime jurídico previsto na Lei nº 12.462/11 ou o regime da Lei nº 8.666/93 para a contratação de obras, serviços ou compras pertinentes aos eventos esportivos mencionados no art. 1º daquela. Mas não está dispensada do dever jurídico da motivação, ou seja, qualquer que seja o regime jurídico adotado, exigir-se-á do agente público a explicitação dos pressupostos de fato e de direito que a embasaram, segundo critérios técnicos, econômicos, de eficácia de resultados e de eficiência na relação custo-benefício.

Podem existir vantagens para a Administração Pública na adoção do RDC não propriamente relacionadas à economicidade da contratação. Ilustra-se com as advindas de benefícios diretos ou indiretos de natureza social ou ambiental, preconizadas no art. 4º, III, da Lei nº 12.462/11, desde que devidamente justificadas.

É de se notar que o RDC possui como objetivos, consoante se observa no §1º do art. 1º da norma, (a) a ampliação da eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; (b) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; (c) incentivar a inovação tecnológica; e (d) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Tais objetivos, consoante leciona Marçal Justen Filho, não se prestam a determinar as finalidades das licitações em geral. Evidenciam, apenas, o fim buscado com o RDC. Veja-se:

O §1º não se relaciona a isso [fins buscados pela licitação] e disciplina questão diversa. Trata-se de indicar o objetivo do RDC, envolvendo inovações em face da disciplina geral contida nas leis anteriores.

[...]

As peculiaridades do RDC não residem, portanto, nas finalidades mediatas ou imediatas que norteiam as normas da Lei nº 12.462. A distinção reside na concepção-meio consagrada para atingir tais resultados. O RDC é uma solução técnico-jurídica diferenciada para promover fins buscados em todo e qualquer procedimento de contratação administrativa. Extrai-se da disciplina

legislativa que o Estado reputada que as soluções previstas nos diplomas até então vigentes eram inadequados para atingir esses resultados imediatos. Em outras palavras, a inovação contemplada no RDC reflete a intenção de obter resultados específicos e diferenciados, que não eram satisfatoriamente realizados na aplicação dos regimes licitatórios anteriores.³⁵

Benjamin Zymler e Laureano Dios, ao se manifestarem sobre os objetivos da norma, destacam que, apesar de inter-relacionados, evidenciam três grupos de finalidades maiores do regime³⁶.

Destacam, então, que o objetivo relacionado à ampliação da eficiência nas contratações públicas evidencia que a norma em estudo busca aprimorar o disposto na Lei nº 8.666, de 1993, “pois a acepção do verbo ‘ampliar’ pressupõe algo anterior a ser objeto da ação verbal. Assim, quando se coloca como objetivo do novo regime a ampliação da eficiência nas contratações e da competitividade entre os licitantes, verifica-se a nítida intenção de aprimorar os procedimentos de contratação até então existentes”.³⁷

Continuando, anotam que o segundo grupo de objetivos é constituído pelo inciso II da norma e trata das finalidades precípuas do procedimento licitatório, concernentes à busca da proposta mais vantajosa para a Administração e à concessão de tratamento isonômico aos licitantes. Ressaltam, como novidade da Lei do RDC, a “explicitação da busca da proposta mais vantajosa deve considerar a melhor relação entre custos e benefícios do objeto contratado”.

Passando ao terceiro grupo identificado, suscitam que a norma destaca o papel de a Administração atuar como “como indutor do desenvolvimento econômico e social, no sentido de desenvolver e disseminar experiências e tecnologias, tanto no seio da própria Administração quanto no setor privado”.

Marçal Justen Filho, após externar o entendimento de que as disposições contidas no §1º do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011 refletem os anseios do legislador e, sob esse prisma, seriam normativamente irrelevantes, pondera que, mesmo assim, se prestam a orientar a

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11 / Marçal Justen Filho.)*, São Paulo: Dialética, 2013. p. 38-39.

³⁶ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 37.

³⁷ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *op. cit.*, p.37.

atuação dos gestores públicos quando envolvidos em licitações e contratos subordinados ao RDC. Note-se o que registrou o autor, *in verbis*:

Não é pertinente interpretar o dispositivo como uma manifestação de intenção do legislador. Como é evidente, a ‘mens legislatoris’ não prevalece sobre a ‘mens legis’. OU seja, as finalidades e motivação dos sujeitos que produziram o RDC não adquirem dimensão normativa. AS normas do RDC apresentam autonomia em face da vontade psicológica dos indivíduos que produziram os atos necessário ao aperfeiçoamento do processo legislativo.

Portanto, é inquestionável que a edição do RDC resultou de uma manifestação de insatisfação relativamente aos modelos licitatórios vigentes. Existia a intenção de adotar uma disciplina mais expedita e dinâmica. Mas daí não se segue, no entanto, que a vontade do legislador apresente qualquer natureza normativa.

Os dispositivos previstos no §1º do art. 1º refletem o ânimo do legislador – e, sob esse prisma, são normativamente irrelevantes. Mais precisamente, é irrelevante a concepção subjetiva dos agentes políticos sobre as virtudes e finalidades do RDC. Porém, isso não significa que o §1º do art. 1º seja destituído de eficácia normativa.

Significa dizer que, no desenvolvimento da atividade administrativa pertinente a licitações e contratos subordinados ao RDC, a autoridade deverá orientar a sua atuação concreta à realização dos objetivos ali referidos.

Muito mais do que um critério de interpretação das normas previstas na Lei, as disposições do §1º fornecem os objetivos a serem buscados pela autoridade administrativa.³⁸

E arremata ao suscitar que existe um dever de a autoridade administrativa assegurar que a licitação conduzida sob o RDC realize os referidos objetivos, sob pena de a licitação ser invalidada³⁹.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Jaques Fernando Reolon⁴⁰, também ao se manifestarem sobre os objetivos da norma, anotam que a ampliação da eficiência nas contratações e a garantia de tratamento isonômico são comuns do regime licitatório ordinário.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11 / Marçal Justen Filho*. – São Paulo: Dialética, 2013. p. 39.

³⁹ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁰ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=74995>>. Acesso em: 22 maio 2017.

Todavia, no tocante à troca de experiência e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios, destacam a inovação do RDC classificando-a como positiva. Ressaltam:

Inúmeras vezes o gestor público possui necessidades e problemas e não sabe sequer como iniciar o processo especificando o objeto que poderia trazer a solução. Outras tantas vezes o gestor não tem conhecimento do avanço tecnológico do mercado.

A ideia de colocar como objetivo essa “troca de experiências e tecnologias” não é nova no ordenamento jurídico. A Lei nº 12.349/2010 já havia permitido que a Administração Pública, por meio de edital de ampla divulgação, informasse à sociedade a existência de problemas que careciam de soluções tecnológicas e obtivesse várias possibilidades. Foi mais longe: admitiu que se o futuro contratado estivesse com a solução em andamento, numa “incubadora” de empresa, a mesma fosse admitida por contratação sem licitação.

Como não foi previsto o procedimento da “troca de experiências e tecnologias”, sua aplicação depende de uma coordenação deste objetivo com os princípios gerais do Direito e específicos da licitação.⁴¹

No tocante ao objetivo concernente à promoção da inovação tecnológica, ponderam Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Jaques Fernando Reolon que tal objetivo deve ser fazer presente na especificação do objeto pretendido pela administração pública, ou seja, todas as licitações conduzidas sob a égide do RDC devem buscar o avanço tecnológico.

Sobre esse tema, Jessé Torres Pereira Júnior entende que o RDC, “ao estabelecer como um de seus objetivos o incentivo à inovação tecnológica, introduz no cenário das licitações e contratações realizadas sob o seu regime, um mecanismo de implementação dessa política pública constitucional”⁴².

Tal política é, segundo infere-se, consentânea com os recentes avanços observados em obras e serviços de engenharia. Visa, portanto, incorporá-la aos empreendimentos e serviços conduzidos pela administração pública.

⁴¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=74995>>. Acesso em: 22 maio 2017.

⁴² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTE, Marinês Restelatto. *Delimitação do uso do RDC e sua relação com o regime ordinário da Lei Geral de Licitações*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 127, jul. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=80163>>. Acesso em: 23 maio 2017.

Passando aos princípios aplicáveis às licitações conduzidas pelo RDC, previstos, de forma não exaustiva, no art. 3º da norma, Benjamin Zymler anota que são aplicáveis ao Regime Diferenciado de Contratação princípios que também devem ser observados em outras modalidades licitatórias⁴³.

Com efeito, na linha do que registra o autor, é de fácil percepção que os princípios enumerados na norma se alinham aqueles previstos tanto no art. 3º da Lei Geral de Licitações e Contratos e quanto na Constituição da República.

Nesse sentido, importa ressaltar que o art. 3º da Lei nº 12.462/2011 prevê, de modo expresso, que as licitações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

A art. 3º da Lei nº 8.666/1993, por seu turno, assegura que deverão ser observadas nas licitações e contratos o “princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. Tal licitação deverá ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ao serem avaliados ambos normativos, identifica-se, de pronto, que a Lei Geral de Licitações e Contratos não faz referências expressas ao princípio da economicidade, mas o contempla, de modo indireto, em diversas passagens, *verbi gratia* quando apregoa que as compras deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade⁴⁴;

De igual modo, embora o princípio da eficiência não esteja expresso na Lei nº 8.666/1993, ele advém do art. 37 da Constituição da República, a seguir reproduzido:

⁴³ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.38.

⁴⁴ Conforme inciso IV, do art. 15 da Lei 8.666/1993.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Conforme antecipado, a Lei nº 12.462/2011 não exaure os princípios que devem ser observados nos procedimentos conduzidos pelo RDC.

Nessa linha, Sidney Bittencourt destaca diversos outros princípios que devem ser observados nas contratações realizadas com base no RDC. Veja-se:

A Lei nº 12.462/2011 elenca os princípios anteriormente especificados. Entrementes, outros tantos princípios deverão ser utilizados nos certames que adotem o RDC, haja vista que são inerentes às condutas dos agentes públicos ao lidar com o dinheiro público. Consideramos que três são fundamentais: competitividade, procedimento formal, adjudicação compulsória, padronização, finalidade, motivação e razoabilidade⁴⁵.

Ao finalizar os aspectos gerais do RDC, a Lei nº 12.462/2011 apresenta diretrizes que deverão ser observadas nas licitações e contratos conduzidos sob o regime em comento. São elas:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

⁴⁵ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011: Lei do RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.52.

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

VII - ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.173, de 2015)

Conforme se depreende do dispositivo alhures transcrito, o primeiro aspecto a ser destacado é que a norma dá grande ênfase à padronização, tanto relativa ao objeto pactuado quanto em relação aos procedimentos que serão adotados.

Quanto ao tema, Sidney Bittencourt pondera que essas diretrizes, decorrentes do princípio da padronização, objetivam “evitar aquisições de bens ou contratações de obras ou serviços com diferenças nos componentes, na qualidade, na produtividade e na durabilidade, com implicações diretas e imediatas no estoque, na manutenção, na assistência técnica, no controle e na atividade administrativa”⁴⁶.

Arremata ao mencionar que o “legislador considerou o princípio de tamanha importância nas situações de RDC que fez constar dispositivo surpreendente — jamais registrado em outros diplomas sobre o tema, nem mesmo naqueles mais avançados como o referente ao pregão (Lei nº 10.520/2002)”⁴⁷, prevendo que, no caso de licitações destinadas à aquisição de bens, possa ser indicada marca ou modelo⁴⁸.

Digna de nota, também, a diretriz relativa às condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamentos, compatíveis com as do setor privado, que inova ao incluir os seguros e a previsão de remuneração variável, conforme o desempenho do contratado.

⁴⁶ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011: Lei do RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.53.

⁴⁷ BITTENCOURT, Sidney. *op. cit.*, p.53.

⁴⁸ Conforme art. 7º da Lei 12.462/2011.

Esse tópico guarda semelhança com o inciso III, do art. 15 da Lei nº 8.666/1993, que prevê, de um modo genérico, que as “compras, sempre que possível, deverão [...] submeter-se às convicções de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado”.

Mayara Ruski Augusto Sá, contudo, é precisa ao identificar que essa diretriz é, em parte, inovadora. Veja-se:

[...] a Lei nº 12.462 traz uma inovação bastante peculiar referente ao pagamento dos contratos, que poderão receber remuneração variável de acordo com o seu desempenho, na forma do art. 10. Ou seja, a remuneração dos contratados estará vinculada ao seu desempenho, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e cumprimento de prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.⁴⁹

Ainda sobre esse ponto, o Tribunal de Contas da União possui o seguinte entendimento, *in verbis*:

O objetivo inscrito no art. 4º, inciso IV, da Lei nº 12.462/2011 — tido como uma das diretrizes do RDC — não é, outro, que não acautelar eventual prejuízo. Esse dispositivo, contudo, foi inserido em um contexto muito mais específico, relacionado à forma de entrega e pagamento do objeto (condições de aquisição, seguros e pagamento). Essas condições hão de obedecer às práticas correntes do mercado, como requisito para a obtenção da melhor proposta (sob o risco de não tê-la). Para explicar a situação, trago o assunto recorrente da viabilidade de se antecipar pagamentos. Via de regra, tal possibilidade se faz vedada. Para certos segmentos do mercado, contudo, tais antecipações são comuns. A própria Administração, se não se render as essas regras próprias de determinados segmentos do mercado, não conseguirá obter o produto almejado.⁵⁰

A diretriz relacionada à previsão do parcelamento do objeto, com vistas a fomentar ampla participação de licitantes, desde que não haja perda de economia de escala, também é merecedora de breves considerações.

⁴⁹ SÁ, Mayara Ruski Augusto. *As diretrizes para as licitações e contratos realizados em conformidade com o RDC*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cezar A. Guimaraes (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte. Fórum, 2012. p.47.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão nº 2.745/2013 – Plenário. Acórdão data: 9/10/2013.

Tal dispositivo, embora já previsto no Estatuto das Licitações, conforme se verifica nos artigos 15, IV, e 23, §1º, daquela norma, sempre gerou preocupações inerentes à economicidade da contratação.

Com efeito, em diversas oportunidades foram verificadas pelos órgãos de controle situações nas quais o parcelamento era desejável, com vistas a ampliar a competitividade, e outras nas quais, indevidamente operado, prejudicou a economicidade da contratação.

Como exemplo dessas manifestações dos órgãos de controle, convém destacar as ponderações exaradas no voto condutor do Acórdão 2.593/2013-Plenário⁵¹, por meio do qual o Tribunal de Contas da União avaliou vultosa contratação realizada pela VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A (Valec) sem que o objeto tivesse sido parcelado. Observe-se o raciocínio desenvolvido pelo Ministro-Relator, *in verbis*:

Sobre o parcelamento, a Lei nº 8.666/93, com aplicação subsidiária à Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), estabelece que ele deverá ocorrer sempre que possível, tendo por finalidade aproveitar as peculiaridades do mercado, sem perder de vista a economicidade (art. 15, inciso IV), bem como "o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, sem perda da economia de escala" (art. 23, § 1º). No mesmo sentido, a súmula TCU 247.

Embora a lei corretamente preserve e respeite a autonomia do administrador, no estabelecer as regras para as licitações, bem como o parcelamento do objeto, quando devidamente fundamentado, no caso concreto, para compra de tamanho montante, de centenas de milhões de reais, a discricionariedade da Valec era zero, nula, nenhuma, e a adoção do parcelamento era absolutamente imperiosa e impositiva ao gestor para a legalidade de toda a ação administrativa.

Em síntese, a ausência do parcelamento, neste caso concreto, com a indicativa presença da única e vencedora licitante, privilegiada no contexto geral, gerou a nulidade de todo o procedimento, constituindo vício insanável, porquanto - como na prática se verificou - deu azo à participação de um único pretendente, exclusivamente aquele capaz de suprir a exagerada demanda, concentrada em uma única compra, pretendente que já era ou poderia ser muito de antemão conhecido, o que implicou a violação de vários princípios constitucionais, relativos à legalidade e à moralidade administrativa.

Tais ponderações, acolhidas pelo colegiado daquela Corte de Contas, ensejaram a publicação do seguinte enunciado na Jurisprudência Seleccionada do TCU:

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Relator Walton Alencar Rodrigues. Acórdão 2.593/2013-Plenário. Acórdão data 25/09/2013.

O parcelamento do objeto escapa à discricionariedade administrativa sob circunstâncias em que se faça impositivo. Sua não adoção, nessa situação, configura patente ilegalidade. O parcelamento, além de disposição legal, é regra ética, de bom-senso e de boa administração, de modo a se promover o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, sem perda da economia de escala.⁵² (grifou-se)

Diga-se, inclusive, que a remansosa jurisprudência do TCU motivou a edição do enunciado nº 247 das Sumulas de Jurisprudência daquele Tribunal, a seguir transcrito:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (grifos acrescentados).

Mayara Ruski Augusto Sá⁵³ destaca, ainda quanto ao tema, que o objetivo imediato a ser perseguido com o parcelamento não é a ampliação do número de licitantes. Deve haver, segundo anota, a necessária e concomitantemente repercussão na economicidade da contratação e aproveitamento da economia de escala.

No mesmo sentido, Alexandre Wagner Nester e Andreia Cristina Bagatin apontam:

Superada a questão técnica, a possibilidade e a medida do fracionamento do objeto licitado dependem da viabilidade econômica. Ou seja, o fracionamento deve ser balizado pelas vantagens econômicas que proporciona para a Administração Pública. Deverá ser implementado somente se a divisão propiciar a redução das despesas administrativas e a obtenção de uma contratação mais vantajosa para a Administração.⁵⁴

Benjamin Zymler e Laureano Dios destacam o desafio imposto aos gestores públicos, que devem estimar em que medida o objeto licitado pode ser parcelado sem perda da

⁵²

Disponível

em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/parcelamento%2520do%2520objeto/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/17>>. Acesso em: 23/5/2017.

⁵³ SÁ, Mayara Ruski Augusto. *As diretrizes para as licitações e contratos realizados em conformidade com o RDC*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cezar A. Guimaraes (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte. Fórum, 2012. p.58.

⁵⁴ NESTER, Alexandre Wagner; BAGATIN, Andreia Cristina. *Os limites para a divisão do objeto licitado*. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, v. 11, n. 128, p. 923, out. 2004.

economia de escala. Ressaltam, amparando-se em aresto⁵⁵ do Tribunal de Contas da União, o seguinte:

Por vezes, a resposta não é fácil e vem do próprio conhecimento empírico dos administradores. De qualquer modo “a opção pela não divisão do objeto licitado, por se tratar de exceção, deve ser precedida de estudo técnico que comprove a inviabilidade técnica e econômica da divisão do objeto em parcelas.”⁵⁶

Por fim, conforme pontuam Benjamin Zymler e Laureano Dios⁵⁷, deve ser anotado que, sendo o RDC uma modalidade de licitação única, a ele não se aplica problemática caracterizada pela fuga à regular modalidade licitatória que potencialmente ocorre quando se busca fazer uso do parcelamento e não se preserva a modalidade pertinente à totalidade do objeto.

Ou seja, a escolha pelo parcelamento deve ser adequadamente motivada, devendo o gestor, quando de sua avaliação, ponderar não apenas aspectos relativos à economicidade, mas outros relativos ao conjunto, ao complexo de obras, visto que o parcelamento pode gerar dificuldades na gestão de diversos contratos concomitantes e, ao cabo, prejudicar a qualidade do objeto pretendido.

Intrinsicamente ligada à mencionada diretriz do parcelamento é a contratação simultânea, versada no art. 11 da Lei nº 12.462/2011, por meio da qual se prevê que a administração poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não acarrete perda de economia de escala. Veja-se:

Art. 11. A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Acórdão 3.155/2011-Plenário. Relator Ministro José Jorge Vasconcelos. Acórdão data 30/11/2011.

⁵⁶ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 48

⁵⁷ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *op. cit.*, p. 48

II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput deste artigo, a administração pública deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada uma das contratadas.

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica aos serviços de engenharia.

O Decreto nº 7.581/2011⁵⁸, por intermédio dos artigos 71 e 72, assim discorre sobre a matéria:

Art. 71. A administração pública poderá, mediante justificativa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; e

II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

Parágrafo único. A contratação simultânea não se aplica às obras ou serviços de engenharia.

Art. 72. A administração pública deverá manter o controle individualizado dos serviços prestados por contratado.

Parágrafo único. O instrumento convocatório deverá disciplinar os parâmetros objetivos para a alocação das atividades a serem executadas por contratado.

Inobstante o instituto possuir conexões com o parcelamento do objeto, Fernão Justen de Oliveira apresenta, da seguinte maneira, as diferenças existentes entre a contratação simultânea de múltiplos prestadores para execução de objeto único e o parcelamento de objeto:

Embora na situação de objeto parcelado também existam vários prestadores, nesse caso também há plúrimas etapas (fases, trechos, lotes) do mesmo objeto. Diferentemente, na contratação simultânea para serviços o objeto mantém-se indiviso, unificado para ser prestado integralmente por diversos contratados. O exemplo de objeto de contratação simultânea já tornado clássico (por divulgação do Ministro do TCU Benjamin Zymler) consiste na telefonia de longa distância, permitindo a utilização do mesmo serviço pela

⁵⁸ BRASIL. Decreto 7.581, 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.

tarifa mais vantajosa em determinadas datas e horários. A identificação se encaixa na categoria de serviços disponíveis de antemão, de oferta padronizada e prontos para fruição em larga escala. Assim ocorre com serviços públicos como a telefonia, mas também com outros que não se caracterizam como serviço público *stricto sensu*, mas podem sujeitar-se aos parâmetros do art. 11 da Lei nº 12.462, como a prestação do serviço de emergência médica.⁵⁹

Importante notar que a Lei nº 12.462/2011 não franqueia à administração, nos termos do § único do art. 71, promover a contratação simultânea para a execução de obras e serviços de engenharia. Tal proibição, segundo entende Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer, decorreria da predileção da norma pela execução conjunta ou unitária desse tipo serviço: Veja-se:

A adoção desse regime [contratação integrada] é preferencial para serviços e obras de engenharia (art. 8º, §1º), ao lado dos regimes de empreitada integral e por preço global. O ponto de identidade entre esses três regimes reside em que eles devem ser em regra reservados a prestações contratuais não fracionáveis, isto é, a objetos que devem ser executados de forma conjunta ou unitária. Utilizam-se esses regimes quando, por razões técnicas ou econômicas, afasta-se a viabilidade de licitar parcelas desses serviços ou obras de engenharia como unidades autônomas. É o que se extrai da leitura conjugada dos arts. 8º, §1º, e 11, §2º, da Lei nº 12.462: enquanto o primeiro dispositivo prevê que as obras e serviços de engenharia devem ser contratados preferencialmente mediante a adoção dos regimes acima mencionados, o segundo esclarece que tais prestações não podem ser objeto de contratação simultânea de mais de uma empresa para o objeto contratado. Ou seja: devem ser desenvolvidas de forma unitária.⁶⁰

Tecidas algumas considerações sobre as diretrizes aplicáveis à contratos conduzidos com base no RDC, convém destacar outras características relevantes deste regime.

Assim, passando-se ao procedimento que norteia a licitação de que trata a Lei nº 12.462/2011, convém ressaltar que norma prevê sete fases distintas, a saber:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

I - preparatória;

⁵⁹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Contratação simultânea para serviços do PAC e dos megaeventos esportivos*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 67, set. 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

⁶⁰ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 55, set. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

II - publicação do instrumento convocatório;

III - apresentação de propostas ou lances;

IV - julgamento;

V - habilitação;

VI - recurso; e

VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

Marçal Justen Filho⁶¹ vislumbra, no âmbito do RDC, “o fortalecimento da natureza procedimental da fase interna”, de modo que a licitação será inválida “quando a autoridade deixar de observar o procedimento destinado a assegurar a obtenção da melhor solução possível”.

Com efeito, a fase preparatória da licitação, regulamentada a partir do art. 4º do Decreto nº 7.581/2011, apresenta inúmeras providências, definições, que devem ser observadas pelo gestor público para promover uma licitação amparada na Lei nº 12.462/2011.

As providências constantes no referido normativo são, consoante comentários de Henrique Guerreiro de Carvalho⁶², meramente exemplificativas, podendo a administração produzir outros atos que entender necessários.

Além disso, é importante ressaltar que as etapas do procedimento licitatório desenvolvido em conformidade com o RDC são diversas da sistemática constante no art. 43 da Lei de Licitações e Contratos, a qual prevê que o exame das propostas apresentadas pelos licitantes fique condicionado ao preenchimento das exigências atinentes à qualificação.

Mônica Bandeira de Mello Lefevre⁶³, explicitando o procedimento constante da Lei nº 8.666/1993, pondera:

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 21.

⁶² MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *A fase interna e o instrumento convocatório 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 64.

O procedimento licitatório tradicional, consagrado pela Lei nº 8.666, segue uma sistemática em que o exame das propostas apresentadas pelos licitantes interessados fica condicionado ao preenchimento das exigências atinentes à habilitação. O conteúdo das propostas propriamente dito somente será analisado caso se verifique que o particular detém todas as condições do direito de licitar.

[...]

De acordo com a sistemática concebida pela Lei nº 8.666, a Administração Pública apenas procederá ao exame das propostas apresentadas pelos licitantes após a verificação de sua habilitação. A fase de habilitação, consistente na apuração da idoneidade e capacitação dos sujeitos interessados em contatar com o ente estatal, antecede o efetivo julgamento das propostas.

De outro lado, Sidney Bittencourt, ao discorrer sobre os procedimentos prescritos pela Lei nº 12.462/2011, os enaltece ao pontuar:

Assim, nas competições com o uso do RDC, de regra, a fase de julgamento antecederá a fase de habilitação, o que, como já comentamos em obras sobre o pregão, acarreta enorme agilidade à licitação, uma vez que a Administração, após o julgamento, analisará tão somente os documentos de habilitação do licitante vencedor.⁶⁴

Com efeito, a doutrina é uníssona ao elogiar o procedimento adotado pela Lei nº 12.462/2011, o qual restringe a análise documental àquele melhor classificado na etapa competitiva do certame. Nesse sentido, é digna de nota a observação lançada por Ivan Barbosa Rigoloin, *in verbis*:

Todos sabem que a fase “emperrada” da licitação, muito burocrática e trabalhosa, e que com frequência trava o andamento do certame, amiúde por muitos meses ou até anos, é a habilitação. Julgar as propostas, ante as dificuldades operacionais extrínsecas da habilitação, costuma constituir brincadeira de criança, que se resolve, no dizer correntio, em dois tapas. Assim, o que aquela abençoada inversão de fases poupa de tempo tanto para o poder público quanto para os licitantes é algo simplesmente extraordinário,

⁶³ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *O procedimento licitatório e a fase de habilitação 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 232.

⁶⁴ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011: Lei do RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 155.

monumental, a ponto de facilmente o ente licitador poder resolver todo o certame, adjudicar o seu objeto ao vencedor e contratá-lo no mesmo dia da abertura.⁶⁵

Benjamin Zymler e Laureano Dios, por exemplo, atribuem ao procedimento adotado na Lei nº 12.462/2011 a diminuição de litigiosidade da fase externa da licitação, aspecto esse que fomenta a celeridade das contratações. Veja-se:

Com esse procedimento, afastam-se inúmeras controvérsias acerca da regularidade ou não da habilitação dos demais licitantes que não o melhor classificado. Essas controvérsias resultam em impugnações por parte de determinados licitantes às decisões da comissão de licitação acerca dos documentos apresentados a título de habilitação por outros licitantes. Isso acontece porque, ao não conhecerem as propostas de preço dos demais concorrentes, há uma tendência dos licitantes em impugnarem os documentos habilitatórios dos demais, na expectativa de verem desclassificados aqueles que poderiam ter uma proposta melhor. Essas impugnações acabam por postergar a conclusão do certame semnada agregar-lhe, pois, nomais das vezes, discute-se acerca de documentos referentes a propostas sem condições de vencerem o certame.⁶⁶

Convém ressaltar, no entanto, que o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.462/2011 prevê que, mediante ato motivado, poderá o gestor realizar a habilitação antes das fases de apresentação de propostas e julgamento, ou seja, poderá ser adotado procedimento similar àquele constante no Estatuto de Licitações e Contratos.

Não obstante existir tal previsão normativa, Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante⁶⁷, com precisão, registram desconhecer quais vantagens adviriam dessa prática. Veja-se:

Inversão de fases é a possibilidade de a Administração, mediante ato motivado, antecipar a fase de habilitação em relação à apresentação das propostas ou lances, conforme autorização dada pelo legislador no art. 12, parágrafo único, do RDC. Para tanto, é fundamental que exista previsão expressa no instrumento convocatório. Vale notar que a expressão “inversão de fases” era utilizada antes do RDC para explicar o procedimento adotado no pregão, previsto na Lei nº 10.520/2002, em comparação a Lei nº

⁶⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Municípios já podem inverter as fases da licitação: o sepultamento das normas gerais de licitação*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 11, n. 124, p. 76-80. Parecer.

⁶⁶ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.164.

⁶⁷ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p 188.

8.666/1993; ou seja, realizar a análise das propostas antes da habilitação. No RDC, a referida expressão é utilizada em sentido contrário, isto é, a possibilidade de antecipar a fase da habilitação à análise das propostas. Não cremos que exista, no caso geral, vantagem de se antecipar a fase de habilitação. Além do tempo desperdiçado na análise de documentos habilitatórios de empresas que estão longe de alcançar a melhor proposta, a eventual preclusão de participar das fases posteriores do certame não raramente culmina em “nós” administrativos e judiciais, algumas vezes inviabilizadores da contratação em curso. Soma-se a essa morosidade, o tempo decorrente da necessária fase recursal pós-habilitação. Essas reconhecidas perdas de eficiência no processo de contratação não condizem com os princípios e diretrizes estabelecidos pelo RDC.

Benjamin Zymler e Laureano Dios, todavia, anotam que, embora sejam similares os procedimentos quando o gestor optar em promover a qualificação antes etapa competitiva do certame, o rito adotado no RDC diferencia-se daquele previsto na Lei nº 8.666/1993 pelo fato de os documentos relativos à regularidade fiscal poderem ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas e apenas em relação ao licitante mais bem classificado, conforme prescrevem o inciso IV do art. 14 da Lei nº 12.462/2011 e art. 49 do Decreto nº 7.581/2011. Segundo entendem, essa prática constitui incentivo à competição. Veja-se:

A razão de ser desse dispositivo é aumentar a competitividade do certame ao permitir a participação daqueles com pendências fiscais e conceder um prazo adicional para aquele que tenha sua proposta mais bem classificada regularize essa pendência. Desta feita, ganha-se de um lado ao ser propiciada uma maior disputa e perde-se de outro ao ser alongada a duração do procedimento licitatório. Há também um desestímulo para que os licitantes em geral regularizem sua questão fiscal, pois eles não precisarão fazê-lo para participar do certame.⁶⁸

Além dos incentivos à competição, pode vislumbrar outros fins nessa previsão normativa.

Nesse sentido, Mônica Bandeira de Mello Lefevre anota que a posterior comprovação da regularidade fiscal, prevista no inciso IV do art. 14 da Lei nº 12.462/2011, evita que o procedimento seja utilizado para a cobrança indireta de tributos, isto é, com fim diverso daquele perseguido pela administração no procedimento licitatório. Veja-se:

⁶⁸ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 166.

Com isso, evita-se que o procedimento licitatório seja utilizado como instrumento indireto para a cobrança de tributos, tal como vinha ocorrendo no âmbito das licitações realizadas em conformidade com a Lei nº 8.666.

A regularidade fiscal tem por objetivo a apuração da idoneidade e confiabilidade do licitante interessado em contratar com a Administração, de modo que é perfeitamente razoável que o ente público se recuse a contratar com o particular que se encontre em dívida quanto a tributo relacionado como âmbito de atividade pertinente ao objeto licitado.

Em contrapartida, não se pode admitir que tais exigências venham a ser utilizadas com finalidade diversa daquela demandada pelos interesses da coletividade, resultando em verdadeira punição para aqueles sujeitos que, ainda que possuam fundamentos para se opor ao cumprimento da suposta obrigação tributária, deixaram de pagar pretensas dívidas. Também não é razoável condicionar a participação do particular no procedimento licitatório à prova de quitação de todo e qualquer débito fiscal — inclusive aqueles que não possuem qualquer relação com o ramo da atividade a ser executada. Assim se passa porque a Constituição só admite a imposição de exigências “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (art. 37, XXI).

Não se pode admitir que o licitante seja compelido ao pagamento de créditos fiscais por outro meio que não o da cobrança por via executiva, sob a imposição de condição no seguinte sentido: ou efetua o pagamento do tributo ou não participa do certame.⁶⁹

Outro aspecto parcialmente enaltecido pela doutrina e jurisprudência pátrias por fomentar a celeridade dos certames, refere-se à fase recursal única, também denominada fase recursal concentrada, prevista no art. 27 da Lei nº 12.462/2011 e no art. 52 do Decreto nº 7.581/2011.

Deve ser notado que essa fase recursal única somente tem aplicação quando a habilitação for posterior à etapa de julgamento das propostas, pois, caso o gestor, motivadamente, opte pela inversão de fases, terão aplicação procedimentos recursais similares àqueles contidos na Lei nº 8.666/1993.

Nesse sentido são as lúcidas ponderações de Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Carlos Pinto Coelho Motta, a seguir:

A fase recursal única abordada pelo art. 27 — contrariamente às notícias comumente veiculadas sobre o RDC — não alcança todos os tipos de

⁶⁹ LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *O procedimento licitatório e a fase de habilitação 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 239.

procedimento licitatório. Aplica-se somente aos casos de habilitação pós-julgamento, erigidos em padrão preferencial pela Lei nº 12.462/11. Nessas hipóteses, a etapa recursal fica localizada logo após a habilitação do licitante vencedor, e assume a análise dos recursos pertinentes, tanto à fase de julgamento das propostas ou lances, quanto à fase de habilitação (restrita ao vencedor).

Nos demais casos, denominados pela Lei do RDC de “inversão de fases” (vale repisar: nos quais é recuperado o procedimento tradicional da habilitação anterior ao julgamento das propostas), permanece o sistema consagrado pela Lei nº 8.666/93.⁷⁰

O Tribunal de Contas da União, em diversas assentadas, refere-se à fase recursal única como um avanço para a administração pública, conforme se depreende do seguinte excerto do voto condutor do Acórdão nº 3.011/2012-Plenário, *in verbis*:

76. (...) 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 [etc.]. 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. O sigilo do orçamento, como optativo, é uma dessas portas a serem devidamente motivadas. Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha. O que ora apresentamos, deste modo, é que a extrema urgência no término da obra é um dos fatores a serem ponderados, em face do risco de licitações fracassadas.”⁷¹(grifou-se)

Deve ser registrado, no entanto, que alguns doutrinadores, a exemplo de Eduardo Stevanato Pereira de Souza⁷², levantam dúvidas quanto à celeridade decorrente da fase recursal única.

⁷⁰ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/2011: Decreto nº 7.581/2011* / Alécia Paolucci Nogueira Bicalho ; Carlos Pinto Coelho Motta (in memoriam); Benjamin Zymler Prefácio da 2ª edição ; Marçal Justen Filho Prefácio da 1ª edição. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada. – Belo Horizonte : Fórum, 2014.p. 360.

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Acompanhamento. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão nº 3.011/2012-Plenário. Acórdão data: 08/11/2012.

⁷² SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. *Comentários aos artigos 27 e 28 da Lei nº 12.462/11 e seus correspondentes dispositivos do Decreto nº 7.581/11: fase recursal única e encerramento do processo licitatório*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 163.

Nessa senda o autor, amparando-se em ensinamentos de Marçal Justen Filho, pondera que, na hipótese de haver provimento de recursos, o procedimento poderá regressar a sua fase inicial, gerando considerável atraso no certame. Veja-se:

Em que pese o fato de que a ideia de tornar mais célere o procedimento licitatório é, sem sobra de dúvidas, excelente, por outro lado, há que se ver na prática se a consequência jurídica desejada é efetivamente alcançada.

Analisando os procedimentos de Pregão, modalidade de licitação que adota regime jurídico recursal semelhante ao da nova legislação, não se chega a uma resposta segura sobre o alcance efetivo dos objetivos normativos, ou seja, não se consegue ter a certeza se a fase recursal única é efetivamente mais célere.

Por vezes, a solução jurídica idealizada pela Lei do Pregão se mostra mais lenta do que a tradicional contida na Lei nº 8.666/93. Isso acontece, principalmente, quando há procedência do recurso que versa sobre a fase de classificação e julgamento das propostas.

Na referida hipótese, o procedimento licitatório, praticamente terminado, regressará à sua fase externa inicial, acarretando, portanto, um considerável atraso em sua conclusão, desatendendo completamente os objetivos traçados pela norma em questão.

No entanto, mesmo considerando este aspecto negativo da fase recursal única exposto nos parágrafos precedentes, não consideramos este fato como suficiente para desconstruir, por completo, a ideia do legislador, pois, em outros casos, como, por exemplo, quando o recurso incidir, única e exclusivamente, sobre a fase de habilitação ou, referir-se a defeitos supráveis, a unificação das fases recursais se mostra efetivamente melhor, atendendo ao princípio da eficiência.

Com efeito, embora possa ocorrer a situação vislumbrada por Eduardo Stevanato Pereira de Souza, entende-se que se trata de uma exceção que, ao ser colocada à frente das vantagens decorrentes da desburocratização promovida, não logra afastar os ganhos proporcionados pelo recurso concentrado.

Passando a outro aspecto merecedor de destaque, destaca-se a previsão normativa de que poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, os quais também poderão ser combinados.

Sidney Bittencourt⁷³ considera essa previsão normativa importantíssima em virtude de oferecer ao Poder Público um instrumento eficaz de combate à corrupção e aos conchavos e falcaturas nas licitações. Cita, como amparo à sua tese, o seguinte raciocínio de Bruno Lira e Marcos Nóbrega:

Tendo em vista o combate aos cartéis em licitação, tal inovação é alvissareira. Através dela, concedeu-se ao Estado a condição de se adotar um comportamento estratégico e mais adaptado às próprias características inerentes do mercado do objeto/serviço que vai ser licitado. Tal será feito a partir da própria formatação do processo licitatório, que levará em consideração tais fatores.

Benjamin Zymler e Laureano Dios⁷⁴, ao tratarem especificamente do modo de disputa aberto, registram que é aquele tradicionalmente utilizado na modalidade pregão, quando os licitantes apresentam propostas sucessivas e públicas, com o intuito de superar propostas já divulgadas pelos seus concorrentes. O fechado, por seu turno, é similar àquele observado nas licitações conduzidas no âmbito da Lei nº 8.666/1993, quando os licitantes apresentam suas propostas sem possuir conhecimento das intenções dos demais interessados em contratar com a Administração Pública. O combinado consiste no início da disputa por um dos modos, a seleção das três melhores propostas, e a continuação da disputa pelo outro modo.

No tocante à eficiência desses modos de disputa, os referidos autores suscitam que, em princípio⁷⁵, não se pode afirmar qual modo seria mais eficiente.

Cezar Guimarães⁷⁶, contudo, ao discorrer sobre as dificuldades práticas do sistema de disputa aberto, registra que a experiência com o pregão evidencia a redução do preço final e, em alguns casos, da qualidade dos bens ofertados para a administração pública.

Pondera, na sequência, considerando que as licitações regidas pelo RDC visam objetos mais complexos, “que não se pode dar uma aplicação indiscriminada à regra da preferência

⁷³ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas : RDC : com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011 : Lei do RDC / Sidney Bittencourt ; prefácio de Flavia Daniel Vianna.* – Belo Horizonte : Fórum, 2012. p. 115.

⁷⁴ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC.* 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 71.

⁷⁵ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *op. cit.*, p. 100.

⁷⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações (RDC): procedimentos licitatórios, métodos de disputa aberto e fechado e os problemas oriundos do orçamento sigiloso.* 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 2016.

pela forma eletrônica das licitações nem se adotar o método de disputa aberto como sendo necessariamente mais adequado” visto que, se o aspecto qualitativo for essencial, pode ser mais apropriado manter o sistema de disputa fechada para garantir a consistência da prestação.

Além disso, Marçal Justen Filho aponta que a adoção do modo de disputa aberto pode conduzir à diminuição desmedida dos preços, à inexecuibilidade das propostas e, por fim, à prestação inadequada dos serviços. Veja-se:

A desvantagem da solução reside em que se eleva o risco de propostas inexecutáveis ou evitadas da já referida “mutação dinâmica da proposta”. A expressão indica um processo mental no âmbito de cada licitante, em que a elevação da vantagem é uma contrapartida da redução da qualidade. Em suma, o lance final selecionado contempla uma oferta qualitativamente diversa daquela prevista inicialmente. Portanto, essa solução amplia o risco de contratações de qualidade insuficiente.”⁷⁷

Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Carlos Pinto Coelho Motta ponderam, no mesmo sentido, que “no calor dos lances da disputa aberta — mormente quando o condutor do certame não tiver a cautela de diligenciar, no momento oportuno antes da contratação, sobre as bases da proposta—, os riscos à execução contratual são palpáveis”⁷⁸.

Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante⁷⁹ tabulam, da seguinte maneira, quais seriam as vantagens do modo aberto: (a) tendência à obtenção de melhores preços; e (b) desconhecimento do universo de concorrentes, na “forma eletrônica”.

No tocante às desvantagens, apresentam as seguintes opiniões: (a) a busca pelo menor preço pode não condizer com o que se pretende da melhor proposta; (b) ao saber o preço dos concorrentes, para tentar ganhar a licitação, em face do curto tempo disponível para a oferta do lance, o licitante pode prejudicar as suas próprias capacidades de execução. Em se tratando de um objeto a ser ainda “construído” ou “fabricado”, com alguma complexidade, aumenta-se o risco de perda na qualidade; (c) nos critérios de julgamento do tipo “técnica e preço”, o

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 317.

⁷⁸ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011* / Alécia Paolucci Nogueira Bicalho ; Carlos Pinto Coelho Motta (*in memoriam*); Benjamin Zymler Prefácio da 2ª edição ; Marçal Justen Filho Prefácio da 1ª edição. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada. – Belo Horizonte : Fórum, 2014. p.137.

⁷⁹ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p 122.

procedimento na fase de lances não será definitivo; há que se ponderar a nota técnica, que será realizada antes ou depois da disputa de preço, o que pode tornar o ferramental mais complicado; e (d) caso existam poucos licitantes, pode-se contratar com preços mais altos, pois o licitante apresenta uma proposta (mais elevada), na expectativa de ir baixando de acordo com as ofertas dos concorrentes.

Convém anotar que, na hipótese de o gestor público escolher o método de disputa aberto, poderão ser aceitos lances intermediários os quais, nos termos do art. 20 do Decreto nº 7.581/2011, serão (a) iguais ou inferiores ao maior já ofertado, mas superiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta de preço; ou (b) iguais ou superiores ao menor já ofertado, mas inferiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotados os demais critérios de julgamento.

Essa previsão normativa é interessante, fomenta a eficiência dos processos de contratação e, nos dizeres do Ministro Valmir Campelo, relator do processo nº TC 039.089/2012-6⁸⁰, possibilita que a administração busque preços mais vantajosos também das demais colocadas, pois, na hipótese de desclassificação da proposta vencedora são convocadas as empresas subsequentes, de acordo com os preços por elas apresentados (art. 40, inciso II e parágrafo c/c art. 41, *caput*, da Lei nº 12.462/2011).

Passando-se ao modo de disputa fechado, dispõe o inciso II do art. 17 da Lei nº 12.462/2011 que as propostas serão apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para serem divulgadas.

Ao avaliar a adoção desse modo, Marçal Justem Filho⁸¹ destaca que é prejudicada a continuidade da disputa entre os licitantes, a qual não se substitui pela negociação para obtenção de vantagem adicional por parte da administração. Não obstante, manifesta o entendimento de que tal modo de disputa deve ser privilegiado quando o objeto exija uma maior segurança relacionada à qualidade do empreendimento.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão nº 671/2013-Plenário. Acórdão data: 27/02/2013.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 317.

Benjamin Zymler e Laureano Dios⁸² suscitam, como vantagem desse método, o fato de os licitantes serem forçados a apresentar, de pronto, as propostas que considerem mais competitivas em virtude de não existir a possibilidade de apresentar uma segunda proposta. Acrescem que “não ocorrerá, pois, o que acontece no modo aberto, quando os licitantes podem guardar suas melhores propostas para apresentá-las somente na medida em que a concorrência com os demais licitantes o exigir”.

Em relação à avaliação dos métodos de disputa combinados, os quais podem ser “fechado-aberto” ou “aberto-fechado”, deve ser registrado que o art. 23 do Decreto nº 7.581/2011 prevê que a primeira fase da licitação será eliminatória, passando para a segunda etapa apenas os licitantes que apresentarem as três melhores propostas⁸³. Ou seja, na teoria pode-se dizer que tal método é mais adequado para objetos complexos.

Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre as vantagens e desvantagens desses métodos de disputa combinados, considera, em relação ao método fechado-aberto, que não há diferença significativa entre o modo aberto propriamente dito, pois “o modo aberto sempre se inicia com propostas elaboradas pelo licitante, a que se seguem lances sucessivos”⁸⁴.

No tocante ao método aberto-fechado, o autor destaca que sua vantagem “reside em obter uma competição inicial e permitir que os autores das melhores ofertas examinem com maior profundidade a situação e formulem, sem conhecer o conteúdo da proposta dos demais, a sua oferta definitiva e final.”

Ainda quanto ao tema, Cláudio Sarian e Rafael Jardim⁸⁵ destacam que o regime misto, com início pelo fechado, possui como características (a) desencorajar os licitantes de oferecerem preços altos iniciais, motivo pelo qual pode-se conseguir bons preços mesmo com poucos licitantes; e (b) a possibilidade de se promover uma fase inicial para avaliação técnica, em que participarão da fase de lances somente as melhores propostas intelectuais, o que privilegia a qualidade em detrimento do preço.

⁸² ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 106.

⁸³ Conforme incisos I e II do art. 24 do Decreto nº 7.581/2011.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 317.

⁸⁵ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 122.

Em relação ao regime misto iniciado pelo aberto, ressaltam que tal modo de disputa propicia que seja realizada uma etapa final para medir a técnica e, desse modo, fazer uma ponderação de qualidade sobre os melhores preços ofertados.

Outro aspecto merecedor de destaque no âmbito do RDC foi a previsão contida no art. 6º da norma, a seguir transcrito, segundo a qual o orçamento da administração, em regra, somente será disponibilizado após o encerramento da licitação. Veja-se:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Tal previsão visa, segundo entendimento da doutrina representada por Marcos Antônio Rios da Nóbrega, a diminuição dos preços praticados nos certames destinados à aquisição de obras e serviços de engenharia. Veja-se:

[...] a tentativa da nova lei é salutar porque procura entronizar alguns achados empíricos da Teoria dos Leilões como o fito de maximizar a eficiência do sistema. Em última instância, somente o repetido uso desse mecanismo poderá confirmar a hipótese de melhores preços contratados pela Administração.⁸⁶

Na mesma linha assinalam Benjamin Zymler e Laureano Dios, *in verbis*:

A não-divulgação do orçamento tem por objetivo evitar que as propostas/lances gravitem em torno do orçamento fixado pela administração. Essa medida deve se mostrar particularmente eficaz quando houver a ocorrência de lances fechados, pois, sem as balizas dos outros licitantes e do orçamento da administração, o competidor deve, já nessa etapa, oferecer um

⁸⁶ NÓBREGA, Marcos. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), *Negotiauction* e o Orçamento Sigiloso. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=97458>>. Acesso em: 24 maio 2017.

preço realmente competitivo e dentro do limite de sua capacidade de executar a avença com uma lucratividade adequada. Caso assim não proceda, esse competidor corre o risco de ser desclassificado sem a possibilidade de apresentar outra proposta mais competitiva, de acordo com os critérios que regem a apresentação de lances fechados. Amplia-se, assim, a competitividade do certame e propiciam-se melhores propostas para a administração.⁸⁷

André Guskow Cardoso chega a afirmar que a ciência econômica evidencia esses benefícios quando o orçamento é mantido sigiloso. Pontua:

A teoria econômica reconhece que os processos licitatórios para contratações pelo poder público apresentam uma estrutura que se aproxima de um leilão, no qual uma das partes é a Administração e a outra, os licitantes interessados em fornecer o objeto licitado. Aplica-se, então, a teoria dos leilões, segundo a qual o grau de informações que for disponibilizado por uma das partes influirá necessariamente no comportamento da outra.⁸⁸

Esse sigilo, consoante apregoa Beatriz Meneghel Chagas Carmargo, deve se dar tanto internamente quanto externamente à administração, para que as informações relativas ao orçamento sejam restritas, protegidas de vazamentos e, dessa maneira, seja incrementada a possibilidade de serem obtidos melhores preços.

Observe-se o que pondera a autora:

Assim, internamente, dentro da Administração ou do órgão que estiver promovendo a licitação, o conhecimento do orçamento referencial apenas será dado àqueles servidores cuja necessidade de conhecimento seja imperativa. Ou seja, a exigência de sigilo acarreta vedação de sua divulgação, inclusive dentro da Administração, a outros agentes que não aquele grupo restrito que terá acesso a essa informação e por ela se responsabilizará, pena de as disposições do RDC não surtirem o efeito pretendido pela lei.

Logo, para que o sigilo atinja seu objetivo preconizado pela lei, é necessário que a decisão final acerca do orçamento estimado se dê num âmbito muito restrito de agentes, o qual deve assumir a responsabilidade pela sua manutenção, devendo tal grupo ficar muito atento às providências com relação a cópias dos documentos sigilosos e digitação de informações, sob pena de caracterização de violação de deveres funcionais, inclusive com a possibilidade de instauração de processo administrativo, e eventual comunicação da violação ao Ministério Público para a tomada de providências cabíveis.

⁸⁷ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 117.

⁸⁸ Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Andre_RDC.pdf>. Acesso em: 24/5/2017.

Do ponto de vista externo, o sigilo do orçamento estimado se dará com relação a qualquer terceiro que não integre a Administração Pública. Muito embora o acesso aos procedimentos administrativos só se faça mediante requerimento do interessado, ou seja, não existe, no mais das vezes, uma espontaneidade da Administração em divulgar os dados constantes de processos administrativos, é importante anotar que, ainda que se trate de pedido do administrado, a informação deverá ser protegida, pois a necessidade de proteção do sigilo implica a impossibilidade de acesso de terceiros ao valor do orçamento.⁸⁹

Convém anotar, ademais, que a imposição de um orçamento sigiloso ganha grande destaque na medida em que propostas superiores ao orçamento estimado pela administração serão, em regra, desclassificadas com fundamento no inciso III do art. 24 da Lei nº 12.462/2011.

Por fim, deve ser registado que o tema suscita diversas discussões, que ora criticam a posição normativa ao entenderem que há infração aos princípios da publicidade e da transparência, e ora a defendem com esboço nos princípios da economicidade e eficiência. Nessa linha, inclusive, as mencionadas ADI nº 4.645 e 4.655 questionam, dentre outros, o aspecto relacionado ao sigilo dos orçamentos.

Passando aos critérios de julgamento das propostas no âmbito RDC, destaca-se que poderão ser utilizados, conforme disposto no art. 25 do Decreto nº 7.581/2011, os critérios (a) menor preço ou maior desconto; (b) técnica e preço, (c) melhor técnica ou conteúdo artístico; (d) maior oferta de preço; ou (e) maior retorno econômico.

Destes, merecem destaque, pelo seu caráter inovador, aqueles relativos ao maior desconto e ao maior retorno econômico.

No primeiro, relativo ao julgamento pelo maior desconto, é concedida uma redução sobre o orçamento estimado, a qual deve incidir, no caso de obras e serviços de engenharia, em todos os itens que compõem a planilha de custos produzida pela administração. Ademais, tais descontos devem ser estendidos a eventuais termos aditivos firmados. Nessa linha, são as ponderações de Alécia Paolucci, *in verbis*:

O julgamento por maior desconto, previsto no §2º do art. 19, regulamentado pelo *caput* do art. 27 do decreto, utilizará como referência o preço total

⁸⁹ CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. O sigilo do orçamento estimativo no Regime Diferenciado de Contratações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 173, maio 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240353>>. Acesso em: 24 maio 2017.

estimado, fixado no instrumento convocatório. O desconto deverá ser estendido aos eventuais termos aditivos. No caso de obras ou serviços de engenharia, segundo o §3º, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório (redação repetida no parágrafo único do art. 27 do decreto).

Note-se que, nessa última hipótese, não há incidência do disposto no art. 6º desta lei, ou seja, o sigilo provisório do orçamento estimado; aliás, o §1º do citado artigo 6º excetua especificamente os casos em que se adotar o critério de maior desconto, nos quais o orçamento estimado haverá de figurar explicitamente no instrumento convocatório.⁹⁰

Em acréscimo às ponderações alhures referenciadas, convém anotar que Benjamin Zymler e Laureano Dios⁹¹ suscitam que a atribuição de descontos lineares a todos os itens que integram o orçamento base se presta para evitar o jogo de planilha, consistente na atribuição de preços desequilibrados no orçamento.

Passando-se ao critério de julgamento relativo ao maior retorno econômico, convém observar que o art. 23 da Lei nº 12.461/2011 é expresso ao pontuar que “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”.

Esses contratos de eficiência são, conforme continuam os autores, “contratos de risco em que o contratado assume a responsabilidade pela redução de determinada despesa corrente da contratante”⁹².

Convém anotar que, caso o contratado não propicie à administração o retorno econômico esperado, poderá sofrer glosas nos pagamentos, ou mesmo sanções, em atenção ao que dispõe o §3º do art. 23 da Lei nº 12.461/2011, a seguir transcrito:

Art. 23. 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.

⁹⁰ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011 / Alécia Paolucci Nogueira Bicalho ; Carlos Pinto Coelho Motta (in memoriam); Benjamin Zymler Prefácio da 2ª edição ; Marçal Justen Filho Prefácio da 1ª edição. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada.* – Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 320.

⁹¹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 226.

⁹² ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *op. cit.*, p. 200

§ 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. (grifou-se)

Tal situação, no entanto, não é pacífica.

Ao discorrerem sobre esse aspecto, Cláudio Sarian e Rafael Jardim ressaltam que o não atingimento do nível de economia ofertado pode decorrer de fatos alheios ao projeto, aspecto esse que conduziria à existência de litígios entre o as partes do contrato. Veja-se:

Não existe propriamente uma impossibilidade legal absoluta de se licitar e julgar um projeto (sem a respectiva prestação do serviço) dentro de um escopo de contrato de eficiência. Deve-se levar em conta, porém, que, se a economia gerada nas despesas correntes não atingir o nível “prometido”, isso pode ir além do projeto. O “insucesso” pode ser proveniente de erros na execução do serviço especificado ou por materiais aplicados de baixa qualidade, por exemplo. Haverá inevitáveis litígios para a apuração das responsabilidades, de contorno muitas vezes complexos, com necessidade de perícias mais imbróglis judiciais que enredarão tanto o contrato de elaboração do projeto em si, como o de execução dos serviços. Acreditamos, assim, ser desaconselhado realizar um contrato de eficiência cujo objeto seja, unicamente, a elaboração do projeto.⁹³

Correlata ao critério de julgamento relativo ao maior retorno econômico é a previsão contida no art. 10 da Lei nº 12.462/2011, relativa à remuneração variável em contratos de obras e serviços.

⁹³ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p 140.

Todavia, embora ambos institutos possam ocasionar oscilações nos pagamentos mensais devidos às empresas contratadas, deve ser registrado que na hipótese de um contrato prever a remuneração variável, ao contratado será devida maior contraprestação pecuniária quando ele atingir determinadas metas preestabelecidas. Não há, ao contrário daquilo que ocorre naqueles ajustes vinculados ao retorno econômico, previsão de sanções ou mesmo glosas à remuneração devida aos contratados.

Rafael Wallbach Schwind, ao discorrer sobre tais contratos, anota que nas contratações firmadas com base em remuneração variável, o “contratado perceberá remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidos no edital de licitação e no contrato”.

Continua ao registrar que o não-atingimento dessas metas não acarreta qualquer sanção ao contratado, pois “a remuneração variável prevista no RDC é, em última análise, um mecanismo de sanção premial, em que se põe em prática a função promocional do direito”⁹⁴.

Ao se debruçarem sobre o tema, Benjamin Zymler e Laureano Dios apresentam o porquê de a administração não licitar o objeto de acordo com os parâmetros máximos de desempenho desejados. Ressaltam que tal escolha pode ser motivada pela necessidade de não se limitar, em demasia, a competitividade do certame. Veja-se:

Nessa espécie de contratação, a definição do objeto considerará um parâmetro mínimo estipulado pela administração, o qual servirá de referência para o orçamento fixado pela administração e as propostas dos licitantes. Ou seja, vencerá a licitação aquele que apresentar a melhor proposta para esse objeto de acordo com esses parâmetros mínimos. Entretanto, caso a contratada supere esse parâmetro mínimo, ela terá direito a um adicional em sua remuneração de acordo com as regras editalícias.

A justificativa para não se licitar de pronto o objeto de acordo com os parâmetros máximos equivalentes ao teto da remuneração variável pode ser a necessidade de não se limitar em demasia a competitividade do certame.⁹⁵
(grifou-se)

⁹⁴ 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 189.

⁹⁵ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 196.

Arrematam⁹⁶ ao ponderar que, embora previstos no edital a meta alternativa e o bônus que será pago ao contratado na hipótese de adimplemento das condições contratuais, o julgamento das propostas não considerará tais aspectos, eis que o adimplemento a tais metas é opcional.

Merecedora de registro é a deliberação do Tribunal de Contas da União⁹⁷, por meio da qual aquela Corte apreciou o processo nº TC 004.877/2014-4, relacionado a obras de dragagem do Porto de Santos, conduzidas sob o regime diferenciado de licitações – contratação integrada –, tendo conjecturado a possibilidade de utilização do instituto da remuneração variável como justificativa para a prorrogação do prazo contratual da prestação de serviços de manutenção de canais portuários.

Naquela oportunidade, conforme assentou o Ministro-Relator, o contrato incentivava a abreviação das tarefas constantes da Fase 1 ao prescrever que os serviços constantes da segunda etapa, relacionados à manutenção dos canais daquele porto, seriam prorrogados na mesma proporção da antecipação observada. Esse bônus seria equivalente à remuneração variável. Veja-se, por aplicável, o raciocínio desenvolvido pelo Ministro-Relator:

14. No caso concreto, o edital para a contratação das obras de dragagem do Porto de Santos/SP, sob o regime de contratação integrada, estabeleceu que havendo antecipação do prazo de 12 meses para a elaboração dos projetos (5 meses) e execução da limpeza constante da Fase 1 (7 meses), a Fase 2, relativa à manutenção dos canais, prevista para 24 meses, seria incrementada proporcionalmente à antecipação da fase anterior, garantindo a manutenção do prazo total de 36 meses.

[...]

17. Ressalto que a antecipação da entrega dos projetos e da execução da limpeza inicial seria de interesse da administração pública, pois melhoraria as condições de navegabilidade dos canais em menos tempo, e também da contratada, já que o edital prevê o pagamento de tais serviços quando da efetiva execução.

[...]

20. Ademais, o art. 10 da Lei nº 12.462/2011 permite a existência de “remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base

⁹⁶ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 197.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.541/2014-Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Acórdão data: 11/06/2014.

em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato”.

21. Entendo que o incremento de meses da Fase 2 de manutenção, ante à antecipação da entrega dos projetos e/ou da execução da Fase 1, teria potencial para ser enquadrada como “remuneração variável”, nos termos do art. 10 acima citado, por estar vinculada ao desempenho da contratada, com metas estabelecidas e prazos definidos no instrumento convocatório, motivo pelo qual resta recomendar à Secretaria Especial de Portos que avalie tal possibilidade.

Em outra manifestação⁹⁸, o Tribunal de Contas da União, ao avaliar Fiscalização de Orientação Centralizada em obras rodoviárias realizadas entre setembro e dezembro de 2012, nas quais buscou avaliar a qualidade dos serviços executados em algumas rodovias recém-concluídas, vislumbrou a oportunidade de melhoria nos procedimentos adotados pelo DNIT, determinando àquela autarquia que definisse parâmetros mínimos de aceitabilidade de obras rodoviárias de construção, adequação e restauração, parâmetros esses que poderiam ser utilizados para a definição de critérios a serem adotados no pagamento da remuneração variável vinculada a padrões de qualidade.

II.3 Dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratação.

Embora o RDC possa ser conceituado como uma modalidade licitatória única, isto é, na qual não há diversos tipos de licitação definidos exclusivamente em função do valor da contratação⁹⁹, convém anotar que a referida norma enumera diversos regimes para ser promovida a execução indireta de obras e serviços de engenharia.

Nesse sentido, o artigo 8º da Lei nº 12.462, de 2011, prevê o seguinte:

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

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 328/2013-Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Acórdão data 27/2/2013.

⁹⁹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 12.

IV - empreitada integral; ou

V - contratação integrada.

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

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

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

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

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

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

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

Destes, o único não previsto na norma geral de licitação e contratos (Lei nº 8.666, de 1993), considerado inovação por ainda não ser disseminado na Administração Pública, é a contratação integrada.

Tal fato, contudo, não indica que a contratação integrada seja uma inovação no ordenamento pátrio, mas que sua aplicabilidade era mais restrita, com poucos exemplos no regime de concessões e em parcerias público privadas.

Nesse sentido, destaca-se que o regime de contratação integrada era previsto no Decreto nº 2.745¹⁰⁰, de 24 de agosto de 1998, por meio do qual foi aprovado o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que assim dispunha:

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.¹⁰¹

De maneira análoga, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995¹⁰², continha disposições que remetem à contratação integrada, a exemplo da previsão de ser promovida licitação sem a apresentação de um projeto básico completo. Veja-se o que dispõe o inciso XV do art. 18 daquela norma, *in verbis*:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

[...]

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

Outro exemplo é a Lei nº 11.079¹⁰³, de 30 de dezembro de 2004, que institui as normas para licitação e contratação de parceria público privada (PPP) no âmbito da administração pública, também possui características que remetem à contratação integrada, dado que faz referências à contratação amparada em anteprojeto de engenharia. Veja-se:

¹⁰⁰ BRASIL. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

¹⁰¹ Item 1.9 do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás

¹⁰² BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

[...]

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

Ademais, é possível se vislumbrar nas parcerias público privadas outros aspectos que se assemelham à contratação integrada, a exemplo da transferência de riscos para o particular, a qual, nos dizeres de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, constitui “um elemento importante para a geração de eficiência em PPPs e concessões comuns é a transferência para o parceiro privado da obrigação de desenvolver o projeto básico de engenharia, em conjunto com a realização da obra”¹⁰⁴.

Evidenciado, assim, que a contratação integrada possui paralelos na legislação pátria, convém apresentar os caracteres que a distinguem dos demais regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia contidos no RDC, para, então, ser promovida a avaliação relativa à vantajosidade da contratação integrada para a administração pública.

Assim, iniciando a diferenciação desse instituto dos demais regimes de execução indireta constantes da Lei nº 12.462/2011, deve ser registrado que a empreitada por preço unitário é cabível “quando a Administração contratar o particular para executar obra ou serviço por preço certo e unidades determinadas. Se a Administração pretende obter uma obra no seu conjunto, não há cabimento de promover empreitada por preço unitário”¹⁰⁵.

Tal regime já encontrava conceituação no âmbito da Lei nº 8.666/1993, a qual apregoa que a empreitada por preço unitário ocorre “quando se contrata a execução da obra ou do

¹⁰⁴RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – parceria público privada: fundamentos econômicos-jurídicos*. São Paulo. Malheiros, 2010, p. 219.

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 160.

serviço por preço certo de unidades determinadas”.¹⁰⁶ A Lei nº 12.462/2011, no seu artigo 2º, inciso III, repete tal definição.

A doutrina pátria, desta feita representada por Benjamin Zymler e Laureano Dios, registra que a administração possui pouca experiência na utilização de modalidades de licitação globais, ou integrais, “pois obras e serviços de engenharia são, em geral, contratadas mediante empreitada por preço unitário”¹⁰⁷.

Anotam, em acréscimo, que a empreitada por preço unitário “é melhor aplicável a situações em que há maiores incertezas acerca dos quantitativos dos serviços mais relevantes, como obras que envolvam grandes movimentos de terra, cujas características somente seriam adequadamente definidas quando da execução contratual”.

Registram, ainda, que em virtude de a remuneração do contratado variar inteiramente de acordo com serviços unitários efetivamente executados, “os licitantes não assumem qualquer risco de imprecisão do projeto licitado”¹⁰⁸.

Marçal Justen Filho também faz considerações acerca da conexão existente entre a incerteza do objeto, em termos quantitativos, e a contratação por preços unitários. Veja-se:

[...] quanto menos precisa e exata a configuração do objeto a ser executado, menos viável é a execução de uma empreitada por preço global. Havendo apenas um projeto básico, o particular não disporá de informações suficientes para estimar o valor global da sua remuneração. Não existe previsibilidade do custo quando o projeto ainda se encontra em aberto.¹⁰⁹

Com efeito, esse entendimento se coaduna enunciado do Tribunal de Contas da União a seguir transcrito, editado em virtude do julgamento de recursos de reconsideração interpostos no âmbito processo TC nº 015.955/2009-8¹¹⁰:

¹⁰⁶ Conforme art. 6º, alínea “b”, da Lei nº 8.666/1993.

¹⁰⁷ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 229.

¹⁰⁸ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei nº 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 156.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Recurso de reconsideração em prestação de contas. Relator Ministro Benjamin Zymler. Acórdão 2432/2016-Plenário. Acórdão data: 21/09/2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/NUMACORDAO%3A2432%20ANOACORDAO%3A2016%20COLEGIADO%3A%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/false/1>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.

Note-se! A escolha do regime de execução contratual não é mera escolha discricionária do gestor. Ao contrário, deve ser motivada por aspectos que devem ser previamente identificados pela administração contratante.

Nessa linha, é o posicionamento de Joel Menezes Niebuhr:

Assim o sendo, a definição do regime de execução, se empreitada por preço global ou unitário, não é ato de competência discricionária. À Administração Pública não é dado escolher ao seu talante, por motivo de conveniência, a empreitada por preço global ou unitário. Se a Administração tem condições de definir antecipadamente o encargo na sua totalidade, nos seus aspectos qualitativos e quantitativos, impõe-se a empreitada por preço global. Em caso contrário, se a Administração não tem condições de antever o encargo em sua totalidade, não consegue precisar o quantitativo, daí impõe-se a empreitada por preço unitário.¹¹¹

A importância desse regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, de grande impacto nas contratações públicas, fomentou diversos estudos, artigos e manifestações doutrinárias.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, exarou o Acórdão nº 1.977/2013-Plenário¹¹², por meio do qual analisou, de maneira detida, os todos os regimes de execução contratual previstos na Lei nº 8.666, de 1993, tendo sintetizado, da seguinte maneira, quais seriam as vantagens, desvantagens, e aplicações do regime em discurso.

No tocante às vantagens da empreitada por preço unitário, foram enumeradas (a) o pagamento pelos serviços efetivamente executados; (b) o menor risco para o construtor, na medida em que ele não assume risco quanto aos quantitativos de serviços (riscos geológicos do construtor são minimizados); e (c) a possibilidade de a obra ser licitada com um projeto com grau de detalhamento inferior ao exigido para uma empreitada por preço global ou integral.

¹¹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 272/273.

¹¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Acórdão 1.977/2013-Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão data: 31/7/2013.

Como desvantagens, os auditores daquela Corte, em manifestação que contou com a anuência dos membros do Tribunal, destacaram que a empreitada por preço unitário (a) exige rigor nas medições dos serviços; (b) majora os custos da Administração para acompanhamento da obra; (c) favorece o jogo de planilha; (d) fomenta a celebração de termos aditivos ao contrato para inclusão de novos serviços ou alteração dos quantitativos dos serviços contratuais; (e) apresenta preço final do contrato incerto, pois é baseado em estimativa de quantitativos que podem variar durante a execução da obra; (f) exige que as partes renegociem preços unitários quando ocorrem alterações relevantes dos quantitativos contratados; e (g) não incentiva o cumprimento de prazos, pois o contratado recebe por tudo o que fez, mesmo atrasado.

Ademais, convém anotar que no caso das empreitadas por preço unitário é assegurado ao interessado em contratar com a administração pública o direito de apresentar custos unitários superiores do que aqueles previstos no orçamento estimativo do certame.

Tal apresentação, contudo, se sujeita à avaliação circunstanciada dos órgãos de controle e somente será considerada se não compreender os itens materialmente relevantes¹¹³ das propostas ou se embasada em “relatório técnico circunstanciado aprovado pela administração pública”.

Passando à empreitada por preço global, convém destacar que a definição constante da Lei nº 12.462/2011 é idêntica àquela da Lei de Licitações e Contratos, ou seja, ambas normas pontuam que essa empreitada ocorre “quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas”.

Não obstante a singela definição normativa, o Tribunal de Contas da União pontua que a empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com razoável precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados.

¹¹³ Serão considerados itens materialmente relevantes aqueles de maior impacto no valor total da proposta e que, somados, representem pelo menos oitante por cento do valor total do orçamento estimado ou que sejam considerados essenciais à funcionalidade da obra ou do serviço de engenharia. (art. 42, §2º, do Decreto nº 7581/2011)

Nesse sentido são diversos arestos daquela Corte de Contas¹¹⁴, dentre os quais se dá ênfase ao Acórdão 1.977/2013 – Plenário, cujo excerto aplicável é transcrito a seguir:

9.1.3. a empreitada por preço global, em regra, em razão de a liquidação de despesas não envolver, necessariamente, a medição unitária dos quantitativos de cada serviço na planilha orçamentária, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93, deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras;¹¹⁵

A doutrina aponta na mesma direção. Vê-se, por exemplo, as lúcidas ponderações de Joel de Menezes Niebuhr, *in verbis*:

Em face dos dispositivos legais supracitados, a diferença entre a empreitada por preço global e unitário é que na primeira o preço é certo e total e na segunda ele é certo em razão de unidades determinadas. Ora, na empreitada por preço global, o preço é certo e total porque o encargo é conhecido em sua totalidade, em relação ao aspecto qualitativo e quantitativo. Na empreitada por preço unitário, o preço é certo em razão de unidades determinadas, porque o encargo não é conhecido em sua inteireza, não se conhece a quantidade.¹¹⁶

De igual modo, Jessé Torres Pereira Júnior anota que “na empreitada por preço global, este tem seu valor certo predeterminando no contrato, insuscetível de ser discriminado segundo frações da obra ou do serviço por executar; veda-se que o contrato atribua valores parciais a itens do conjunto da obra ou do serviço”¹¹⁷.

Benjamin Zymler e Laureano Dios apresentam, da seguinte maneira, a diferença desse regime de execução com a contratação por preços unitários:

I - Características da empreitada por preço global:
- contratação por preço certo e total (regra geral);
- quantitativos definidos com razoável precisão;

¹¹⁴ Cita-se, a título ilustrativo, os Acórdãos 1.978/2013-Plenário e 2.432/2016-Plenário;

¹¹⁵ Item 9.1.3. do Acórdão nº 1.977/2013 - Plenário.

¹¹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 271.

¹¹⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 115.

- medição e pagamento dos serviços de acordo com a execução de itens agregados ou subetapas do empreendimento;
- custos bem definidos, com menor margem de imprecisão;
- transferência maior de riscos para o contratado em razão de assumir, em determinada medida, a responsabilidade por variações dos quantitativos inicialmente pactuados.

II - Características da empreitada por preço unitário:

- quantitativos não podem ser definidos com grande;
- medição e pagamento dos serviços de acordo com a execução de itens unitários do empreendimento;
- em razão do critério de medição, maior esforço na fiscalização do contrato.
- menor risco para o contratante.¹¹⁸

Com efeito, o estudo apresentado por esses doutrinadores vai ao encontro de análise empreendida pelo Tribunal de Contas da União¹¹⁹, por meio da qual foram enumeradas vantagens e desvantagens do sistema.

Como benefícios, aquela Corte destacou os seguintes: a) simplicidade nas medições (medições por etapa concluída); b) menor custo para a Administração Pública na fiscalização da obra; c) valor final do contrato, em princípio, é fixo; d) restrição aos pleitos do construtor e à assinatura de aditivos; e e) dificultar o jogo de planilha.

Como desvantagens, aquele estudo enumerou: a) a tendência de o valor da proposta ser superior ao regime de preços unitários em virtude de o construtor assumir os riscos associados aos quantitativos de serviços; b) a tendência de haver maior percentual de riscos e imprevistos no BDI do construtor; e c) a licitação e contratação exigir projeto básico com elevado grau de detalhamento dos serviços.

Vê-se, pois, que o TCU, alinhando-se à mencionada análise dogmática, deixou assente que tal regime de execução deve ser utilizado apenas quando não há incertezas, demandando, assim, um projeto básico acurado. Nesse sentido, são as seguintes ponderações:

35. A existência de projeto básico completo é uma exigência para qualquer contratação de obras públicas. Caso o regime de contratação seja o de EPG, a completude e a precisão do Projeto Básico ganham importância ainda maior. Essa característica é apontada como uma desvantagem na utilização da EPG.

¹¹⁸ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 229

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Acórdão 1.977/2013-Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão data: 31/7/2013.

36. No regime de EPG, o projeto básico deve conter informações para permitir que as medições sejam feitas de modo adequado, assim entendido como sendo feitas por etapas. Desse modo, é imprescindível, na contratação por EPG, uma definição clara e inequívoca das etapas físicas que constituem o todo. Tais elementos é que permitirão o estabelecimento de marcos para cada uma dessas etapas, ao término das quais caberão os pagamentos. Essas medidas facilitarão o monitoramento e o controle das obras por parte de quem as fiscalizará.

37. A importância de um projeto básico é tamanha, que a sua qualidade pode influenciar diretamente o custo final da obra. Imagine-se, por exemplo, que numa concorrência em EPG os licitantes deparem com um projeto básico flagrantemente incompleto e/ou impreciso. É certo que se trata de uma situação em que a probabilidade de ocorrerem imprevistos é elevada, de modo que os concorrentes poderão incluir algumas contingências nos preços ofertados. Desse modo, há uma tendência de que o preço da empreitada, nesse caso, tenha um valor maior do que teria se fosse adotado o regime de empreitada por preço unitário. Nesse sentido, vale observar a argumentação de Marçal Justen Filho:

Pretende-se que a empreitada global importaria ao particular o dever de realizar o objeto, de modo integral, arcando com todas as variações possíveis. Vale dizer, seriam atribuídos ao contratado os riscos por eventuais eventos supervenientes, que pudessem elevar os custos ou importar ônus imprevistos inicialmente. Essa concepção é equivocada. (...) Se a Administração não definir precisamente o objeto que será executado, cada licitante adotará interpretação própria (...) as propostas não serão compatíveis entre si. (...) Poderia imaginar-se que todos os licitantes incluiriam em suas propostas verbas destinadas a fazer face a essas eventualidades (...) **as propostas teriam valor mais elevado.**(...) Outra alternativa é que todos ou alguns dos licitantes resolvessem correr o risco e formassem proposta não comportando imprevistos. Se esses viessem a ocorrer, a execução do objeto se tornaria inviável (...). [FILHO, Marçal J., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11 ed. São Paulo, Dialética, 2005]

Passando-se à contratação por tarefa, a qual possui conceituação tanto na Lei nº 8.666/1993 quanto na Lei nº 12.462/2011¹²⁰, anota-se que os normativos são claros ao dispor que se trata de um ajuste de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

¹²⁰ Art. 2º, VI, da Lei nº 12.462/2011;

Sidney Bittencourt¹²¹ acresce que a tarefa é uma espécie empreitada a título precário e envolve contrato de trabalho de ordem individual, isto é, acometido diretamente ao trabalhador, para que execute determinado objeto.

Registra, ainda, que:

A utilização da tarefa é bastante corriqueira nas contratações de prestador do serviço que atua individualmente (o tarefeiro), que, quando necessário, utiliza apenas equipamentos bem simples. Normalmente, devido à pequena monta, a contratação se enquadra em dispensa licitatória por pequeno valor (art. 24, I).

Em acréscimo, Augusto Neves Dal Pozzo¹²² anota que:

Essa modalidade de execução contratual, normalmente, é utilizada em obras e serviços de engenharia de pequeno potencial econômico, em que se mostre necessária a alocação de profissionais para finalização de arremates, na maioria dos casos, sem fornecimento de materiais.

É o que se diz na linguagem mercadológica concernente à realização de um *job* específico, que tenha por finalidade concluir, ou mesmo executar, uma atividade individual concreta e específica, sem maiores complexidades técnicas ou econômicas.

Passando-se ao conhecimento da empreitada integral, dispositivo que guarda maior correlação com o objeto de estudo dessa dissertação, deve ser destacado que ela ocorre, conforme preceitua o inciso I do art. 2º da Lei nº 12.462/2011, quando se contrata um empreendimento na sua integralidade. Observe-se:

Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

I - 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

¹²¹ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93, totalmente atualizada: levando também em consideração a Lei Complementar nº 123/06, que estabelece tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.111.

¹²² DAL POZZO, Augusto Neves. *Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 1, n.122, fev.2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77710>>. Acesso em: 17 maio 2017.

estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para a qual foi contratada;

Tal definição, similar àquela constante na Lei nº 8.666, de 1993, constitui, nos dizeres de Niebuhr¹²³, um passo além da empreitada por preço global, pois nessa modalidade o contratado é obrigado a entregar o objeto em pleno funcionamento, ao passo que naquela tal exigência não se fazia necessária.

A doutrina e a jurisprudência, pelas características da empreitada integral, costumam a chamá-la de *turn-key*, dado que esse regime tem como característica o fato de o contratado ter o dever de executar e entregar o empreendimento pronto, acabado e em plenas condições de funcionamento¹²⁴.

Nessa linha é a ponderação de Augusto Neves Dal Pozzo¹²⁵, *in verbis*:

Para se referir a essa modalidade de contratação, é comum a utilização da expressão norte americana “EPC *Turn Key*”, cujas iniciais tem o seguinte sentido: *engineering* (engenharia), *procurement* (procura e compra) e *construction* (construção civil e montagem). O designativo *turnkey* é concebido, justamente, para demonstrar, de forma ilustrativa, que o contratante do empreendimento deve apenas “virar a chave” para que o empreendimento opere *de imediato*. É mais ou menos o que acontece com nossos automóveis: recebemos prontos, *giramos a chave* de ignição para que eles possam entrar em funcionamento e já passamos a utilizá-los.

Com efeito, conforme aponta Luiz Olavo Batista¹²⁶, a obra, ao ser entregue, deve estar “apta a funcionar sem mais formalidades — daí a expressão *turn-key*, que se refere a acionar uma chave ou controle para dar partida na produção”.

Ou seja, consoante Diogo Albaneze Gomes Ribeiro¹²⁷, não basta que a empresa contratada finalize a obra ou o serviço, pois ela só terá dado integral cumprimento à sua

¹²³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 272.

¹²⁴ RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Os regimes admitidos pela Lei do RDC para a execução indireta de obras e serviços*. 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 151.

¹²⁵ DAL POZZO, Augusto Neves. *Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano11, n.122, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77710>>. Acesso em: 17 maio 2017.

¹²⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos da engenharia e construção*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex, 2011. p. 39.

obrigação após a entrega da obra e da comprovação de que está ela em condições de funcionamento.

Ademais, o citado autor pontua que contratos baseados nesse regime de execução, à semelhança daqueles conduzidos pela empreitada por preço global, serão por preço certo e total. A escolha entre elas, contudo, não será ato discricionário da administração, eis que há hipóteses em que é cabível a empreitada integral e outras em que tal opção se mostra inadequada.

Nesse sentido, faz menção a Marçal Justen Filho, que assim dispõe:

O regime de empreitada integral é utilizado para situações que envolvam a implantação de uma unidade operacional, em que a infraestrutura física é necessária, mas não suficiente para satisfazer o interesse da Administração. O objeto visado pela contratação é a construção da infraestrutura e a implementação de serviços e outras atividades indispensáveis ao desempenho de uma atividade operacional dinâmica.¹²⁸ (grifos acrescentados).

Passando-se ao regime de execução denominado contratação integrada, importa ressaltar que o cotejo das definições relacionadas à empreitada integral¹²⁹, constantes tanto do Estatuto das Licitações como na Lei nº 12.462/2011, conduz à conclusão de que aquele regime, em grande medida, se assemelha à contratação integrada, visto que tanto nesta quanto naquela há grande transferência das atividades e dos riscos para os particulares, os quais são incumbidos de executar, à plenitude, o objeto pactuado.

Nesse sentido, há diversas manifestações doutrinárias.

¹²⁷ RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Os regimes admitidos pela Lei do RDC para a execução indireta de obras e serviços*. 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 152.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei nº de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 165.

¹²⁹ Segundo Marçal Justen Filho, a empreitada integral é adequado “nas hipóteses de objetos dotados de elevada carga de complexidade, em que a Administração não dispõe de condições de identificar, de modo preciso e exato, as etapas, as tecnologias e os custos mais adequados. A empreitada integral propicia, nestes casos, que a Administração atribua aos licitantes uma margem mais ampla de autonomia para conceber soluções complexas heterogêneas” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 131).

Cita-se, a título exemplificativo, a opinião de Cesar Guimarães Pereira¹³⁰, que pontua que a contratação integrada é similar à empreitada integral, com a diferença essencial de que, naquela, a elaboração do projeto básico é atribuída ao contratado como parte do escopo contratual.

De igual modo, é o ensinamento de Dal Pozzo, *in verbis*:

No regime da contratação integrada, deverá então o licitante elaborar e desenvolver o projeto básico e executivo, além de executar as obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais intervenções necessárias e suficientes para entrega final do objeto.

Nesse sentido, verificasse que o legislador exigiu ainda mais do licitante em relação ao que seria admitido pelo regime da empreitada integral (que, em verdade, era o que ampliava mais as atividades passíveis de serem desenvolvidas pelo particular durante a execução contratual).

Acabou efetivamente inserindo um *plus* dantes vedado: autorizou que o projeto básico, que à luz do regime das licitações sempre foi obrigatoriamente promovido pela Administração, fosse agora realizado pelos particulares que afluírem ao certame.¹³¹

Quanto ao tema, Jessé Torres Pereira Júnior¹³² e Marinês Restelatto Dotti pontuam quais tarefas serão atribuídas àquele que se sagrar vencedor de certame destinado a promover a contratação integrada. Suscitam que ao contratado competirá “elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, a execução dos serviços de engenharia e obras, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

À Administração Pública caberá o desenvolvimento dos estudos preliminares e a elaboração do anteprojeto, contendo as informações necessárias e suficientes para os licitantes formularem suas propostas.

¹³⁰ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratação estabelecido pela Lei 12.462/2011: as principais inovações*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 54, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

¹³¹ DAL POZZO, Augusto Neves. *Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n.122, fev.2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77710>>. Acesso em: 17 maio 2017.

¹³² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. A contratação integrada no RDC e seus regimes preferenciais de execução de obra ou serviço. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 129, p. 38-45, set. 2012.

Destacam, ainda, que embora a contratação integrada se aproxime da empreitada integral, há motivos para a coexistência de ambos regimes, *in verbis*:

A coexistência desses regimes justifica-se. É que há situações em que a Administração Pública defronta-se com a necessidade de contratar a execução de obra ou serviço cujo delineamento pormenorizado não seja do domínio técnico suficiente da Administração, mas o é de entidades empresariais atuantes no ramo do objeto da licitação. Daí conferir-se, nesses dois regimes, margem maior de autonomia ao contratado para que este conceba soluções técnicas e/ou operacionais essenciais à satisfatória execução do objeto.

E continuam ao suscitar que:

A diferença entre os regimes de empreitada integral e de contratação integrada reside na ampliação das atribuições do contratado. Na contratação integrada, o particular também é chamado a participar da concepção do objeto a ser contratado, por isto que lhe cabe a elaboração do projeto básico, com o que a ele é transferida parcela maior dos riscos da execução, proporcional às responsabilidades assumidas desde o traçado do projeto básico, a seu cargo.

Dito isto, verifica-se que a contratação integrada se diferencia dos demais regimes de execução contratual, principalmente da empreitada integral, por ser atribuída ao particular a incumbência de realizar ações que antes competiam exclusivamente à administração contratante.

Com efeito, salienta-se que a margem de autonomia deferida ao particular na contratação integrada é bastante superior, mais ampla, pois as atividades a serem desenvolvidas serão norteadas por um simples anteprojeto de engenharia, o qual, consoante disposto no artigo 9º, §1º, da Lei nº 12.462/2011, atribui ao contratado a elaboração do projeto básico e executivo. Veja-se:

Art. 9º 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: (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

[...]

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. (grifos acrescidos)

Os autores Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante assim conceituam o anteprojeto de engenharia, *in verbis*:

O anteprojeto, nesse sentido, em uma visão técnica, é a peça prévia, necessária e fundamental para a obtenção de um projeto básico; é a linha de contorno da concepção das soluções técnicas, a ser devidamente preenchida pelo projeto detalhado.¹³³

Convém anotar, para fomentar a diferenciação entre os regimes de execução, quais elementos devem constar do projeto básico a ser observado no caso da empreitada integral e as informações que devem constar do anteprojeto fornecido pela administração na hipótese de ser promovida a contratação integrada.

Nesse sentido, destaca-se que, segundo definido no art. 2º da Lei nº 12.462/2011, o projeto básico é o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para”:

- 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;

Importante destacar que o projeto básico, segundo o entendimento apresentado pela norma do RDC, não é tão abrangente quanto àquele conceituado no âmbito da Lei de Licitações e Contratos, a qual assim o define:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

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

¹³³ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.257.

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;

O anteprojeto de engenharia, por seu turno, exige do órgão contratante um esforço de projetos muito inferior, eis que não são exigidos diversos elementos contemplados pelos projetos básicos.

Nessa linha, o art. 9º, §2º da Lei nº 12.462/2011, prescreve que o anteprojeto deverá contemplar os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo (a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço detalhado; (b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; (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.

O Decreto nº 7.581/ 2011, em complementação à Lei nº 12.462/2011, apresenta outras características do citado anteprojeto. Veja-se:

Art. 74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo:

I - a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

II - as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega;

III - a estética do projeto arquitetônico; e

IV - os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

§ 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.

§ 2º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologia diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 3º O anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas das licitantes.

§ 4º Os Ministérios supervisores dos órgãos e entidades da administração pública poderão definir o detalhamento dos elementos mínimos necessários para a caracterização do anteprojeto de engenharia. (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

Tal definição, todavia, não é única.

Nesse sentido, destaca-se que o Instituto Brasileiro de Auditoria de Engenharia (IBRAENG), conceitua o anteprojeto como "o conjunto de documentos técnicos (desenhos e textos) que possibilitam a caracterização da obra ou serviço planejado, que representam a

opção aprovada no estudo de viabilidade e que permitem a estimativa dos custos e prazos de execução dos seus serviços, bem como a elaboração do projeto executivo”¹³⁴.

A NBR 13.531/1995¹³⁵, a qual versa sobre a elaboração de projetos de edificações – atividades técnicas – preceitua o anteprojeto como a “etapa destinada à concepção e representação do conjunto de informações técnicas provisórias de detalhamento da edificação e de seus elementos, instalações e componentes, necessárias ao inter-relacionamento das atividades técnicas de projeto e suficientes à elaboração de estimativas aproximadas de custos e de prazos dos serviços de obra implicados”.

O Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop), por intermédio da orientação técnica nº4/2012 (ot-ibr 004/2012)¹³⁶, o define como a “representação técnica da opção aprovada no estudo de viabilidade, apresentado em desenhos sumários, em número e escala suficientes para a perfeita compreensão da obra planejada, contemplando especificações técnicas, memorial descritivo e orçamento preliminar”.

No âmbito do Tribunal de Contas da União há diversas manifestações acerca do conteúdo mínimo desejável em anteprojetos de engenharia. Destas, é digna de nota aquela constante do voto condutor do Acórdão 1.510/2013-Plenário¹³⁷, relatado pelo Ministro Valmir Campelo, segundo o qual foi promovida a análise do RDC Presencial 013/DALC/SBCT/2012, cujo objeto era a contratação do planejamento, gerenciamento e execução integral de todas as fases do empreendimento de reforma e ampliação do terminal de passageiros, do sistema viário de acesso e demais obras complementares do Aeroporto Internacional Afonso Pena, na região metropolitana de Curitiba/PR.

Naquela ocasião, em virtude das inúmeras falhas identificadas no procedimento adotado pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, o Ministro-Relator reiterou que tal anteprojeto de engenharia deve conter requisitos mínimos aptos a caracterizar a obra com razoável precisão e permitir a efetiva comparação entre as propostas apresentadas pelos licitantes, *in verbis*:

¹³⁴ Instituto Brasileiro de Auditoria de Engenharia. *OT-002/2014-IBRAENG: elementos mínimos para anteprojetos de engenharia*. Fortaleza, 2014.

¹³⁵ Disponível em: <<http://apoioididatico.iau.usp.br/projeto3/2013/nbr13531.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

¹³⁶ Disponível em: <<http://portalgeoobras.tce.mg.gov.br/docs/OT%20IBR%2004-2012%20Ibraop.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

[...]o anteprojeto deve oferecer elementos mínimos que permitam a efetiva caracterização da obra e comparação entre as propostas, tal qual se estampa no art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei nº 12.462/2011 e do art. 74, § 3º, do Decreto 7.581/2011. Faz-se obrigatório conferir à licitação um lastro mínimo comparativo para a definição da proposta mais vantajosa. Também se exige a apresentação de elementos que subsidiem as concorrentes de informações suficientes e indispensáveis para o dimensionamento de suas soluções, capazes de nortear o oferecimento de um preço, com responsabilidade e segurança.

[...]

Ante o exposto, entendo que se possa notificar a Infraero que, no caso de obra de edificação, em regra, faz-se necessário que o anteprojeto preveja a arquitetura consistente do empreendimento, tendo em vista ser essa a informação definidora do produto a ser entregue à Administração e constituir-se em elemento fundamental para a avaliação de eventuais metodologias diferenciadas para o seu adimplemento, como também para a elaboração dos demais projetos de engenharia a serem desenvolvidos à época do projeto básico.

Conveniente, ainda, para melhor instrução de seus processos futuros, de forma a não repetir os erros então encontrados, elucidar que, 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 nº 12.462/2011 devem se basear em orçamento sintético tão detalhado quanto possível, balizado no Sinapi ou no 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 nº 12.462/2011.

Observa-se, pois, que embora existam múltiplas definições de anteprojeto de engenharia, aspecto esse que fomenta críticas à contratação integrada, as atividades desempenhadas para a sua elaboração, ainda sim, são mais simples do que aquelas necessárias à elaboração do projeto básico.

Assim, apresentados, em linhas gerais, os conceitos necessários ao correto entendimento e diferenciação dos modelos de execução previstos no RDC, passasse ao exame da contratação integrada no âmbito do RDC.

¹³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Levantamento de auditoria. Acórdão 1510/2013-Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão data 19/06/2013.

III - DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Apresentadas as noções gerais do Regime Diferenciado de Contratações e as diferenças existentes entre o regime de contratação integrada e os demais que o RCD contempla, passa-se à discussão relativa ao regime de execução de obras e serviços avaliado no presente trabalho.

Desse modo, serão apresentados os princípios aplicáveis à contratação integrada, bem como diversas características necessárias ao correto entendimento do instituto. Ademais, considerando-se que diversos autores comparam o regime de contratação integrada a modos de execução contratual existentes em outros países, faz-se necessária a avaliação desses sistemas, de modo confrontá-los com o sistema nacional.

Assim, passa-se à análise dos princípios aplicáveis à contratação integrada.

III.1 - Dos princípios aplicáveis à contratação integrada

Princípio, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, é o mandamento nuclear de um sistema, seu verdadeiro alicerce. Constitui uma disposição, de caráter fundamental, que “se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”¹³⁸.

Destaca o autor a necessidade de os princípios serem observados, ressaltando que sua violação é muito mais grave do que a transgressão a quaisquer regras. Pondera:

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa uma insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹³⁹

A partir desse ponto, observa-se que os princípios são edificados em um plano específico, diverso daquele atribuído às regras.

¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2008, pp. 942/943.

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, pp. 942/943.

Como amparo a tal conclusão, faz-se remissão a Canotilho que, partindo do entendimento de que normas compreendem tanto regras quanto princípios, as quais seriam espécies daquelas, apresenta a seguinte conceituação:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (...), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação e valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).¹⁴⁰

Na mesma linha, Gilmar Mendes Ferreira, amparando-se em Marcel Stati, afirma que “aquilo que caracteriza particularmente o princípio – e isso constitui sua diferença com a regra de direito (...) é, de um lado, a falta de precisão e, de outro, a generalização e abstracção lógica”¹⁴¹.

Assim, feitas essas breves distinções entre regras e princípios, convém reiterar que a Lei nº 12.462/2011 foi expressa ao enumerar diversos princípios que devem ser observados em licitações e contratos firmados sob a égide do Regime Diferenciado de Contratações. São eles o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência,

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª ed., 1999, pp.1087/1088.

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.30.

probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo¹⁴².

Observe-se que tais princípios são semelhantes àqueles contidos na Lei nº 8.666/1993, aspecto esse que motivou críticas à elaboração da Lei nº 12.462/2011, pois a norma apenas teria repetido, de maneira desnecessária, dispositivos constantes da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Nesse sentido, Sidney Bittencourt pontua que “o dispositivo [art. 3º da Lei nº 12.462/2011] é passível de crítica idêntica à realizada no artigo anterior, uma vez que os princípios licitatórios já estão enunciados no art. 3º da Lei Geral de Licitações, com exceção dos princípios da economicidade e eficiência”¹⁴³.

Além disso, os princípios que não estão expressos na Lei nº 8.666/1993 constam do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a qual determina que a administração pública direta dos entes federativos obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Existem, outrossim, diversos outros princípios que também são aplicáveis às licitações e às contratações públicas, os quais podem ser extraídos da Constituição Federal por intermédio de sua análise sistemática.

Dito isso, ressaltada a diferenciação entre princípios e regras, bem como a origem de diversos princípios, serão apresentadas ponderações acerca de alguns primados, ressaltando-se que o presente capítulo não busca exaurir o estudo do tema seja em termos qualitativos ou mesmo quantitativos, isto é, diversos princípios aplicáveis à administração pública não serão, nessa oportunidade, objeto de estudo.

III.1.1 Do princípio da legalidade

O princípio da legalidade decorre do texto constitucional que, em momentos diversos, a ele faz referências.

¹⁴² Conforme art. 3º da Lei nº 12.462/2011.

¹⁴³ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, alterado pelo Decreto nº 8.251, de 23.05.2014, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 5.8.2011: Lei do RDC*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 64.

Nessa linha, anota Gilmar Mendes que a Constituição Federal consagra no art. 37 a ideia de que a Administração Pública está submetida, entre outros, ao princípio da legalidade, que abrange o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal¹⁴⁴. O princípio da legalidade, portanto, seria o gênero, enquanto a supremacia da lei e o princípio da reserva legal seriam espécies daquele.

A supremacia da lei, ainda na lição do citado autor, expressa a vinculação da Administração ao Direito, motivo pelo qual o ato administrativo contrário à norma seria inválido. A reserva legal, por seu turno, exige que qualquer intervenção na esfera individual seja autorizada por lei.

Noutra linha, José Afonso da Silva¹⁴⁵ entende que o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal não possuem a citada relação de gênero e espécie. São autônomos, situam-se no mesmo patamar.

Discorre que o princípio da legalidade significa submissão e respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O princípio da reserva legal, por seu turno, consiste na dicção de que a regulamentação de determinados assuntos deve se fazer necessariamente por lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁶ anota, quanto ao princípio da legalidade, o seguinte:

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações cadilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anteiro esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

Não obstante a divergência doutrinária alhures pontuada, resta claro que no desempenho das atividades avaliadas neste trabalho, relacionadas à prática de atos

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.831.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 421.

administrativos com vistas a promover contratações sob o regime da contratação integrada, deve o gestor público submeter-se aos ditames legais, agindo segundo o espaço que lhe é conferido pelos princípios e normas aplicáveis.

III.1.2. Do princípio da impessoalidade.

Ao classifica-lo como corolário maior do princípio da legalidade, Gilmar Mendes anota o seguinte:

O princípio da impessoalidade consubstancia a ideia de que a Administração Pública, enquanto estrutura composta de órgãos e pessoas incumbidos de gerir a coisa pública, tem que desempenhar esse múnus sem levar em conta interesses pessoais, próprios ou de terceiros, a não ser quando o atendimento de pretensões parciais constitua concretização do interesse geral.¹⁴⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello, na mesma linha, diz que tal princípio não decorre do princípio da legalidade. Mais que isso, a ele é inerente, está nele contido, “pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada”¹⁴⁸.

Hely Lopes Meireles o confunde com o princípio da finalidade e o princípio da igualdade, ao pontuar que “nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”.¹⁴⁹

Assim, quando forem tratados atos destinados a viabilizar contratações públicas sob o RDC, ou mesmo atos relacionados à gestão de contratos, não devem ser consideradas vontades pessoais dos gestores públicos, dos contratantes, devendo sempre preponderar o interesse geral da sociedade.

¹⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.932.

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42. ed. atual. até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p.97.

III.1.3. Do princípio da moralidade.

Segundo o princípio da moralidade, devem os agentes públicos agir com honestidade, lealdade, boa-fé no exercício da função administrativa¹⁵⁰.

Convém registrar que a moralidade não se confunde com a observância às leis. Ademais, a ela não se pode dar um entendimento social, isto é, comum à sociedade.

Nessa linha, José Afonso da Silva¹⁵¹ ensina que a lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente, ou seja, atos legais podem ser considerados tanto morais quanto imorais. Como exemplo, anota que “quando a execução [de um ato administrativo] é feita, por exemplo, como intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”.

A importância desse preceito é tal que Gilmar Mendes faz a seguinte ponderação:

o princípio da moralidade densifica o conteúdo dos atos jurídicos, e em grau tão elevado que a sua inobservância pode configurar improbidade administrativa e acarretar-lhe a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível¹⁵².

Em acréscimo, deve ser registrado que a imoralidade decorrente da inobservância ao princípio em tela não se confunde com a denominada imoralidade social. Dela diverge em virtude de estar ligada ao conceito de bom administrador, de atuação que vise alcançar o bem estar de toda a coletividade e dos cidadãos aos quais a conduta se dirige¹⁵³.

III.1.4. Do princípio da igualdade.

À semelhança do princípio da legalidade, o princípio da igualdade se faz presente na Constituição Federal em diversas passagens, a exemplo do art. 3º, incisos III e IV, bem como o art. 5º, *caput* e inciso I.

¹⁵⁰ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo/ Matheus Carvalho* - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 73.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 649.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.833.

¹⁵³ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo/ Matheus Carvalho* - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 74.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre o tema, anota que em virtude desse primado não pode a administração desenvolver qualquer favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Ou seja, possuindo a incumbência de gerir os interesses de toda a coletividade, não pode tratar desigualmente aqueles cujos interesses representa¹⁵⁴.

Bernardo Gonçalves Fernandes¹⁵⁵, todavia, considera tal conceituação pouco moderna e a atribui ao pensamento de Aristóteles, discorrendo o seguinte sobre o tema:

No pensamento do filósofo grego, primeiro poderíamos falar que uma igualdade aritmética é estabelecer uma estrita relação entre a retribuição e a causa; ou, dito de outra forma, nessa perspectiva cada indivíduo tem exatamente a mesma importância e consideração, pressupondo equivalência na importância de cada um. Já a chamada igualdade geométrica implica uma proporcionalidade definida a partir da comunidade política; desse modo, o critério de merecimento é variável conforme o papel e a importância social do sujeito para a comunidade grega. Logo pessoas que desempenham funções diferentes na pólis recebem direitos diferentes. Como consequência, o princípio da igualdade servia para consagrar direitos hereditários decorrentes do pertencimento a uma determinada casta social.

Ao continuar, destaca que tal conceituação, a qual compreenderia apenas a igualdade formal, destinada a abolir privilégios ou regalias de classe, evoluiu com a revolução burguesa, passando a abranger uma igualdade material, voltada ao atendimento de condições de justiça social¹⁵⁶.

Anota, em acréscimo, que a visão mais moderna que não trata apenas da igualdade formal ou material. É aquela que visa à igualdade procedimental, “orientando-se para garantia da igual condição (opção) de participação do cidadão em todas as práticas estatais. Trata-se de uma igualdade aritmeticamente inclusiva, já que viabiliza um número cada vez mais crescente de cidadãos na simétrica participação da produção de políticas públicas”¹⁵⁷.

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 73.

¹⁵⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes* - 9. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPOOIVM, 2017. p.460.

¹⁵⁶ *ibidem*, p.461.

¹⁵⁷ *idem*, p.463.

III.1.5 Do princípio da publicidade

Do princípio da publicidade, previsto tanto na Constituição Federal quanto na Lei nº 12.462/2011, é conceituado por Hely Lopes Meirelles¹⁵⁸ da seguinte maneira:

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as parte e terceiros.

Na mesma linha, Gilmar Mendes, sobre o princípio da publicidade, leciona que:

No plano jurídico-formal, o princípio da publicidade aponta para a necessidade de que todos os atos administrativos estejam expostos ao público, que se pratiquem à luz do dia, até porque os agentes estatais não atuam para a satisfação de interesses pessoais, nem sequer da própria Administração, que, sabidamente, é apenas um conjunto de pessoas, órgãos, entidades e funções, uma estrutura, enfim, a serviço do interesse público, que, este sim, está acima de quaisquer pessoas. Prepostos da sociedade, que os mantêm e legitima no exercício das suas funções, devem os agentes públicos estar permanentemente abertos à inspeção social, o que só se materializa com a publicação/publicidade dos seus atos.¹⁵⁹

Diógenes Gasparini¹⁶⁰, ao lecionar sobre princípios, assim define o da publicidade:

Esse princípio [publicidade] **torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos.** (...) A essa regra escapam os atos e atividades relacionados com a segurança nacional (art. 5º, XXXIII, da CF), os ligados a certas investigações, a exemplo dos processos disciplinares, de determinados inquéritos policiais (art. 20 do CPP) e dos pedidos de retificação de dados (art. 5º, LXXII, b, da CF), desde que prévia e justificadamente sejam assim declarados pela autoridade competente. (grifou-se)

Tal princípio, conforme anota¹⁶¹ Hely Lopes, possui duas funções distintas. A uma, visa garantir o efeito dos atos administrativos perante terceiros. A duas, intenta propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral.

¹⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores: São Paulo, 34ª edição, 2008, p. 95.

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 788.

¹⁶⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Saraiva: São Paulo, 10ª edição, 2005, pp. 11/14.

¹⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42. ed. atual. até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p.97.

O cotejo dos conceitos apresentados conduz à conclusão de que o objetivo precípuo desse princípio é que os atos administrativos sejam públicos e, desse modo, passíveis de serem controlados.

Nesse sentido, convém anotar que inobstante a previsão principiológica, também foram criadas regras com vistas a garantir sua eficácia. Destas, cita-se a Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Como já antecipado, o descumprimento a princípios é grave e, por certo, implica em sanções.

Não é demais lembrar que a própria Lei de Acesso à Informação diz ser uma conduta ilícita¹⁶² recusar-se a fornecer informação requerida, retardar deliberadamente o fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta.

De igual modo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1993, art. 11, IV¹⁶³) considera improbidade administrativa ato que atente contra os princípios da Administração Pública. A rigor, violar princípio, qualquer que seja, inclusive o da publicidade, constitui ato de improbidade administrativa, sujeitando o infrator às sanções discriminadas nessa norma¹⁶⁴.

¹⁶² Conforme inciso I, do art. 32, da Lei 12.527/2011.

¹⁶³ Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa **que atenta contra os princípios da administração pública** qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;

VIII - instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente. (grifou-se)

¹⁶⁴ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

.....
III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

III.1.6 Do princípio da eficiência

Conforme ensina Hely Lopes Meirelles¹⁶⁵, o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Diz o autor que tal princípio é o mais moderno da função administrativa, pois o Estado exigia apenas que os atos se conformassem com as leis. Agora, devem, de modo mais abrangente, trazer resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Gilmar Mendes anota que “nos Estados burocráticos-cartoriais, o princípio da eficiência configura um brado de alerta [...] contra os vícios da máquina administrativa, sabidamente tendente a privilegiar-se, na medida em que sobrevaloriza os maíus, em que, afinal, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviços dos quais vem a ser instituída.”¹⁶⁶

No mesmo sentido são as ponderações de José Afonso da Silva, *in verbis*:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. [...] Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.¹⁶⁷

Na linha defendida pelos referidos autores, nota-se que, embora todos os princípios antes referenciados se façam presentes nos procedimentos conduzidos sob a égide da Lei nº 12.462/2011, este ganha destaque na norma em comento, sendo, inclusive, um de seus objetivos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42. ed. atual. até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p.105.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 834.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 652.

III.1.7 Do princípio da probidade administrativa.

Probidade administrativa, conforme ensina José Afonso da Silva¹⁶⁸ fazendo referências a Marcello Caetano, consiste no dever de o funcionário servir a administração com honestidade, procedendo, no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

A diferenciação deste princípio daquele que trata da moralidade administrativa não é tarefa singela, existindo doutrinadores que sequer a fazem. Nesse sentido, é digna de nota a manifestação de Maria Zylvia Zanella di Pietro, a seguir transcrita:

A Lei nº 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º).¹⁶⁹

Todavia, Marçal Justen Filho é expresso ao pontuar que, embora complementares, os princípios da moralidade e da probidade possuem áreas de abrangência não coincidentes. Veja-se:

A moralidade se aproxima da boa-fé. Trata-se de um elemento subjetivo de respeito aos interesses alheios, que deve traduzir-se em condutas objetivas harmônicas. Não significa a vedação à obtenção de vantagens, mas a proibição a que tais vantagens sejam ocultas ou obtidas mediante artifícios ou expedientes reprováveis.

A probidade se aproxima da honestidade e se relaciona especialmente com a vedação à obtenção de benefícios não autorizados pela legislação às custas dos bens ou dos serviços administrativos. Mais precisamente, a probidade significa a vedação ao exercício de competências administrativas para obter vantagem para si ou para outrem ou para gerar prejuízos para terceiros – fora dos limites autorizados pelo Direito.

Entende Hely Lopes Meirelles¹⁷⁰, após ressaltar que a probidade deve ser característica de todo administrador público, que a inclusão desse princípio as Licitações e Contratos

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 650.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. p.385.

¹⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42. ed. atual. até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 321.

Administrativos deve ser interpretado como uma advertência às autoridades que promovem ou julgam licitações.

Importante, pois, que o leitor possua noção da importância desses princípios os quais visam que o agente público se paute de acordo com as normas, buscando sempre o melhor resultado para a coletividade.

III.1.7 Do princípio da economicidade.

Embora seja pouco debatido pela doutrina constitucionalista, o princípio da economicidade está expressamente previsto no art. 70 da Constituição Federal e representa, em síntese, a promoção de resultados esperados com o menor custo possível.

Quanto ao tema, Paulo Soares Bugarin anota:

o gestor público deve, por meio de um comportamento ativo, criativo e desburocratizante tornar possível, de um lado, a eficiência por parte do servidor, e a economicidade como resultado das atividades, impondo-se o exame das relações custo/benefício nos processos administrativos que levam a decisões, especialmente as de maior amplitude, a fim de se aquilatar a economicidade das escolhas entre diversos caminhos propostos para a solução do problema, para a implementação da decisão.¹⁷¹

Tal princípio mereceu grande destaque nas normas que regem licitações e contratos, evidência esta reiterada pela Lei nº 12.462/2011, a qual o utiliza inclusive para limitar o valor das propostas apresentadas à administração pública.

Nesses termos, cita-se o inciso III, do art. 24 daquela norma, o qual prevê que serão desclassificadas propostas cujos preços “permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei”.

O próprio Tribunal de Contas da União, em diversas assentadas, fez ponderações acerca deste tema. Veja-se, por exemplo, o que dispôs por intermédio do Acórdão TCU nº 991/2009 - Plenário:¹⁷²

Quanto ao princípio da economicidade, é preciso considerar que, em razão da economia de escala, quanto maior o quantitativo de um produto ou

¹⁷¹ BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Eficiência, um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar*. Brasília: revista do Tribunal da União – Fórum Administrativo, mai/2001, p. 240.

¹⁷²Rel. Min. Marcus Vinícios Vilaça, Sessão 13.05.2009.

serviço a ser adquirido, menor tende a ser seu preço unitário. Assim, se um edital prevê a aquisição de determinada quantidade de um produto ou serviço, mas é adquirido o dobro, ainda que no dobro do prazo inicialmente previsto, é possível que tenha havido desvantagem para a administração em termos de economia de escala.

Dito isso, destaca-se a importância do presente princípio para as contratações públicas conduzidas sob a Lei nº 12.462/2011.

III.1.8 Do princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

Ao tratar do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, Benjamin Zymler e Laureano Dios destacam que o direito ao meio ambiente equilibrado está expressamente previsto na Constituição Federal. Veja-se:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está expressamente previsto no texto constitucional, segundo o qual compete ao Poder Público, além da coletividade, defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. De forma a assegurar a efetividade desse direito, a Constituição atribui ao Poder Público diferentes obrigações e erigiu a defesa do meio ambiente como um dos princípios de orientação da atividade econômica nacional (artigos 170 e 225).¹⁷³

Ao tratarem especificamente da Lei nº 12.462/2011, destacam a previsão normativa contida no inciso III do art. 4º da Lei nº 12.462/2011 e no art. 5º do Decreto regulamentador, a qual estabelece a possibilidade de exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental na forma da legislação aplicável.

Dizem, ainda, que o “Estado não só pode como deve fomentar a adoção de tecnologias e procedimentos ambientalmente sustentáveis”, ressaltando, no entanto, que a preocupação com esse aspecto deve ser razoável, proporcional, “evitando-se atingir o núcleo essencial dos demais princípios”¹⁷⁴.

Ainda sobre o tema, Marçal Justen Filho anota que a “referência legal a efeitos sociais e ambientais deve ser interpretada na acepção de externalidades econômicas. A referência a benefícios de natureza social e ambiental deve focada sob o ângulo econômico”¹⁷⁵.

¹⁷³ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 36.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013.p. 84.

III.1.9 Do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Conforme ensina Claudio Sarian Altounian, o princípio de vinculação ao instrumento convocatório estabelece a impossibilidade de apresentação de propostas em desacordo com os parâmetros fixados, bem como da alteração das principais regras estabelecidas no decorrer do processo.

Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles registra que esse princípio é básico das licitações e contratos, pois não “se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado”¹⁷⁶.

Com propriedade, anota que o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu. A condução do certame, o julgamento das propostas e a contratação devem observá-lo. Assim, caso a Administração verifique que existem impropriedades, deverá invalidá-la e, posteriormente, reabri-la, desta feita escoimada dos vícios porventura identificados.

Arremata o autor que tal princípio não constitui óbice absoluto, o qual impeça a administração, o judiciário, ou mesmo os órgãos de controle, de interpretar o edital e dele, com fundamento nos princípios da razoabilidade, extrair o seu melhor significado.

III.1.10. Princípio do Julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, visa “impedir que a licitação seja decidida sobre o influxo de subjetivismos, de sentimentos, de impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”¹⁷⁷.

Tal definição conduz à conclusão de que o referido princípio se traduz na aplicação de outros já estudados, isto é, visa que o julgamento seja impessoal, moral, vinculado ao instrumento convocatório.

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42. ed. atual. até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 321.

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 493.

É pertinente, contudo, o alerta exarado por Celso Mello¹⁷⁸, no sentido de que o julgamento objetivo somente será atingido em certames conduzidos sob o critério menor preço, pois se houverem critérios técnicos envolvidos, por certo haverá algum grau de subjetivismo quando julgamento ou da elaboração dos critérios constantes do edital.

III.2 – Características da contratação integrada.

Prevista no art. 9º da Lei nº 12.462/2011, a contratação integrada, alçada, ao lado da empreitada por preço global e da empreitada integral, como um dos regimes de contratação preferencias do RDC¹⁷⁹, poderá ser utilizada pela administração pública desde que técnica e economicamente justificada e na hipótese de o objeto envolver pelo menos uma das seguintes condições: (a) inovação técnica ou técnica; (b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. Veja-se:

Art. 9º 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: (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

I - inovação tecnológica ou técnica; (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

Em razão dessas exigências normativas, observa-se, na linha defendida por Mário Saadi¹⁸⁰, que a fase de planejamento do certame demanda o exame de diversos aspectos pelo gestor, o qual é obrigado a apresentar justificação técnica e econômica para fundamentar sua opção pela contratação integrada.

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 492.

¹⁷⁹ Conforme §1º do art. 8º da Lei 12.462/2011;

¹⁸⁰ SAADI, Mário. *A contratação integrada e o planejamento das licitações: hipóteses de utilização e distribuição de riscos contratuais*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.91.

Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer, ao se manifestar sobre a matéria, pontua que a administração deve demonstrar a viabilidade e a utilidade de atribuir ao particular a elaboração dos projetos. Continua ao registrar que “a adoção da contratação integrada pode justificar-se a partir da demonstração de que ela constitui solução mais eficiente em determinado caso – seja porque mais econômica, seja por agregar maior qualidade técnica à contratação”¹⁸¹. Arremata ao suscitar:

A contratação integrada deve estar fundada não apenas nas carências técnicas da Administração ou na alusão à expertise do setor privado, mas na demonstração de que a reunião dos encargos de concepção e execução da obra ou serviço num único contrato acarreta vantagens objetivas de ordem técnica ou econômica decorrentes da adoção desse regime contratual específico.¹⁸²

Marçal Justen Filho, por seu turno, pontua que a contratação integrada apenas deve ser adotada em situações nas quais a complexidade técnica do objeto justifique a atribuição ao particular contratado de uma margem de autonomia adequada à concepção de soluções inovadoras, de modo a assegurar a obtenção de um resultado predeterminado. Diz o autor que a vantajosidade econômica da contratação integrada apenas se verifica em casos em que há complexidade e problemas envolvidos na execução do objeto¹⁸³.

Conforme se pode observar, a doutrina é uníssona ao destacar a necessidade de um estudo prévio apto a motivar, sob o prisma econômico e técnico, a escolha do administrador.

A análise empírica releva, no entanto, que a demonstração dessas vantagens pode revelar-se problemática¹⁸⁴.

Nessa linha, o Tribunal de Contas da União, ao se manifestar sobre o assunto, reiterou, em diversos momentos, a necessidade da efetiva justificação técnica e econômica para ser adotada a contratação integrada.

¹⁸¹ REISDORFER, 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 165.

¹⁸² *Ibidem*, p. 166.

¹⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: (Lei nº 12.462/11 e Decreto nº 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013. p.190.

¹⁸⁴ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *op. cit.*, p. 166

Destes, ressalta-se o Acórdão 2.453/2014-Plenário¹⁸⁵, segundo o qual o Tribunal, ao avaliar obra conduzida pelo DNIT, constatou que a escolha do pavimento adotada no anteprojeto de engenharia não havia sido devidamente justificada e ensejava a possibilidade de ser contratada solução mais onerosa para a administração pública, em flagrante desrespeito ao princípio da economicidade.

Assim, o Tribunal, acompanhando posicionamento técnico de seus auditores, exarou determinação corretiva para que o DNIT, nos próximos certames, promovesse estudo técnico das soluções viáveis, adotando aquela que se mostrasse mais econômica para fins de orçamentação.

Merecedor de destaque, outrossim, é o Acórdão 1.850/2015-Plenário¹⁸⁶, destacado na jurisprudência sistematizada daquela Corte de Contas, o qual deu azo ao seguinte enunciado, *in verbis*:

A opção pelo regime de contratação integrada exige, nos termos do art. 9º da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico. No econômico, a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.

Ainda quanto à necessária justificação técnica e econômica, pode-se citar o Acórdão 2.153/2015-Plenário, segundo o qual o TCU, ao avaliar edital disponibilizado pelo DNIT, constatou que aquela autarquia apresentava justificativas genéricas para a escolha pela contratação integrada. Ponderou o Ministro-Relator que a inobservância aos ditames legais conduziria à indevida generalização da modalidade. Veja-se:

Deixar de apresentar a correta justificativa para a utilização da contratação integrada é permitir a generalização dessa modalidade, que tem como principal característica a transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico ao contratado para execução das obras. Por esse motivo, o

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.453/2014-Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Acórdão data: 17/9/2014.

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Monitoramento em Relatório de Auditoria. Acórdão 1.850/2015-Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Acórdão data: 29/07/2015.

ato administrativo que a autorize deve ser acompanhado de motivação adequada e fundamentada.¹⁸⁷

Digno de nota, também, o recente Acórdão 460/2017-Plenário, cujo enunciado constante da jurisprudência sistematizada daquela Corte de Contas foi vazado nos seguintes termos, *in verbis*:

A opção pelo regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias (art. 9º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011) deve ser fundamentada em estudos objetivos que a justifiquem técnica e economicamente e considerem a expectativa de vantagens quanto a competitividade, prazo, preço e qualidade em relação a outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global, e, entre outros aspectos e quando possível, considerem a prática internacional para o mesmo tipo de obra, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento.¹⁸⁸

Conforme pontuado em linhas anteriores, não só a justificação técnica e econômica se faz necessária para que seja utilizada a contratação integrada. A norma também demanda que o objeto envolva, ao menos, uma das seguintes características: (a) inovação técnica ou tecnológica; (b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Esse conjunto de pressupostos reforça a opinião de que a contratação integrada não se presta a serviços comuns de engenharia.

Com efeito, Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre o objeto da contratação integrada, destaca, em primeiro lugar, que ela somente poderá ser adotada quando ele envolver a execução de obras e serviços de engenharia e outras atividades necessárias a assegurar a operação de um empreendimento para produção de utilidades específicas ou a prestação de serviços públicos ou privados. Entende, então, que a contratação integrada se presta à realização de objetos complexos, motivo pelo qual “não é cabível a contratação integrada para execução de obras de engenharia puras ou para serviços de engenharia exclusivamente”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.153/2015-Plenário. Relator Ministro Vital do Rego. Acórdão data: 26/08/2015.

¹⁸⁸ Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/12/contrata%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520integrada/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/1>>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

¹⁸⁹ FILHO, Marçal Justem. *Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)* / Marçal Justen Filho. São Paulo: Dialética, 2013. p. 188.

Na mesma linha, Guilherme Reisdorfer entende que os pressupostos anteriormente destacados reforçam o entendimento de que a contratação integrada não é adequada para obras serviços comuns de engenharia, impondo-se a existência de justificativas técnicas peculiares para se recorrer à solução de atribuir ao particular a concepção dos projetos da prestação a ser contratada¹⁹⁰.

Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante¹⁹¹, ao se referirem sobre o objeto dos contratos firmados sob a égide do RDC, anotam que muito embora a lei não mais obrigue a adoção do critério de julgamento técnica e preço quando utilizada a contratação integrada, a preferência por esse critério de julgamento pode ser intuída em uma interpretação sistemática da Lei nº 12.462/2001, pois, para justificar preços superiores, decorrentes da elevação dos riscos atribuídos aos contratados em virtude da maior imprecisão do anteprojeto, devem haver ganhos qualitativos, decorrentes de “inovação tecnológica”, da “possibilidade de execução com diferentes tecnologias” ou “da possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado”.

Arrematam ao dizer, amparando-se no escólio de Portugal Ribeiro, “já que a própria elaboração do projeto básico concomitante à contratação já viabiliza concepção de metodologias diferenciadas, há que se sopesarem outros critérios para justificar a vantagem da utilização do novo regime”.¹⁹²

Passando ao exame pontual dos três pressupostos, convém ressaltar que Sidney Bittencourt, no tocante à inovação tecnologia ou técnica, diretamente correlacionada com os já mencionados objetivos RDC¹⁹³, registra que sua inserção na norma, embora não seja uma novidade em termos legislativos, “traz, de certa forma, inovação para o âmbito licitatório,

¹⁹⁰ REISDORFER, 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 166.

¹⁹¹ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 288/289.

¹⁹² *Ibidem*, p. 289.

¹⁹³ Vide alínea “c” do §1º do art. 1º da Lei 12.462/2011.

porquanto, não raro, o agente público detém conhecimentos técnicos e tecnológicos suficientes para especificar o objeto da solução”¹⁹⁴.

Continua o autor ao suscitar que a inserção da busca da inovação tecnológica ou técnica nos objetos a serem licitados por intermédio do RDC é bastante auspiciosa, pois determina que o objeto atraia o estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação, conforme dispõe a Lei nº 10.973/2004 (Lei Nacional de Inovação Tecnológica) que, dentre outras providências, estimula a criação de ambientes especializados e cooperativos de inovação¹⁹⁵.

Benjamin Zymler e Laureano Dios pontuam que a norma, quando se refere à inovação tecnológica, provavelmente o faz querendo fazer menção a objetos resultantes de inovação tecnológica ou técnica, visando incentivar o desenvolvimento de novas soluções¹⁹⁶.

Nota-se, todavia, que o fomento à inovação tecnológica não advém apenas da Lei nº 12.462/2011. Consta de diversas outras normas, dentre as quais cita-se, a título ilustrativo, a Lei nº 11.484/2007¹⁹⁷, que acresceu à Lei de Licitações e Contratos hipótese de a licitação ser dispensável quando seu objeto contemplar o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica.

Necessário notar, ademais, que a conceituação de inovação tecnologia ou técnica, embora necessária para o correto entendimento, aplicação e fiscalização do instituto, não consta da Lei nº 12.462/2011.

¹⁹⁴ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, alterado pelo Decreto nº 8.251, de 23.05.2014, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 5.8.2011: Lei do RDC*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 50.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁹⁶ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 126.

¹⁹⁷ BRASIL. Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

Nesse cenário, socorre-se do art. 2º da Lei nº 10.973/2004¹⁹⁸ para ressaltar que inovação é, segundo a Lei de Incentivos à Inovação e à Pesquisa Científica e Tecnológica, a “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho”.

Passando-se à possibilidade de a contratação ser amparada na execução com diferentes metodologias, art. 9º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011, são válidas as lições de Maurício Portugal Ribeiro¹⁹⁹, que suscita que tal dispositivo não traz qualquer acréscimo à norma. Nessa linha, pondera o autor:

[...] a realização da licitação com apenas o anteprojeto (sem o projeto básico) em si já abre possibilidade de que cada um dos possíveis vencedores da licitação, quando já contratado, preveja no projeto básico que vier a elaborar metodologias diferentes de execução. Portanto, a própria ideia de licitar a obra ou serviço com apenas o anteprojeto já traz ínsita a possibilidade de metodologias diferenciadas de execução que serão definidas e adotadas após a contratação, quando da elaboração do projeto básico de engenharia pelo contratado. [...]

Portanto, a existência de metodologias diversas de execução da obra que possam ser escolhidas pelo contratado é parte da própria ideia de contratação integrada. [...]

Ao realizar a contratação da obra apenas com o anteprojeto, não é apenas a escolha da metodologia de execução que é transferida ao contratado: é a própria realização do projeto básico, o que envolve muito mais do que a mera definição da metodologia de execução, que é uma parte, um segmento do conjunto de definições que compõe o projeto básico. [...]

Sendo assim, não é viável interpretar o § 3º do art.9º da Lei Federal nº 12.462/11, nem como uma autorização para que o contratado apresente projeto alternativo [...], nem como uma obrigação de explicitação pelos participantes [...] das decisões que eles tomarão (após a contratação) para a elaboração do projeto básico. (grifou-se).

Além disso, mesmo aos que não se filiam à mencionada ponderação de Maurício Portugal, há outros argumentos que denotam que não é a simples divergência de metodologia

¹⁹⁸ BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

que autoriza a utilização da contratação integrada, ou seja, não se mostra razoável conferir ao dispositivo interpretação puramente literal, sob pena de esta conduzir ao entendimento de que bastaria a presença de diferenças metodológicas na execução, ainda que mínimas ou em menor intensidade, entre as diversas soluções possíveis, para justificar a utilização da contratação integrada.

Tal raciocínio decorre do fato de todas as obras e serviços de engenharia poderem ser realizados mediante alguma variação metodológica, em diferentes graus de variação. Nessa situação, essa interpretação conduziria ao enquadramento de quase todo tipo de obra ou serviço de engenharia, trazendo uma generalização da aplicação do regime em se tratando de obra ou serviço de engenharia a dispensar enquadramento no disposto nos incisos I ou III do art. 9º da Lei do RDC.

Nesse sentido, há diversos arestos do Tribunal de Contas da União, a exemplo do Acórdão 1.399/2014-TCU-Plenário²⁰⁰, cuja relatoria competiu ao Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

26. Penso que o termo "diferentes metodologias" quis referir-se a diferenças em ordem maior de grandeza e de qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre propostas envolvendo diversas metodologias, de forma a propiciar ganhos reais para a Administração. Se em face do caráter ordinário e comum do objeto diferentes projetistas dimensionarem soluções muito semelhantes, não se justificará os maiores riscos (e, em tese, maiores preços embutidos) repassados para o particular, encarregado não só da execução das obras, mas também do projeto, nessa modalidade de contratação.

Na mesma linha, os autores Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante, ponderam o seguinte:

Nesse norte, o objeto deve ser tal que permita uma disputa efetiva em termos de metodologia/tecnologia. Se a obra for tão simples que as propostas oferecidas pelos particulares se tornem semelhantes, sem ganhos efetivos, não se justifica essa maior transferência de riscos (e maiores preços), pois a própria Administração poderia "dimensionar" esse objeto.

[...]

A diferença metodológica tem que ser verdadeira. Nos termos do voto condutor do Acórdão 1.510/2013-TCU-Plenário, 'se for vulgarizada, a

¹⁹⁹ RIBEIRO. Maurício Portugal. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.399/2014-Plenário. Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Acórdão data: 28/05/2014.

Administração terminará por pagar mais caro por um objeto que poderia, pela via tradicional, ser concebido por preços menores, nos mesmos prazos, e com riscos inferiores quanto a transtornos relativos à qualidade do produto pretendido' (TCU. Acórdão 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. DOU, 24 jun. 2013)

[...]

As vantagens provenientes da contratação integrada devem compensar a transferência de riscos para os particulares. O empreendimento deve ter uma complexidade mínima que viabilize esses ganhos, que enseje uma real competição, em termos de solução, capaz de render benefícios para aferição de vantagem pelo setor público, a serem preferencialmente pontuados. Essa demonstração é o supedâneo para a motivação da vantagem para utilizar o regime. Obra ou serviço de engenharia de tal simplicidade que permita à própria Administração chegar à solução ideal não teria um contraponto justificador para esse direcionamento de riscos ao particular.²⁰¹

Igualmente relevante é o Acórdão 2.725/2016-Plenário²⁰², por meio do qual assentou-se que tais metodologias se restringem (a) às situações em que as características do objeto permitam que haja real competição entre as licitantes para a concepção de metodologias e tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público, no que refere a competitividade, prazo, preço e qualidade, em relação a outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global; e (b) à fundamentada em análise comparativa com contratações já concluídas ou outros dados disponíveis, procedendo-se à quantificação, inclusive monetária, das vantagens e desvantagens da utilização do regime de contratação integrada, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento, e sendo necessária a justificativa circunstanciada no caso de impossibilidade de valoração desses parâmetros.

Como amparo a tal conclusão, o Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do Acórdão 2.725/2016-Plenário, ponderou o seguinte:

No tocante ao achado 3.1, constante da alínea a, ressaltou, para que uma obra seja licitada pelo regime de contratação integrada do RDC, a Lei nº 12.462/2011, em seu art. 9º, incisos I, II e III, exige que o objeto da licitação envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: a) inovação tecnológica

²⁰¹ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p 289/290.

²⁰² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.725/2016-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Acórdão data: 26/10/2016.

ou técnica; b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Ante a essa obrigação legal, o DNIT deve demonstrar, nos procedimentos licitatórios pelo regime de contratação integrada, que resta atendida pelo menos uma das condições supracitadas, sob pena de arcar com atos administrativos ilegais e passíveis de anulação.

No que concerne à licitação de objeto que possa ser executado com diferentes metodologias, essa Corte de Contas tem combatido justificativas genéricas usadas pelos gestores nos processos de licitação que adotam a contratação integrada. Busca-se, com isso, assegurar que a opção pelo regime de contratação integrada ocorra naqueles casos em que o ônus financeiro incorrido pela administração pública advindo dos riscos assumidos pela contratada seja compensado por projetos realmente inovadores, com metodologia diferenciada, que proporcionem resultado qualitativa e economicamente mais vantajoso para administração pública.²⁰³

Soma-se ao entendimento entabulado na referida deliberação aquele contido no Acórdão 3.569/2014 – Plenário, segundo a qual pontou-se que diferentes metodologias executivas que configurem condições de meio – ou seja, refiram-se ao “como fazer” e não alterem as características do objeto final pretendido pela Administração – apenas podem ser admitidas nas contratações pela empreitada por preço global referida no inciso II do art. 8º, regime preferencial do RDC, cuja adoção prescinde de justificativas específicas.

No tocante às tecnologias de domínio restrito, Benjamin Zymler e Laureano Dios²⁰⁴ registram que a norma prevê a existência de produtos ou soluções distintas que devem ser objeto de avaliação por parte da administração, não sendo o foco desse exame, contudo, a divergência de metodologias, mas a presença de soluções tecnológicas dominadas por poucos agentes do mercado.

Ao se manifestar sobre o tema, o Tribunal de Contas da União, mediante Acórdão 1.510/2013-Plenário²⁰⁵, firmou entendimento de que pressupõe um método particular, próprio, único.

Evidenciados, assim, os pressupostos que se fazem necessários para que possa ser promovida a contratação integrada, forçoso memorar que a Advocacia Geral da União

²⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.725/2016-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Acórdão data: 26/10/2016.

²⁰⁴ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 128.

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.510/2013-Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão data: 19/06/2013.

(AGU), não obstante a clareza da norma, emitiu parecer²⁰⁶ por meio do qual expressou a opinião de que a contratação integrada não estaria subsumida às hipóteses de objeto previstas nos incisos I e II do §1º do art. 20 da Lei nº 12.462/2011, a seguir transcrito:

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.

Para chegar a tal entendimento, aquele órgão partiu da constatação de que a contratação integrada, juntamente à empreitada por preço global e à empreitada integral, são regimes de execução preferencial da Lei nº 12.462/2011. A restrição de sua utilização a situações nas quais houvesse a inequívoca demonstração dos pressupostos antes referenciados conduziria à transformação da contratação integrada em regime excepcional.

Como conclusão, consignou-se, ainda, que a administração poderia se utilizar do regime contratação integrada para a contratação de obras e serviços de engenharia, desde que essa opção fosse técnica e economicamente justificável, sendo esta a única condicionante *sine qua non* para se optar pela contratação integrada.

Tal manifestação, assim que emitida, passou a amparar diversas contratações da administração pública nas quais foi possível vislumbrar a prefalada generalização da utilização da contratação integrada.

Destas, faz-se referência às obras de ampliação do terminal de passageiros, do sistema viário de acesso e demais obras complementares do Aeroporto Internacional Afonso Pena, em

²⁰⁶ BRASIL. Parecer AGU/RA-03/2012, de 4 de outubro de 2012. Dispõe sobre contratação integrada, obras e serviços de engenharia, critério de julgamento de técnica e preço. Disponível

São José dos Pinhais/PR, que, ao ser submetida ao crivo do Tribunal de Contas da União, mostrou-se indevidamente fundamentada.

Com efeito, conforme se depreende no voto condutor do Acórdão 1.510/2013-Plenário²⁰⁷, cujos principais excertos pedem-se vênias para transcrever a seguir, a Infraero pautou-se no mencionado posicionamento da AGU e não observou os ditames da norma. Veja-se:

10. A equipe técnica, após o exame do anteprojeto, não identificou que a obra contratada se enquadrasse como de *"natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica"* ou mesmo que pudesse ser executada *"com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado"*. De acordo com a SecobEdificação, ainda, a expressão *"domínio restrito no mercado"*, do nominado inciso II, refere-se, tanto à palavra *"tecnologia"*, quanto ao termo *"diferentes metodologias"*. Logo, as diferentes metodologias, como também as tecnologias empregadas para o adimplemento do objeto, haveriam de ser de domínio restrito no mercado.

11. A Infraero, por seu turno, em resposta à oitiva, apresentou o parecer da Advocacia Geral da União (AGU) com conclusão distinta. No Parecer AGU/RA nº 03/2012, exarado em resposta à solicitação pleiteada pela Ministra do Planejamento, assim se concluiu:

a) A possibilidade de adoção do regime de contratação **não** está subsumida às hipóteses de objeto previstas nos incisos I e II do § 1º do art. 20 [da Lei nº 12.462/2011]; e

b) A Administração Pública poderá utilizar preferencialmente o Regime de Contratação Integrada, disciplinado pelo art. 9º, para a contratação de obras e serviço de engenharia, desde que essa opção seja técnica e economicamente justificável, sendo esta a única condicionante *sine qua non* para se optar pela contratação integrada. (grifos no original)

12. A construção lógica empreendida no dito parecer baseia-se, em extrato, no fato de o regime de contratação integrada ser preferencial, segundo o art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.462/2011. Logo, caso se considerasse que o regime só pudesse ser aplicado em situações em que houvesse o *"domínio restrito do mercado"*, esse modo de contratação tornar-se-ia uma exceção, e não uma regra, tal qual limpidamente estampado na Lei do RDC. Essa suposta antinomia jurídica foi o supedâneo das conclusões da AGU.

13. Continua a Infraero que, não obstante a existência do Parecer AGU/RA nº 03/2012, entende a estatal que o termo *"domínio restrito de mercado"* não tem aplicação cumulativa com a possibilidade de o objeto poder utilizar diferentes metodologias. Segundo a empresa, se a obra

em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/parecer-agu-rdc-contratacao-integrada.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.510/2013-Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão data: 19/06/2013.

possibilita o emprego de diferentes metodologias para a sua execução, desde que tecnicamente justificada a vantagem, estaria motivado o emprego da contratação integrada. Apresenta, dessa maneira, os elementos técnicos que atestariam a vantajosidade da contratação, no caso concreto.

14. Em análise da questão, cabe, de pronto, desvendar a abrangência do art. 20, § 1º, da Lei nº 12.462/2011, relativo aos requisitos para a utilização da modalidade "técnica e preço". Esclareço, desde já, que, para o enquadramento do objeto nos ditames do dito dispositivo, entendo que a expressão "*de domínio restrito de mercado*" refere-se, especificamente, ao termo "*tecnologias*", e não, necessariamente, às "*diferentes metodologias*"; e nisso concordo com a Infraero.

15. Tal conclusão, inclusive, é compartilhada pelo eminente Ministro Benjamim Zymler, em sua obra "Regime Diferenciado de Contratação – RDC", em coautoria com o competente auditor Laureano Canabarro Dios (Belo Horizonte: Fórum, 2013):

Além de se referir a objetos executados com *diferentes metodologias*, a norma do RDC se refere também a execução com *tecnologias de domínio restrito de mercado* (...)

16. Digo isso primeiramente porque, em termos literais, considerar que o "*domínio restrito de mercado*" se reporte, também, aos objetos capazes de serem executados por "*diferentes metodologias*", levaria a uma técnica redacional de conclusões um tanto contraditórias. Existiriam certos tipos de objetos capazes de serem feitos por "*diferentes metodologias de domínio restrito de mercado*". Não que exista uma incompatibilidade definitiva entre a tecnologia de caráter restrito e a viabilidade de se utilizar diferentes metodologias. Ausculto, todavia, como regra, se para uma tecnologia de caráter restrito – com alguma intuição de unicidade e altíssima especialização –, haverá assim essa pluralidade recorrente de métodos. É de se denotar que a tecnologia restrita pressupõe um método particular, próprio, em algum termo único. A incoerência, no mínimo, é latente.

17. Aduzo que, por hermenêutica básica, a lei deve ser interpretada de maneira que mais harmonize os seus múltiplos dispositivos. Entre duas possíveis leituras, prefira-se a que não causa contradição entre seus mandamentos. Nessa trilha, não vislumbro o porquê de não considerar o rogado do art. 20, § 1º, como contorno, também, dos objetos a serem licitados pelo regime de contratação integrada. Até porque eles não são exaustivos. Outros elementos da obra ou serviço de engenharia devem estar presentes para consubstanciar a vantagem do novo instituto, em detrimento das outras preferências (regimes global e integral).

18. Se tido, assim, que a diversidade de metodologias construtivas pode ser vista, isoladamente, como condição para que se licite por "técnica e preço", não vejo, *data maxima venia* ao Parecer AGU/RA nº 03/2012, rudimentos para a caracterização da dita antinomia. Lembro também que existem outros regimes preferenciais estampados no art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.462/2011, como a empreitada por preço global e a empreitada integral. Dentre essas feições preferenciais, cada objeto, por suas características, irá moldar a melhor adequação às necessidades da administração, em termos de melhor vantagem.

19. Aliás, nessa linha, se tomada, de maneira isolada a diversidade metodológica como variável suficiente para a utilização da contratação integrada, tenho que a presente discussão se perca em funcionalidade. Afinal, se uma obra é licitada com base no anteprojeto, ela já carrega em si a possibilidade de a contratada desenvolver metodologia e/ou tecnologia própria para a feitura do objeto. Logo, se justificada a vantagem, o enquadramento no art. 20, § 1º, será quase automático.

20. Trago, por pertinência, excerto da obra de Maurício Portugal Ribeiro (em Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012):

(...) a realização da licitação com apenas o anteprojeto (sem o projeto básico) em si já abre possibilidade de que cada um dos possíveis vencedores da licitação, quando já contratado, preveja no projeto básico que vier a elaborar metodologias diferentes de execução. Portanto, a própria ideia de licitar a obra ou serviço com apenas o anteprojeto já traz ínsita a possibilidade de metodologias diferenciadas de execução que serão definidas e adotadas após a contratação, quando da elaboração do projeto básico de engenharia pelo contratado. (...)

Portanto, a existência de metodologias diversas de execução da obra que possam ser escolhidas pelo contratado é parte da própria ideia de contratação integrada. (...)

Ao realizar a contratação da obra apenas com o anteprojeto, não é apenas a escolha da metodologia de execução que é transferida ao contratado: é a própria realização do projeto básico, o que envolve muito mais do que a mera definição da metodologia de execução, que é uma parte, um segmento do conjunto de definições que compõe o projeto básico. (...)

21. De modo geral, **as características do objeto devem permitir que haja a real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.**

22. Em algum termo, entendo similaridade na conclusão a que chegou o TCU no Acórdão 601/2011-Plenário, de relatoria do Ministro José Jorge, quando entendeu legal a utilização de pregão para licitar um projeto, tido como de natureza simples. Não haveria o porquê de se utilizar uma "técnica e preço" em objeto tão corriqueiro (e, em consequência, excluir o pregão):

2. Se o projeto ou estudo a ser elaborado por um profissional ou empresa for similar ao que vier a ser desenvolvido por outro(a), o serviço pode ser caracterizado como comum. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto licitado não se enquadra na categoria de comum.

3. É possível a existência de soluções distintas para o objeto licitado, mas a consequência advinda da diferença entre elas não deverá ser significativa para o ente público que adota o pregão. Se, no entanto, os serviços comportarem variações de execução relevantes, a técnica a ser empregada pelos licitantes merecerá a devida pontuação no certame. (grifei)

23. O raciocínio pode ser aplicável ao presente caso. Os ganhos advindos da utilização da contratação integrada devem compensar esse maior direcionamento de riscos aos particulares. **Essa demonstração é o cerne para a motivação da vantagem para utilizar o novo regime.** (grifos acrescidos)

A partir da edição do acórdão acima referenciado, passou o Tribunal de Contas da União a avaliar se os procedimentos fiscalizados contemplavam os multicitados pressupostos e, na hipótese de não identifica-los, passou a dar ciência aos entes jurisdicionados sobre sua necessária observância. Nesse sentido é, por exemplo, o Acórdão 1.399/2014-Plenário²⁰⁸, segundo o qual se deu ciência ao DNIT que “atualmente, apenas os serviços que atendam pelo menos uma das condições constantes do art. 9º, *caput*, e incisos I a III da Lei nº 12.462/2011, com redação dada pela MP 630/2013, podem ser licitados mediante o regime de contratação integrada;”.

Pondera-se, no entanto, que as ações de controle promovidas pelos órgãos de controle devem ser mais fortes e incisivas, isto é, devem ser exaradas, em face da recorrente constatação de que não observados os ditames legais, determinações corretivas, cujo descumprimento ocasiona a aplicação de sanções aos gestores.

III.2.1. Do anteprojeto de engenharia:

Conforme já abordado ao ser apresentada uma conceituação inicial da contratação integrada, o anteprojeto de engenharia suscitou elogios e críticas da doutrina especializada em virtude de suas características específicas.

Sobre o tema, anotam Jesse Torres e Marines Dotti²⁰⁹ que o regime de contratação integrada inverte a atribuição de elaborar-se o projeto básico, isto é, ao invés de tal etapa incumbir à Administração, conforme previsto em outros métodos de execução indireta previstos tanto na Lei nº 12.462/2011 quanto na Lei nº 8.666/1993, cabe ao vencedor da licitação elaborá-lo, ou seja, a elaboração do projeto básico é deslocada para além da fase externa da licitação.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.399/2014-Plenário. Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Acórdão data: 28/05/2014..

²⁰⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelato. *Execução indireta de obras e serviços de engenharia e seus respectivos projetos (básico e executivo), no Regime Diferenciado das Contratações Públicas (RDC). Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 124, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=78839>>. Acesso em: 29 maio 2017.

Tal fato, no entanto, não faculta à administração prescindir da etapa concernente ao planejamento da contratação almejada. Ao contrário, conforme dispõem as alíneas “a” a “d” do inciso I do §2º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, deverá elaborar o citado anteprojeto com documentos técnicos aptos a caracterizar, de modo adequado, a obra ou serviço, incluindo (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 da Lei nº 12.462/2011; (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.

Deverão²¹⁰ constar, ainda, quando couber, (a) a concepção da obra ou serviço de engenharia; (b) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; (c) levantamento topográfico e cadastral; (d) pareceres de sondagem; e (e) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

Conforme pontua Marçal Justen Neto²¹¹, é inegável que o anteprojeto de engenharia é um documento mais simples do que o projeto básico, motivo pelo qual se presume que, na maioria das vezes, será elaborado por agentes estatais. Anota o autor que, na hipótese contrária, segundo a qual a administração com frequência contratasse particulares para fazê-lo, a contratação integrada seria colocada em xeque, pois bastaria promover, desde logo, a contratação de terceiros para a elaboração do projeto básico.

Na mesma linha, Augusto Neves Dal Pozzo²¹² registra que a construção legislativa levada a efeito no RDC parece sugerir que o anteprojeto de engenharia seria menos completo do que o projeto básico, pois se a intenção é diminuir o tempo de processamento das

²¹⁰ Conforme §1º do art. 74 do Decreto 7.581/2011.

²¹¹ JUSTEN NETO, Marçal. *Comissão de licitação, contratação direta e condições específicas para licitar e contratar 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 395.

²¹² DAL POZZO, Augusto Neves. *Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 83

licitações, “o anteprojeto seria um documento técnico realizado pela Administração de maneira acelerada e menos complexa, para que, já durante a execução do contrato na mão do privado, fossem oferecidos tais projetos”.

Em observância ao princípio da moralidade administrativa, a Lei nº 12.462/2011 e o Decreto nº 7.581/2011 definem²¹³ que não poderão participar direta ou indiretamente da licitação o servidor, empregado ou ocupante de cargo em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Ademais, também dela não poderão participar aqueles eventualmente contratados para elaborar o anteprojeto de engenharia²¹⁴.

Ocorre que, no tocante a esse anteprojeto de engenharia, duas suas situações saltam aos olhos. A uma, observa-se, conforme lecionam Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante²¹⁵, que a conceituação e o conteúdo desse anteprojeto de engenharia ainda são alvo de debates, restando evidenciado que sua definição legal não converge, necessariamente, ao seu conceito normativo, estabelecido nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). A duas, observa-se que o anteprojeto previsto na legislação se aproxima de meras intenções.

Quanto a este ponto, pondera Ivan Barbosa Rigolin²¹⁶:

12. Dentro do tiro no escuro que a contratação integrada ainda constitui neste início, pelo §2º, inc. I, al. “a”, do art. 9º o edital deverá conter não o projeto, mas um anteprojeto de engenharia que inclua as justificativas do projeto, a visão global dos investimentos e a indicação do nível pretendido para os serviços.

Típica orientação dada por quem está perdido mas não o quer confessar, esta al. “a” contém um denso mistério ao intérprete, pois que: a) anteprojeto não é instrumento apto a dar justificativas do que quer que seja; b) quem deve ter visão só global dos investimentos é quem vai investir, não quem cria o problema e o entrega aos outros; e c) o nível dos serviços que se pretende obter deve resultar do exame do anteprojeto e de suas especificações, sem lugar para definições além das especificações. Pouco diz, portanto, a al. “a” deste inc. I.

²¹³ Conforme art. 36, inciso IV, da Lei nº 12.462/2011 e art. 3º, inciso IV, do Decreto nº 7.581/2011

²¹⁴ Conforme inciso II do §1º do art. 3º do Decreto 7.581/2011.

²¹⁵ ALTONIAN, Cláudio Sarian; Cavalcante, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 254.

²¹⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Concessões, permissões, PPPs, RDC: licitações menos comuns e seus editais: quinta parte. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96196>>. Acesso em: 30 maio 2017.

A al. “b”, junto com as als. “c” e “d”, prosseguem informando o que o anteprojeto deve conter, e não se revelam mais felizes que aquela, o conjunto deixando a impressão de que o assim chamado anteprojeto de engenharia é antes um vasto discurso sobre intenções, conveniências e interesses que um documento gráfico e visual. Esse discurso deve informar sobre segurança, durabilidade e prazo de entrega (al. “b”); estética do projeto (al. “c”) e parâmetros de adequação ao interesse público, economia e facilidade de execução, além de acessibilidade e adequado impacto ambiental (al. “d”).

São preocupações inquestionavelmente relevantes, ou mesmo essenciais, porém do modo como está redigido esse texto ficam quase que por inteiro a cargo do proponente e sua criatividade.

É possível notar que o anteprojeto protagoniza inúmeras discussões acerca da adequação da contratação integrada.

Nesse sentido, Luis Wagner Mazzaro Almeida Santos e Luiz Sérgio Madeiro da Costa, citados por Sidney Bittencourt²¹⁷, ressaltam que o ponto mais polêmico no RDC poderia ser a possibilidade de licitação e contratação conjunta dos projetos básico e executivo de um empreendimento. Anotam:

[...] Isto talvez chegue a ser, valendo uma boa reflexão, uma verdadeira rendição de órgãos de controle e de organizações de auditoria de obras, que sempre lutaram por precisas definições e elaborações de projetos básicos, que pudessem alicerçar as fases posteriores de uma boa licitação. Agora, no RDC, prevê-se um anteprojeto que não permite vislumbrar uma segurança para o projeto executivo e a eficiência, adequação e qualidade final do empreendimento. A essa imprecisão (...) que pretende substituir, digamos assim, o verdadeiro projeto básico, junta-se o fato de que ambos os projetos, básico e executivo, poderão ser elaborados, licitados e contratado em conjunto, o que, não podemos nos furtar a esse comentário, cria uma paradoxal vantagem ao candidato a executor da obra.

Egon Moreira e Fernando Guimarães²¹⁸, ao discorrerem sobre o anteprojeto de engenharia, destacam que a ausência de projeto básico prévio à licitação pode propiciar efeitos desastrosos nas contratações administrativas, se aplicado sem cautelas. Ponderam que pode haver dificuldades inerentes ao dimensionamento dos custos envolvidos na contratação, bem como em relação ao estabelecimento de condições objetivas de disputa, as quais propiciem plena comparabilidade entre as propostas.

²¹⁷ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011: Lei do RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.68.

²¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80264>>. Acesso em: 30 maio 2017.

Acham, ainda, que essas vulnerabilidades podem ser mitigadas se a administração refinar as técnicas de orçamento, e, sobretudo, detalhar adequadamente o anteprojeto de engenharia. Veja-se:

É fundamental que a Administração se utilize de técnicas eficientes quanto ao dimensionamento dos valores atinentes ao objeto do contrato, mesmo sem dispor de projeto final e acabado. É preciso minimizar o risco de *sobrepços* (ou mesmo de preços insuficientes) na composição do preço contratado. Para isso, será necessário avançar na confecção dos anteprojetos de molde a reunir todas as informações fundamentais para a adequada caracterização e dimensionamento das soluções buscadas pela Administração.

Esse tema, inclusive, é objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4645²¹⁹ e 4655²²⁰, propostas, respectivamente, por partidos políticos e pelo Procurador-Geral da República, as quais o questionaram, dentre outros aspectos da Lei nº 12.462/2011.

Com efeito, segundo se observa na ADI nº 4.645, indagou-se a contratação integrada em virtude de o anteprojeto ser insuficiente para a devida individualização do objeto da licitação, o que determinaria a subjetivação dos julgamentos dos certames.

De igual modo, suscitou o autor da ADI nº 4.655 que a norma seria inconstitucional em virtude de as obras e serviços serem contratados sem que previamente se tenha definido, de forma clara, o seu objeto.

Naquela ocasião, o Procurador-geral da República entendeu que tal fato atentaria contra o princípio da isonomia dos concorrentes, pois a partir do projeto básico é que as propostas podem ser objetivamente comparadas.

Entendeu, também, que a realização, pelo contratado, do projeto básico e da execução da obra conduziria ao desvirtuamento do propósito e da finalidade das licitações, que compreendem a ampla competitividade para fomentar o atingimento da proposta mais vantajosa para a administração pública.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.645. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>. Acesso em 30 de maio de 2017.

²²⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.655. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

Embora tais questionamentos continuem pendentes de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), consoante se depreende de consulta realizada ao sítio eletrônico daquele órgão²²¹, a avaliação pelos órgãos de controle tem identificado que o anteprojeto de engenharia deve ser melhor elaborado, de forma a fomentar contratações vantajosas para a administração pública.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, por ocasião do paradigmático Acórdão 1.510/2013-Plenário, segundo o qual avaliou a primeira experiência da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) na utilização do regime de contratação integrada – obras do Aeroporto Internacional Afonso Pena –, identificou diversos problemas no anteprojeto de engenharia então utilizá-lo.

Destes, são relevantes (a) a ausência de elementos aptos a demonstrar a observância aos pressupostos contidos nos incisos I a III do art. 9º da Lei nº 12.462/2011; (b) as inconsistências nos custos, existindo, inclusive, indicativos de sobrepreço; e (c) o vazio de detalhes, em contraposição ao disposto no art. 9º, §2º inciso I, da Lei nº 12.462/2011.

Ocorre que o problema acima referenciado não foi o único identificado pelo TCU. Ao contrário, recorrentes constatações relativas à imprecisa elaboração do anteprojeto de engenharia conduziram o Tribunal a realizar uma auditoria específica²²² com o objetivo de examinar os procedimentos adotados pelo DNIT para elaboração, análise e aprovação de anteprojetos a serem utilizados no âmbito do regime de contratação integrada.

Promovidos os trabalhos de campo, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária do TCU identificou diversas impropriedades, a seguir sintetizadas:

- a) A Instrução de Serviço/DG/DNIT 9/2014, que estabelece as diretrizes para elaboração, apresentação, análise e aceitação de anteprojetos de engenharia e elaboração do Termo de Referência para licitação das obras e serviços de engenharia no âmbito do DNIT, não exigia o cumprimento do art. 9º, incisos I, II e III e § 3º, da Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC);
- b) A Instrução de Serviço/DG/DNIT 9/2014 não estabelecia exigências que garantam que os anteprojetos elaborados pela Autarquia ou recebidos em

²²¹ Acesso em 30 de maio de 2017.

doação contenham os elementos mínimos que caracterizem as obras a serem realizadas pelo regime de contratação integrada (RDCi);

- c) Os normativos do DNIT relativos à elaboração de anteprojetos de engenharia no âmbito do regime da contratação integrada (RDCi) não eram compatíveis com o entendimento firmado nos itens 9.1.5 e 9.1.6 do Acórdão 1.510/2013-TCU-Plenário;
- d) Os normativos do DNIT não exigiam que houvesse correlação entre os elementos do anteprojeto de engenharia e os parâmetros técnicos dos projetos selecionados para compor a referência de preços, quando da elaboração de orçamentos expeditos ou paramétricos;
- e) A Instrução de Serviço/DG/DNIT 9/2014 não exigia a licença prévia ambiental como pré-requisito para realização das licitações do DNIT no âmbito do regime da contratação integrada (RDCi);
- f) Os normativos do DNIT relativos à elaboração de anteprojetos de engenharia no âmbito do regime da contratação integrada (RDCi) não exigiam a apresentação dos padrões de desempenho a serem alcançados ao final da execução dos serviços;
- g) O DNIT não dispunha de normativo que defina os critérios a serem obedecidos pelos gestores quando da concessão de delegações de competência às Superintendências Regionais para análise e aceitação de anteprojetos de engenharia.

Conforme se observa, aquela autarquia, embora possua norma específica para disciplinar a elaboração, apresentação, análise e aceitação dos anteprojetos de engenharia, à época não observava integralmente o disposto na Lei nº 12.462/2011 e no Decreto nº 7.581/2011. Ao contrário, editou normas que iam de encontro aos pressupostos da contratação integrada.

Desse modo, finalizados os trabalhos de campo, o Tribunal de Contas da União, acolhendo voto exarado pelo Ministro-Relator, notificou o DNIT acerca das falhas diversas

falhas identificadas e recomendou a adoção de medidas saneadoras. Nesse sentido é o Acórdão 2.725/2016-TCU-Plenário²²³, *in verbis*:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, e 250, inciso II, do Regimento Interno em:

9.1. Determinar ao DNIT que, no prazo de 60 dias:

9.1.1. inclua em norma específica sobre os atos preparatórios das licitações no regime de contratação integrada do RDC a exigência de justificativa para que a obra seja licitada por esse regime, em conformidade com o art. 9º, incisos I, II e III da Lei nº 12.462/2011, bem como a exigência de indicação de critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas, caso a condição escolhida tenha sido a possibilidade de execução com diferentes metodologias, em cumprimento ao art. 9º, § 3º, da Lei nº 12.462/2011 c/c Art. 74, § 2º, do Decreto 7.581/2011;

9.1.2. apresente ao Tribunal plano de ação contendo, no mínimo, as medidas a serem adotadas, os responsáveis pelas ações e o prazo previsto para a sua implementação, com vistas a exigir que todos os anteprojetos, sejam eles elaborados pelo DNIT, recebidos por meio de contrato ou por meio de doação, contenham as informações a seguir:

9.1.2.1. os estudos e levantamentos exigidos nos itens 2 e 3 do Projeto Básico para Contratação de Anteprojeto de Engenharia, anexo da Portaria n. 496/2014 do Diretor Geral do DNIT, contendo o Procedimento Padrão para a licitação e contratação de anteprojetos;

9.1.2.2. orçamento sintético tão detalhado quanto possível, balizado pelo Sicro, devidamente adaptado 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 de menor materialidade, em prestígio ao que assevera o art. 1º, §1º, inciso IV c/c art. 8º, §§ 3º e 4º, todos da Lei nº 12.462/2011;

9.1.2.3. indicação dos padrões de desempenho a serem exigidos ao final das obras, em conformidade com a Instrução de Serviço 13/2013 do DNIT;

9.1.3. apresente ao Tribunal plano de ação com vistas a exigir a obtenção da licença prévia ambiental antes da licitação de obras pelo regime de contratação integrada do RDC, em conformidade com os princípios da eficiência e da economicidade estabelecidos nos art. 37 e 70 da Constituição Federal, de 5/10/1988, bem como com a alínea "d" do inciso I do § 2º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011 (Lei nº do RDC) c/c art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981;

²²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.725/2016-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Acórdão data: 26/10/2016.

9.1.4. em prestígio ao princípio da eficiência estabelecido pelo art. 37 da Constituição Federal, bem como ao princípio da motivação dos atos administrativos, previsto no art. 2º da Lei nº 9.784/1999, elabore normativo contendo critérios para delegação de competência às superintendências regionais do DNIT para elaboração e análise de anteprojetos de engenharia, estabelecendo critérios quanto aos seguintes aspectos, no mínimo: quais tipos de obras cuja análise dos anteprojetos seria passível de delegação de competência; quais etapas dos anteprojetos cuja análise seria objeto de delegação de competência; quais etapas dos anteprojetos cuja análise continuaria a cargo da Diretoria de Planejamento e Pesquisa do DNIT (DPP); quem seria o responsável pela análise e aceitação do anteprojeto no âmbito da Superintendência; e quem na Sede do DNIT seria o responsável pela delegação de competência para analisar e aprovar anteprojetos nas superintendências.

9.2. dar ciência ao DNIT que a opção pelo regime de contratação integrada, nos termos do inciso II e caput do art. 9º da Lei nº 12.462/2011:

9.2.1. se restringe às situações em que as características do objeto permitam que haja a real competição entre as licitantes para a concepção de metodologias e tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público, no que refere à competitividade, ao prazo, ao preço e à qualidade, em relação a outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global;

9.2.2. deve estar fundamentada em análise comparativa com contratações já concluídas ou outros dados disponíveis, procedendo-se à quantificação, inclusive monetária, das vantagens e desvantagens da utilização do regime de contratação integrada, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento, e sendo necessária a justificativa circunstanciada no caso de impossibilidade de valoração dos parâmetros citados;

9.3. determinar à SeinfraRodovias que monitore as determinações contidas no item 9.1.

Assim, abstraindo-se as críticas formais e materiais relacionadas ao anteprojeto de engenharia, é possível notar que os órgãos da administração pública não têm observado, de um modo razoável, a disciplina contida nos normativos aplicáveis à matéria e, dessa maneira, expõe a administração ao risco de contratações malsucedidas.

III.2.2.Compartilhamento de risco:

Outro tópico importante da Lei nº 12.462/2011, intimamente ligado ao anteprojeto de engenharia, é o compartilhamento de riscos relacionado à transferência, para o particular, de diversos possibilidades de perigo inerentes à concepção e à execução contratual.

Sobre o tema, Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer²²⁴ anota que a contratação integrada retrata a intenção de promover a licitação com um maior grau de flexibilidade, a qual, ao cabo, agrega uma componente de incerteza, “resultante da maior lassidão na definição dos aspectos específicos da prestação a ser contratada. Ao dispensar a existência de projeto básico, a contratação integrada permite o processamento de uma licitação na qual a Administração Pública disporá menos dados para o controle das propostas”.

Continua ao ponderar que a lógica da contratação integrada é a de atribuir uma responsabilidade maior ao particular e diminuir os riscos assumidos pela Administração Pública em uma atividade que, em tese, poderia ser melhor desenvolvida pela iniciativa privada.

Nessa senda, pondera que na hipótese de ser necessária a revisão dos projetos, a administração não terá que assumir a responsabilidade pelos custos dela decorrentes. Ou seja, o risco dessa alteração, que na Lei nº 8.666/1993 seria atribuível, em grande medida, ao contratante, passa a ser do contratado.

Registra que, no entanto, essa alocação de riscos é diversa em cada situação, não sendo possível inferir que há uma transferência automática e total dos riscos. Ressalta, referindo-se a entendimento externado pelo Tribunal de Contas da União, que cada tipo de risco deve ser transferido à parte em melhores condições de assumi-lo²²⁵.

Com efeito, ao promover-se o cotejo da deliberação referenciada pelo autor - o Acórdão 1.310/2013-Plenário²²⁶ -, pode-se identificar que o Tribunal de Contas da União, ao fiscalizar o edital RDC presencial nº 489/2012, destinado à contratação, pelo DNIT, de empresa para a execução das obras de construção da rodovia BR-163/PA, identificou diversas fragilidades na fase preparatória da licitação, dentre as quais a ausência de regras claras no

²²⁴ REISDORFER, 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 168.

²²⁵ REISDORFER, 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 169.

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.310/2013-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar. Acórdão data: 29/05/2013.

instrumento convocatório, aspecto esse que poderia gerar incertezas relacionadas à futura necessidade de serem celebrados termos aditivos.

Em virtude disso, aquela Corte determinou ao DNIT que “preveja [...] nos empreendimentos licitados mediante o regime de contratação integrada, conforme faculta o art. 9º da Lei nº 12.462/2011, "matriz de riscos" no instrumento convocatório e na minuta contratual, para tornar o certame mais transparente, fortalecendo, principalmente, a isonomia da licitação (art. 37, XXI da Constituição Federal; art. 1º, §1º, IV da Lei nº 12.462/2011) e a segurança jurídica do contrato”;

Deve ser registrado que além daquela deliberação citada por Guilherme Reisdorfer, o TCU manifestou-se sobre o assunto em diversas outras oportunidades.

Destas, destaca-se, pela relevância, fiscalização realizada em licitação conduzida pelo DNIT cujo objeto contemplava obras de restauração e duplicação da BR-163/364/MT, oportunidade na qual o TCU, ao se deparar com problemas no edital de licitação, exarou o Acórdão 1.465/2013-Plenário, de cujo voto condutor se extrai as seguintes ponderações:

7. Como se percebe, na contratação integrada, a executora da obra é a própria responsável pela elaboração do projeto básico, que, no regime comum da Lei nº 8.666/1993, competia à própria Administração ou a uma empresa projetista. No novo modelo, a executora parte apenas de um anteprojeto, que orienta a disputa licitatória.

8. Por outro lado, outra diferença importante na contratação integrada do RDC está na vedação de aditivos contratuais, a não ser em duas hipóteses, previstas no art. 9º, § 4º, da Lei nº 12.462/2011: para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando quebrado por caso fortuito ou força maior; e para ajuste técnico do projeto ou das especificações, desde que por interesse da Administração e que não decorra de erros ou omissões atribuíveis à contratada.

9. A responsabilidade da executora pelo projeto básico conjugada com a proibição de aditivo contratual para correção de erro na elaboração desse instrumento impõe à contratada a assunção dos riscos financeiros adicionais que eventualmente surgirem para a conclusão da obra conforme os padrões de qualidade.

10. Daí a recomendação feita pela SecobRodov para que o DNIT passe a preparar uma matriz de riscos, a ser integrada ao edital e ao contrato, definindo o mais claro possível a responsabilidade pelos riscos inerentes à execução do projeto. Evidentemente, há problemas imprevisíveis, mas a ideia é que possam ser relacionados os eventos que a experiência permite antecipar como de acontecimento razoavelmente provável.

11. É fato que o DNIT já caminha no sentido de se resguardar desses riscos, uma vez que estipulou a necessidade de que a contratada ofereça o chamado “seguro risco de engenharia”, que, no entanto, deverá encarecer as obras em algo como 2%.

12. Além da necessidade de detalhar aspectos como a abrangência do seguro, na linha defendida pela SecobRodov, é preciso que o DNIT disponha nos editais e contratos sobre quais os riscos que estão fora da responsabilidade legal da executora em face do modelo de “contratação integrada”, e que, desta forma, devem ser incluídos no seguro. A partir de então, cabe verificar a justeza do valor do prêmio, que será embutido no contrato. (grifos acrescidos)

Conforme se depreende das ponderações apresentadas pelo Ministro-Relator, as preocupações relacionadas à alocação dos riscos decorrem, precipuamente, da conjunção de dois fatores distintos, a saber: a um, as licitações conduzidas sob o regime de contratação integrada sujeitam-se a um grau de incerteza inerente ao anteprojeto de engenharia, o qual transfere ao contratado a incumbência de detalhar com maior grau de precisão o objeto contratado. A duas, os riscos são incrementados em virtude de serem proibidos, em regra, os termos aditivos ao contrato²²⁷.

Nesse sentido, deve ser lembrado que o §4º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, em regra, veda a celebração de termos aditivos nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada. Apenas os excepcionaliza para (a) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior²²⁸; e (b) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado²²⁹.

A doutrina pátria, todavia, a exemplo do que dispõem Benjamin Zymler e Laureano Dios²³⁰, adequadamente reconhece que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro tem raiz constitucional (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal) e não deriva, portanto, de cláusula contratual ou de disposição editalícia.

Assim, com amparo na previsão constitucional, Aline Lícia Klein pontua que “interpretações restritivas do inciso I do art. 9º, §4º, da Lei nº 12.462 encontram óbice

²²⁷ Conforme §4º do art. 9º da Lei 12.462/2011

²²⁸ Conforme inciso I do §4º do art. 9º da Lei 12.462/2011;

²²⁹ Conforme inciso II do §4º do art. 9º da Lei 12.462/2011

também na previsão constitucional do art. 37, XXI. A garantia constitucional não pode ter a sua abrangência restringida por lei infraconstitucional.”²³¹

De igual modo, Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Carlos Pinto Motta²³² manifestam ser sem utilidade a inclusão no texto legal de um dispositivo que restrinja a celebração de termos aditivos ou alterações contratuais, pois, segundo entendem, a virtual mutabilidade do contrato é ponto por demais pacífico na doutrina jurídica. Dizem que apenas a finalidade pública do ajuste é considerada, em princípio, imutável.

Nesse sentido, cita-se Caio Tácito, *in verbis*:

A chamada mutabilidade do contrato administrativo é uma cláusula implícita, a que adere a outra parte, em razão da qual a Administração Pública pode modificar, dentro do âmbito da razoabilidade, a obrigação do co-contratante, uma vez respeitado o objeto do contrato. [...] Assim, por força da especificidade do contrato administrativo nele convivem, mas se destacam, as cláusulas de serviço e as cláusulas financeiras. As primeiras comportam a dinâmica regulamentar, suscetível de acolher imposições unilaterais [...]. O regime jurídico do contrato administrativo mediante o qual se realiza o desempenho de serviços públicos atende a esta construção peculiar que há muito mereceu acolhida no direito positivo e na doutrina brasileira e atualmente se espelha na Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94, antecedida, em equivalente preceito, pelo Decreto-Lei nº 2.300/86.²³³ (grifos nossos)

Adilson Abreu Dallari²³⁴ também é conclusivo ao afirmar que os contratos administrativos são mutáveis, ao pontuar que o “contrato administrativo celebrado em decorrência de uma licitação está por ela condicionado, mas tem vida própria. Ele pode ser

²³⁰ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 194.

²³¹ 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 442.

²³² BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/201: Decreto nº 7.581/2011*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 570 p. 248/249.

²³³ TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 2, p. 1400. in BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/201: Decreto nº 7.581/2011*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 249.

²³⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Limites à alterabilidade do contrato de obra pública*. RDA, n. 201, p. 61, 1995. Vide ainda: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratos administrativos: Acréscimos de obras e serviços: Alterações*.

alterado, sim, por razões de interesse público, até o ponto em que esse vínculo ou esse condicionamento não se rompa".

A jurisprudência pátria, de igual modo, conforme se verifica no Acórdão 1.541/2014-Plenário²³⁵, conferiu ao §4º da Lei nº 12.462/2011 uma interpretação mais ampla, tendo sido publicado o seguinte enunciado da jurisprudência sistematizada do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

A vedação da celebração de termos aditivos nos contratos firmados sob o regime de contratação integrada do RDC não é absoluta e objetiva garantir que os riscos assumidos pelo particular quando da contratação sejam de fato a ele atribuídos na etapa de execução. (grifos acrescentados)

Dito isto, percebe-se que a contratação integrada, em virtude de ser celebrada com base em anteprojeto de engenharia e de serem dificultados os termos aditivos, demanda que os riscos sejam adequadamente delineados ainda na fase interna do procedimento licitatório por intermédio da matriz de riscos, destinada a explicitar quais riscos serão suportados pela administração contratante e quais serão atribuídos ao contratado.

III.3 Da semelhança da contratação integrada com regimes de execução contratual estrangeiros.

Conforme destacado anteriormente, a doutrina pátria reitera em livros, artigos científicos, sem o necessário rigor técnico, que o RDC teria inspiração internacional.

Nesse sentido, convém lembrar que à época de criação do referido regime, a Casa Civil da Presidência da República expressamente asseverou, em documento destinado a sanar dúvidas relativas ao RDC, que sua sistemática teria sido “baseada na experiência internacional, inspirada nas regras de contratação da União Europeia, dos EUA e nas diretrizes da OCDE, assim como na exitosa aplicação no Brasil da legislação que disciplina a contratação por meio de ‘pregão’”²³⁶.

RTDP, v. 2, p. 149, 1993; PIRES, Cynthia de Fátima Dardes. *Contrato administrativo: alteração unilateral*. BLC, p. 137, abr. 1991.

²³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.541/2014-Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Acórdão data: 11/06/2014.

²³⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Tire suas dúvidas sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC)*. Brasília, DF, 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/noticias/ultimasnoticias/2011/07/6583>>. Acesso em: 5 de agosto de 2016.

Não foram apresentadas, todavia, as fontes que teriam sido utilizadas como inspiração para a criação do regime em comento.

Desse modo, a Consultoria de Orçamento e Fiscalização da Câmara dos Deputados, ao ser instada a se manifestar sobre o RDC, confirmou que inexistiam informações precisas sobre quais institutos ou práticas internacionais teriam sido efetivamente incorporados pelo RDC.

Note-se. Aquela consultoria, sequer nos acervos documentais constantes daquela casa legislativa, identificou elementos para precisar quais práticas internacionais seriam observadas no RDC.

Essa ausência de informações dificultou a identificação das referidas fontes internacionais. De outro lado, estimulou a realização de estudos para identifica-las.

Em virtude desse cenário, aquela consultoria promoveu o cotejo dos modelos estrangeiros que se alinhariam ao RDC, oportunidade na qual²³⁷, escorando-se em ensinamentos Alcides Lopes Tápias, José Siqueira, dentre outros, vislumbrou relativa conexão entre o RDC e o *Project Finance*.

Pontuou que “o liame entre o RDC e *project finance* reside justamente na tentativa de ambos tentarem ampliar a eficiência das contratações mediante a utilização de mecanismos de mercado (contratação integrada, *turn-key*, seguros, cláusulas de desempenho etc.) e mitigação de riscos, por meio de cláusulas contratuais que atribuem ao executor parcela ponderável dos riscos, como no caso da contratação integrada”.

Outros estudiosos, a exemplo de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães²³⁸, destacaram a existência de experiência internacional na celebração de ajustes com o objeto ampliado, envolvendo a obrigação de o contratado projetar, executar e aparelhar determinada obra a ser entregue ao contratante.

²³⁷BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica nº 13/2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/nt13_rdc.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2017.

²³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O regime de contratação integrada*. Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 242, p. 367-382, abr. 2014.

Pontuaram, assim, que o regime de contratação integrada é uma espécie de contrato internacionalmente definida como EPC - *Engineering, Procurement and Construction Contract*. Fizeram as seguintes ponderações:

O regime de contratação integrada apresenta similaridade com uma espécie de contrato internacionalmente definida como EPC - *Engineering, Procurement and Construction Contract*. Por meio de um contrato EPC, o empreiteiro ("epecista") incumbe-se da confecção integral do projeto (*design*) e da execução da obra, da prestação e administração de todos os serviços de engenharia associados, com a responsabilidade pela entrega de um empreendimento integralmente pronto, equipado e testado, sob um modelo de *turn-key*. Será usual, sob esse modelo de contrato, a exigência de requisitos mínimos de produtividade e eficiência (*minimum requirements*) dos equipamentos que permitam o funcionamento da obra a serem obedecidos pelo contratado. Ajustes e retoques finais (*punch list items*) deverão ser concluídos sem prejuízo do recebimento (provisório) da obra. É usual que a ultrapassagem do termo de conclusão final da obra, com a *final completion*, enseje a aplicação de cláusula penal, assim como sua entrega precoce garanta um bônus ao contratado.²³⁹

E arrematam ao registrar que o regime de contratação integrada “aproxima-se mais ao modelo EPC”, porque compreenderá a elaboração e o desenvolvimento “dos projetos básico e executivo e a execução de obras e serviços de engenharia, como a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

Na mesma linha, Augusto Neves Dal Pozzo²⁴⁰ pontua:

Para se referir a essa modalidade de contratação [contratação integrada], é comum a utilização da expressão norte-americana “*EPCTurn Key*”, cujas iniciais tem o seguinte sentido: *engineering* (engenharia), *procurement* (procura e compra) e *construction* (construção civil e montagem). O designativo *turnkey* é concebido, justamente, para demonstrar, de forma ilustrativa, que o contratante do empreendimento deve apenas “virar a chave” para que o empreendimento opere de imediato. É mais ou menos o que acontece com nossos automóveis: recebemos prontos, giramos a chave de ignição para que ele possa entrar em funcionamento e já passamos a utilizá-lo.

²³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O regime de contratação integrada. Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 242, p. 367-382, abr. 2014. P. 373

²⁴⁰ DAL POZZO, Augusto Neves. *Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 73-87.

É claro que essa “pomposa” expressão não possui assento legislativo no ordenamento jurídico pátrio, todavia, como se trata de uma modalidade muito comum na contratação de obras públicas e serviços de engenharia, ela recebe, hodiernamente, grande aceitação, sobretudo em contratos de infraestrutura, sejam eles firmados por meio dos instrumentos da concessão comum, ou mesmo de parcerias público-privadas.

Em outra obra, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães consignam que contratação integrada justifica-se na necessidade de a administração obter do contratado a entrega de um empreendimento completo e pronto, em condições de pleno funcionamento, projetado, executado e testado na esfera das atribuições contratadas. Manifestam o entendimento de que esse é o “modelo praticado na experiência internacional sob a sigla anglo-saxônica de *design & build*, em que há prevalência de obrigações de resultado tomadas pelo contratante”²⁴¹.

Ou seja, os referidos autores ora comparam a contratação integrada ao EPC, ora o comparam ao *design & build*.

Outros doutrinadores, exemplo de Michelle Marry e Ronny Chales Lopes de Torres²⁴², simplesmente encampam a tese de que o RDC é fundamentado em experiências internacionais. Registram, de um modo mais direto, que a contratação integrada, objeto do presente estudo, é semelhante ao sistema denominado *design build* ou *design & build*, difundido em diversos países, tais como Estados Unidos da América, Canada e Inglaterra.

Convém anotar, em acréscimo, que alguns estudiosos, a exemplo do professor Marcos Nóbrega em artigo intitulado “Processo de mudança dos mecanismos das compras governamentais do Brasil: vantagens e riscos da contratação integrada”²⁴³, chegam a esculpir suposta identidade entre a contratação integrada e o citado *design build*. Veja-se:

No modelo tradicional de licitação, o governo estabelece detalhadamente o que deseja, por meio do projeto básico, especificando todas as características técnicas e de *design* necessários à correta execução da obra. Diante dessas especificações, o certame licitatório é realizado, consignando quase sempre o critério de menor preço para cancelar a empresa vencedora.

²⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=80264>>. Acesso em: 4 maio 2017.

²⁴² MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *RDC - regime diferenciado de contratações*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. p. 100.

²⁴³ NOBREGA, Marcos. *O processo de mudança dos mecanismos das compras governamentais no Brasil: vantagens e riscos da contratação integrada*. Revista TCEMG, Belo Horizonte. Abr/jun. 2015. Disponível em: <<https://libano.tce.mg.gov.br/seer/index.php/TCEMG/article/viewFile/99/69>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

[...]

A contratação integrada — mais conhecida como *design-build* (DB) — é um método alternativo de execução de um determinado objeto. Surge (ou ressurge) diante da constatação de que o *design* de projetos é muito mais complexo do que era anos atrás, e o governo e os empreiteiros sofrem mais pressão para cumprirem prazos e reduzirem os custos envolvidos. (grifou-se)

Noutra oportunidade, o referido autor, ao discorrer sobre as origens e possibilidades da contratação integrada, reitera essa suposta identidade entre os institutos. Veja-se:

Em 1980, a cidade de Portland (Oregon) aceitou o uso de *Design-Build* (Contratação Integrada) para a construção de um moderno prédio público, o que gerou muita polêmica na cidade, mas com um resultado final muito exitoso. Em 1997, o Governo americano modificou o *Federal Acquisition Regulations Act* para incluir regulação sobre *Design-Build*.

Ficou evidente para o Governo e os empreiteiros nos Estados Unidos que uma reestruturação era necessária para melhorar a eficiência e a *accountability* dos projetos executados. Assim, sobretudo nos anos 90 nos Estados Unidos houve um grande movimento de reestruturação do Governo, o que culminou com redução de *staff* e transferência para o setor privado de uma série de responsabilidades, inclusive o *design* de projetos. Como corolário desse processo, ganhou corpo a ideia de centralizar a responsabilidade (não os custos!) em uma simples empresa que seria responsável pela coordenação; qualidade; controle de custo e cumprimento do cronograma.

A Contratação Integrada – mais conhecida como *Design-Build* (DB) – é um método alternativo de execução de determinado objeto. Surge (ou ressurge) diante da constatação de que o *design* de projetos é muito mais complexo do que era anos atrás e o Governo e os empreiteiros sofrem mais pressão para cumprir prazos e reduzir os custos envolvidos.²⁴⁴ (grifos acrescentados)

Na mesma linha, órgãos públicos, a exemplo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, incorporam essa suposta correlação em suas publicações técnicas.

Nesse sentido é o seguinte trecho do Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias do DNIT²⁴⁵, em que foram referenciados os resultados obtidos pela agência federal do governo dos Estados Unidos para a administração de rodovias (*Federal Highway Administration* – FHWA):

²⁴⁴ NÓBREGA, Marcos. Por que optar pela contratação integrada? Vantagens e riscos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=239052>>. Acesso em: 9 maio 2017.

²⁴⁵ BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias. Brasília, 2013, p. 7. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de-riscos-de-obras-rodoviaras/guia-fundamentos-simplificado2.pdf>>. Acesso em: 25 de jun. 2017.

A FHWA indica que a grande motivação para o uso da contratação do tipo design-build [contratação integrada] no lugar do tradicional *design-bid-build* (contratação do projeto, aprovação e posterior contratação da obra) é a possibilidade de se ter uma redução global no prazo de entrega do empreendimento pronto [...]. Quanto ao custo, a FHWA afirma ser mais difícil aferir os benefícios, porém destaca que uma maior eficiência no orçamento deverá ser percebida nos projetos do tipo design-build, dado que se permite que o contratado encontre maneiras mais eficientes de atingir os objetivos do projeto. (grifamos)

Dito isto, observa-se, primeiramente, que estudos apontam que o RDC efetivamente possuiria inspiração internacional, ou seja, guardaria, de um modo geral, correlação com o *Project Finance* em virtude de ambos os institutos buscarem o incremento da eficiência das contratações mediante a utilização de mecanismos de mercado e a mitigação dos riscos, por intermédio de cláusulas contratuais que atribuem ao executor parcela considerável dos riscos, a exemplo do que ocorre na contratação integrada.

Especificamente quanto à forma de contratação aferida neste estudo, constata-se que é comparada a institutos distintos, às vezes pelos mesmos autores, motivo pelo qual se faz imperioso aferir, com rigor técnico, se a contratação integrada efetivamente se assemelha com institutos internacionais, tais como o *design build* e o EPC.

Ou seja, na hipótese de ser observada aderência entre os institutos, dados estrangeiros poderão ser utilizados para reforçar a análise ora proposta, relacionada à avaliação empírica da vantajosidade da contratação integrada para a administração pública.

Iniciar-se-á, então, a comparação da contratação integrada com os institutos denominados *design build* e EPC, de modo a ressaltar se e em quais há identidade de conceitos e procedimentos.

III.3.1. Do *design build*.

Conforme destacado, grande parte da doutrina pátria defende a tese de que a contratação integrada assemelha-se ao *design build*, aspecto esse que autorizaria a utilização

de diversos dados daquele sistema, constantes, por exemplo, do relatório²⁴⁶ elaborado pela *Federal Highway Administration* – órgão cujas atribuições são similares ao DNIT - para aferirmos a vantagem desta.

Nesse sentido, convém anotar que o *design build* se desenvolveu nos Estados Unidos da América, conforme registrado pelo *Design Build Institute of América*²⁴⁷, no início dos anos 1970, sendo utilizado por diversas agências públicas.

Era conceituado, conforme definição apresentada pelo Escritório do Analista Legislativo da Califórnia²⁴⁸ (*Legislative Analyst's Office* - LAO), como um sistema de fornecimento de projetos, “um método para entregar um projeto no qual tanto o design quanto os serviços de construção são contratados junto a uma simples empresa”.

Conforme pontuado por aquele escritório, haveria, no âmbito do *design build*, duas modalidades de pagamento: o preço estipulado (*Stipulated Price*) e o gerenciamento de construções (*Construction Management*).

Quando discorre sobre o *Stipulated Price*, o LAO, em tradução livre, pondera que o valor será estipulado pela administração, existindo competição apenas em relação aos critérios técnicos do empreendimento. Veja-se:

Stipulated Price. *With stipulated price design-build a public agency specifies how much it will pay for construction of a particular building. For example, the agency might provide only a programmatic description of the building it wants by specifying the size of the building, types of spaces, and perhaps some acceptable construction materials. The agency then asks competing firms to present proposals that illustrate a conceptual design and provide specifications for materials and building systems that it is willing to construct for the price stipulated by the agency.*²⁴⁹

Todavia, no tocante à segunda modalidade de pagamento - *Construction Management*, o *Legislative Analyst's Office* a conceitua como a contratação de um administrador, a quem

²⁴⁶ TRANSPORTATION, United States Department of. ADMINISTRATION, Federal Highway. *Design-Build Effectiveness Estudy – As required by TEA-21 Section 1307(f)*. jan. 2006. Disponível em: <<https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>>. Acesso em: 4 de maio de 2017.

²⁴⁷ Disponível em: <<https://www.dbia.org/about/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 4 de maio de 2017.

²⁴⁸ Disponível em: <http://www.lao.ca.gov/2005/design_build/design_build_020305.htm>. Acesso em 04 de maio de 2017.

²⁴⁹ Disponível em: <http://www.lao.ca.gov/2005/design_build/design_build_020305.htm>. Acesso em 04 de maio de 2017

competirá, mediante uma taxa pré-fixada, elaborar o projeto e solicitar propostas de outros prestadores de serviços de fornecedores.

Conforme se observa, o total a ser dispendido pela administração seria equivalente, nessa hipótese, ao valor da taxa de administração adicionado aquilo que será pago aos subcontratados.

Ademais, registra o LAO²⁵⁰ que as contratações destinadas a construções civis podem ser celebradas por dois sistemas principais. O primeiro, denominado *procurement by competitive bidding*, o qual se interpreta como uma aquisição baseada em preços, e o sistema denominado *procurement based on experience, qualifications and best value*, principalmente utilizado no *design build*, o qual possui características similares à contratação por técnica e preço.

Observe-se que a utilização do *design build* inicialmente se limitava à construção de escolas e de dormitórios universitários. Houve incremento, ano a ano, em virtude de esforços realizados pelo *Design Build Institute of América*²⁵¹ (DBIA) que, nos seus dizeres, fomentou a expansão do sistema a partir dos anos 1990.

Em 1997, consoante disposto no sítio eletrônico do DBIA²⁵², o regulamento de aquisições federais dos Estados Unidos da América – *Federal Acquisition Regulation* (FAR)²⁵³, documento destinado a codificar e a publicar políticas e procedimentos uniformes para aquisições por todas agências federais, foi alterado.

Essa alteração destinou-se a alinhá-lo ao *Clinger-Cohen Act*, de 1996, o qual permitia que as agências federais se utilizassem do *design build*, se apropriado, e estabeleceu um procedimento de duas fases para a sua seleção.

²⁵⁰ Disponível em: <http://www.lao.ca.gov/2005/design_build/design_build_020305.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2017

²⁵¹ Disponível em: <<https://www.dbia.org/about/Pages/DBIA-Milestone-The-Maps.aspx>>. Acesso em: 04 de maio de 2017.

²⁵² Disponível em: <<https://www.dbia.org/about/Pages/DBIA-Milestone-The-FAR.aspx>>. Acesso em: 04 de maio de 2017.

²⁵³ Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/?q=browsefar>>. Acesso em: 04 de maio de 2017.

Com efeito, o item 36.3 do FAR passou a descrever as políticas e procedimentos que se faziam necessários para a seleção de projetos a serem realizados por intermédio da metodologia *design build*, autorizada pelo *United States Code*²⁵⁴ 41 U.S.C 3309.

No tocante à utilização do *design build*, o subitem 36.301 do FAR enumera diversos requisitos, deixando assente que a utilização do método somente será viável, em duas fases, se o responsável pela contratação (a) vislumbrar que serão recebidas três ou mais propostas; (b) se o *design*, ou o projeto, for apresentado antecipadamente pelo interessado em contratar com a administração pública, o qual incorrerá, por sua conta e risco, nos custos para sua elaboração; (c) se os requisitos do projeto forem bem definidos; (d) se forem consideradas as limitações de tempo para a entrega do projeto, a capacidade e a experiência de potenciais contratantes; (e) se forem consideradas a capacidade da agência em gerenciar o procedimento em duas fases; e (f) devem ser considerados outros critérios estabelecidos pelo responsável pela contratação.

Ademais, consoante dispõe o subitem 36.302 do FAR, a agência contratante deverá desenvolver, internamente ou mediante contratação específica, um trabalho que defina o objeto. Deverá, nele, evidenciar os requisitos da contratação, os quais poderão conter um projeto preliminar, parâmetros orçamentários, cronogramas e requisitos de entrega.

As referidas fases foram assim definidas.

A fase um deve incluir o escopo do trabalho. Nela serão avaliados fatores relacionados à (a) abordagem técnica, mas não o detalhamento do projeto e as informações técnicas; (b) as qualificações técnicas, tais como a experiência especializada e a competência técnica; (c) a experiência pretérita do ofertante; (d) a capacidade de execução; (e) o desempenho passado do ofertante; e (f) outros fatores oportunamente suscitados pela agência contratante.

Com base nos resultados obtidos na fase um, serão convocados, até o número máximo de 5 (cinco), os prestadores de serviço melhor qualificados, os quais devem apresentar

²⁵⁴ O *United States Code* (Código dos Estados Unidos) é uma consolidação e codificação por assunto das leis gerais e permanentes dos Estados Unidos. Ele é preparado pelo Gabinete do Conselho de Revisão da Lei da Câmara dos Representantes dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/browse/prelim@title41/subtitle1/divisionC/chapter33&edition=prelim>>. Acesso em: 4 de maio de 2017.

propostas para a fase dois que poderão compreender propostas técnicas e de preços, as quais serão apreciadas separadamente.

A escolha do vencedor ocorrerá na forma do 41 USC 3701²⁵⁵, o qual, em síntese, apresenta as bases para a rejeição ou a escolha de determinada proposta ao apregoar que a proposta será avaliada com base nos fatores previamente estabelecidos no procedimento, podendo, no entanto, ser rejeitadas com base no interesse público.

Como dito, o subitem 36.302 do FAR traz procedimentos uniformes a serem observados por todos os órgãos federais, existindo, no entanto, normas específicas, as quais contêm regramentos a serem aplicados em determinados projetos de engenharia.

Destes, são dignos de nota aqueles constantes do *The Design Build Contracting: Final Rule*²⁵⁶, o qual foi publicado em dezembro de 2002 e começou a vigorar em 9 de janeiro de 2003.

Tal publicação, consoante informações constantes do já mencionado estudo *Design-Build Effectiveness Study*, traz diversas diretrizes aplicáveis a contratos de engenharia a serem firmados, dentre as quais merecem destaque as seguintes:

- Permite, mas não requer, o uso de abordagens de contratação de projetos pelo método *design build*;
- Permite o uso do *design build* em projetos qualificados e não qualificados, onde os primeiros são aqueles estimados em mais de US \$ 50 milhões (ou US\$ 5 milhões para Sistemas de Transporte Inteligentes);
- Requer a conclusão do processo de aprovação ambiental antes da publicação do aviso de licitação;
- Permite que os proponentes que não tiveram êxito na resposta recebam subsídios como custos de desenvolvimento da sua proposta;
- Elimina a participação percentual mínima dos principais empreiteiros nas equipes de *design build*;

²⁵⁵ Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title41-section3701&num=0&edition=prelim>>. Acesso em: 04 de maio de 2017.

²⁵⁶ Disponível em: <<https://www.fhwa.dot.gov/programadmin/contracts/dbfinal.cfm>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

- Aloca diversas formas de risco com base na capacidade de gerenciar e controlar esses riscos;
- Encoraja a consideração da engenharia de valor e dos custos do ciclo de vida;
- Permite várias autorizações para trabalhar em partes específicas do projeto;
- Define requisitos para afastar conflitos de interesse no procedimento de contratação;
- Permite que os contratos sejam remunerados por valores globais ou por preços unitários, similar à empreitada por preço unitário;

Convém anotar, em acréscimo, que os contratos pactuados sob o regime *design build* podem ser objeto de termos aditivos, os quais não se limitam às hipóteses aplicáveis à contratação integrada.

Nessa senda, convém anotar didática explicitação proferida pelo departamento de transporte de Minnesota²⁵⁷, segundo a qual os contratos realizados sob aquele regime podem sofrer termos aditivos que afetem ou não seus valores finais. Os aditivos que possuem repercussão financeira decorrem de (a) mudanças no trabalho; (b) alterações significativas para provisões especiais; (c) mudanças no cronograma; (d) mudanças estruturais; (e) revisões nos traçados [das rodovias]; e (f) incorporações de conceitos técnicos de outras equipes.

Feita essa breve contextualização, conclui-se que, em termos conceituais, há semelhanças entre o *design build* e a contratação integrada. Afinal, ambos os institutos revelam a busca de a administração contratar um único fornecedor para elaborar o projeto e executar, segundo parâmetros pré-definidos, o empreendimento ambicionado.

Ademais, também podem ser identificadas preocupações similares em ambos os institutos, a exemplo daquelas vinculadas a questões ambientais.

Nessa linha, convém ressaltar que no sistema estrangeiro há previsão expressa de a ofertante elaborar os projetos básico e executivo, ao passo que a norma nacional também atribui tais funções à contratada.

²⁵⁷ Disponível em: <<http://www.dot.state.mn.us/const/tools/dbcontractchanges.html>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

De igual sorte foi observada a possibilidade de contratação se dar com base no menor preço e também segundo critérios técnicos e de preço, aspectos esses que mantêm a possibilidade de haver analogia entre um sistema e outro.

Inobstante tais aspectos aderentes, a contratação integrada e *design build* possuem diversas características ímpares, as quais afastam a recorrente afirmação de que são iguais, passíveis de comparação imediata.

Destas diferenças, deve ser enfatizada a questão de que o *design build* não se destina, conceitualmente, à entrega de empreendimento pronto para uso, ou seja, não se coaduna com o modelo denominado *turn-key*. Visa, consoante ressaltado em linhas anteriores, a contratação de um único prestador de serviços para desenvolver o *design* e realizar a obra almejada pelo órgão contratante. Serviços complementares, necessários à operação do empreendimento, não constam, necessariamente, consoante se depreende dos normativos alhures referenciados, do escopo do contrato inicialmente firmado.

Em contraposição, a contratação integrada, por força do §1º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, compreende a “elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução das obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

Ademais, o sistema estrangeiro possui previsões que o distanciam do objeto do presente estudo, pois (a) contempla modos de remuneração dos contratados significativamente diferentes; (b) procedimentos diversos, compostos, inclusive, de duas fases; e (c) requisitos distintos.

Dito isto, conclui-se que a equiparação da contratação integrada ao *design build* não é adequada e, caso realizada, pode conduzir a conclusões equivocadas.

III.3.2. Do modelo EPC

A doutrina pátria, desta feita representada por Benjamin Zymler, apregoa que a contratação integrada possui fortes semelhanças com o regime de empreitada integral previsto na Lei de Licitações e Contratos, o qual consiste na contratação de um empreendimento na sua totalidade, em condições de entrada em operação.

Nesse sentido pontua o citado autor, *in verbis*:

Há fortes semelhanças com o regime da empreitada integral de que trata a Lei nº 8.666/1993, a qual, em essência, consiste na contratação de 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.

Ou seja, para ambos os regimes há a previsão de que o empreendimento deve ser executado mediante contrato na forma de *turn key*. O contratado é responsável não só por executar a obra física, mas também por realizar todas as instalações necessárias para que o empreendimento entre em operação, bem como assumir a responsabilidade de todas as interfaces existentes e do relacionamento com os diversos fornecedores. Essa administração única de responsabilidades pelo contratado pode constituir vantagem considerável para o contratante que nem sempre possui meios, expertise ou pessoal especializado para tanto.²⁵⁸ (grifos acrescentados)

Com efeito, consoante já ressaltado, a Lei nº 12.462/2011 é clara ao pontuar que a contratação integrada presta-se à promoção de contratos cujo objeto será entregue ao contratante pronto para uso.

Nesse sentido é o raciocínio de Gustavo Carvalho²⁵⁹, *in verbis*:

A contratação integrada é a modalidade pela qual se transfere ao particular a obrigação de elaboração dos projetos (básico e executivo) e a execução do empreendimento para deixá-lo “pronto para o uso”, em modalidade similar ao *turnkey*, utilizado nos contratos privados de empreitada. Desse modo, ao se transferir ao contratado a elaboração do projeto básico e executivo, foi-lhe dada a possibilidade de propor soluções técnicas diversas daquelas contidas no projeto original licitado, desde que observadas as exigências de qualidade, segurança e a concepção original do projeto (vinculação ao objeto licitado).

Assim, evidenciado que a contratação integrada visa à entrega do objeto contratado segundo o modelo intitulado *turn-key*, convém ressaltar que o *Engineer – Procure Construct* (ECP) também ambiciona tal modo de entrega.

Nesse sentido, Ashwini Wadedwer e Shreedhar Patil, em artigo intitulado *Comparative Study between PPP Mode of Contracts and EPC Mode of Contracts*²⁶⁰,

²⁵⁸ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 238.

²⁵⁹ CARVALHO, Gustavo Marinho de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-195, jul./dez. 2013.

²⁶⁰ WADEDWER, Ashwini; PATIL, Shreedhar; PUNE, Charholi. *International Journal on Recent and Innovation Trends in Computing and Communication*. Volume 3, issue: 12. p. 6511-6513. Dez. 2015.

reafirmam que o contratado segundo o modelo EPC também cuidará do projeto (*design*), da contratação de todos os materiais, equipamentos e construirá a instalação segundo parâmetros estipulados pelo contratante em determinado período de tempo.

Nota-se, então, que tanto a contratação integrada quanto o ECP simplificam o procedimento de contratação ao permitir que o contratante, com base em projeto preliminar, apenas se relacione com uma única empresa e receba o objeto pretendido pronto para uso.

Ademais, convém ressaltar que diversas publicações internacionais reiteram que o EPC proporciona uma única fonte de responsabilidade pelo projeto (*design*), construção, valores fixos pactuados, e a assunção de riscos relacionados ao custo, cronograma e performance pelo contratado²⁶¹.

De igual modo, a doutrina pontua que “a expressão EPC designa os limites amplos de atuação da contratada, que se responsabiliza pelo projeto (*engineering*), a aquisição de materiais e equipamentos (*procurement*) e construção (*construction*)”, destacando que:

EPC Turnkey Lump Sum leva o *Desing-Build* a um passo adiante, ao adicionar às responsabilidades da construtora a montagem e o comissionamento dos equipamentos do empreendimento, uma vez que este deverá ser entregue ao empreendedor em condições plenas de operação, observados os critérios de adequação, técnica e segurança²⁶²

No mesmo sentido se posicionam Clarissa Pacheco Ramos e Paulo Afonso Cavichioli Carmona²⁶³ que, ao referenciar Luis Alberto Gomez e Júlio Cesar Bueno, registram:

Importa destacar os contratos EPC – *turn-key Lump Sum (Engineering, Procurement and Construction)*, modelo de origem anglo-saxônica, que engloba o fornecimento integral do projeto executivo, dos materiais e equipamentos por um único fornecedor pelo preço global. Verifica-se que esse tipo de contratação teve sua origem no setor privado, no qual o recurso e o prazo de entrega são mais relevantes comparados ao baixo custo, compreendendo as seguintes etapas:

Disponível em: <http://www.ijritcc.org/download/1450607948_20-12-2015.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2017.

²⁶¹ Disponível em: <<https://haskell.com/getattachment/72f8cc50-61bf-4da0-a4a1-db0b5e643e06/EPC-Delivers-a-Complete-Project-Solution>>. Acesso em: 9 de maio de 2017.

²⁶² BUENO, Júlio Cesar. *Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendência num ambiente de negócios globalizados*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 66.

²⁶³ RAMOS, Clarissa Pacheco; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A contratação integrada à luz da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, set. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=155437>>. Acesso em: 10 maio 2017.

- Engenharia (*engineering*): Preliminarmente à fase de projeto, são determinados os parâmetros técnicos nos quais serão baseados os estudos econômicos e de viabilidade do projeto;
- Procura e Compra (*Procurement*): Atividades referentes às disposições dos bens materiais necessários à execução do projeto;
- Construção (*Construction*): Consiste na construção civil e montagem;

Assim, também é possível afirmar que os contratos EPC também são conhecidos como *turnkey* ou contrato “chave na mão”, pois este objetiva a entrega de uma instalação pronta para funcionamento, de forma que o cliente recebe a obra de forma concluída.

Não obstante, essa mesma literatura distingue o EPC do modelo denominado *design build*, ao suscitar, prioritariamente, que o primeiro entrega projetos prontos para uso, enquanto o outro poderá demandar atividades adicionais.

Também são suscitadas diferenças relacionadas ao nível de exigência a que são submetidos aqueles que desenvolvem projetos baseados no método EPC, e à possibilidade de os contratados serem submetidos a riscos superiores do que aqueles conduzidos pelo *design build*.

Desse modo, evidencia-se que, em termos gerais, há aderência conceitual entre a proposta da contratação integrada com as definições relacionadas ao modelo EPC.

Pelo exposto, conclui-se ser mais adequada a comparação do regime de contratação integrada com o EPC, visto que o *design build*, conforme pontuado em tópico anterior, possui características que não autorizam a comparação direta dos institutos.

IV - VANTAJOSIDADE DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA SEGUNDO ESTUDOS EMPÍRICOS E DOUTRINÁRIOS.

Explicitadas, em linhas gerais, as características do regime diferenciado de contratações e do regime de execução indireta denominado contratação integrada, convém repisar que a doutrina pátria, desde a edição da Lei nº 12.462/2011, ora ressalta aspectos que seriam positivos e ora destaca características supostamente ruins desse regime.

Acontece que as avaliações promovidas pela doutrina hoje podem ser comparadas a estudos empíricos que começam a ser produzidos pelos órgãos de controle, a exemplo de recentes trabalhos publicados tanto pelo Tribunal de Contas da União quanto pela Controladoria Geral da União, bem como a avaliações independentes, desenvolvidas por entidades alheias à estrutura estatal.

O exame conjunto desses estudos e das avaliações promovidas pela doutrina poderá sinalizar, de um modo mais apropriado, se a contratação integrada é vantajosa e se há, em algum aspecto, oportunidades de melhoria.

Dito isto, convém pontuar alguns trabalhos que serão utilizados para se validar as avaliações da doutrina.

O primeiro deles refere-se à avaliação promovida pelo Tribunal de Contas da União, motivada por solicitação do Congresso Nacional submetida àquela Corte em face de requerimento da lavra do Senador Roberto Rocha, aprovado pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal - CMA²⁶⁴, por meio do qual se solicitou, nos seguintes termos, auditoria para avaliar a contratação integrada. Veja-se:

[...] requeiro seja realizada pelo Tribunal de Contas da União auditoria relativa à avaliação dos resultados para a Administração Federal, da introdução da figura da “contratação integrada” prevista nos arts. 8º, inc. V, e 9º, da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, a partir da comparação de uma amostra significativa de contratações de obras similares sob esse regime com outra igualmente significativa que não o tenha utilizado. (grifou-se)

²⁶⁴ Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124123>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

O citado requerimento ensejou amplo levantamento de dados no Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi)²⁶⁵, por meio do qual o Tribunal identificou todos os órgãos que, no período compreendido entre 2012 e março de 2015, despenderam recursos por intermédio do RDC. Na ocasião, constatou-se que os recursos foram alocados da seguinte maneira:

Ministério vinculador	Órgão/autarquia executor	Volume de recursos (R\$) Registros no Siafi
Ministério dos Transportes	DNIT	R\$ 3.427.412.961,67
	Valec	R\$ 436.023.621,85
	EPL	R\$ 26.999.503,71
Ministério da Integração Nacional	Min. da Integr. Nacional	R\$ 1.117.774.680,35
	Codevasf	R\$ 145.058.286,22
	Dnocs	R\$ 50.280.525,00
Casa Civil	Infraero	Sem registros no Siafi

Fonte: relatório do Acórdão 306/2017-Plenário

De posse dessas informações e considerando que a solicitação do Congresso Nacional pleiteava que os dados fossem comparados segundo critérios de similaridade das obras e de significância, o Tribunal restringiu seus estudos à base de dados do DNIT, pois as contratações promovidas pelos demais órgãos da administração não atendiam, concomitantemente, tais requisitos.

A Controladoria-Geral da União também empreendeu ação de controle²⁶⁶ com o intuito de avaliar os resultados da adoção do Regime Diferenciado de Contratações. Focou-se nas obras realizadas pelo DNIT, em virtude de aquela autarquia supostamente estar na “vanguarda da utilização desta modalidade”²⁶⁷, tendo apreciado os processos de contratação conduzidos entre os anos de 2012 e 2014 para “verificar o grau de consecução dos objetivos enunciados pelo legislador ao criar o regime de contratação integrada”²⁶⁸.

O terceiro trabalho relevante sobre a matéria foi empreendido pelo Sindicato da Arquitetura e da Engenharia (Sinaenco), que emitiu, em 27 de novembro de 2014, documento

²⁶⁵ O Siafi é o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal, o qual consiste no principal instrumento utilizado para registro, acompanhamento e controle da execução orçamentária, financeira e patrimonial do Governo Federal.

²⁶⁶ O relatório completo da ação de controle (Relatório de Auditoria OS: 20150575) encontra-se disponível em: <<http://auditoria.cgu.gov.br/public/relatorio/consultar.jsf?rel=9107>>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

²⁶⁷ Relatório de Auditoria OS: 20150575, p.1.

²⁶⁸ Relatório de Auditoria OS: 20150575, p. 3.

intitulado “Dossiê DNIT”²⁶⁹, por meio do qual apresentou levantamento realizado em parceria com o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU/BR).

Naquela ocasião, indicou, em suas conclusões, que “ao contrário do eu afirmam os defensores do RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), a utilização da modalidade pelo DNIT [...] não alcançou o sucesso esperado e divulgado insistentemente pelo órgão”.

Tal levantamento compreendeu certames realizados no período compreendido entre setembro de 2012 e setembro de 2014 e abordou 304 procedimentos licitatórios, dos quais 109 ocorreram mediante o regime de contratação integrada.

A Associação de Empresas de Obras Rodoviárias (ANEOR), na mesma linha das avaliações precedentes, também promoveu o exame²⁷⁰ das obras conduzidas pelo DNIT. Todavia, avaliou o compreendido entre maio de 2008 a maio de 2016, tendo concluído que a contratação integrada não deveria ser utilizada de forma generalizada.

Inicia-se, então, a explanação pontual dos referidos estudos empíricos promovidos pelos órgãos e entidades anteriormente referenciadas, para, na sequência, ser realizada sua avaliação, na forma proposta pelo presente trabalho.

IV.1 Da avaliação empírica empreendida pelo Tribunal de Contas da União.

Conforme antecipado, o exame empreendido pelo Tribunal de Contas da União buscou avaliar contratações realizadas pelos órgãos públicos por intermédio do regime de contratação integrada que se amoldassem aos critérios de similaridade e significância estatuídos pela CMA.

Assim, em atendimento à comissão solicitante, aquela Corte, em primeiro momento, avaliou, mediante o cotejo de sistemas informatizados, quais órgãos se utilizaram do RDC e, na sequência, requisitou informações detalhadas ao DNIT, à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), ao Ministério da Integração Nacional e à Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A (Valec).

²⁶⁹

Disponível

em: <<http://sinaenco.com.br/wp-content/uploads/2015/01/DnitIneficienciaContratacaoIntegradaNoBrasil2015.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

²⁷⁰ Disponível em: <www.aneor.org.br>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

De posse desses dados, optou o Tribunal em restringir sua avaliação a parte dos processos licitatórios conduzidos pelo DNIT, pois alguns daqueles procedimentos conduzidos tanto por aquela autarquia quanto pelos demais entes questionados não atendiam, concomitantemente, aos requisitos relacionados à similaridade, necessária para que os regimes de contratação pudessem ser comparados, e significância, concernente, neste caso em concreto, à materialidade das aquisições de obras e/ou serviços de engenharia.

Essa restrição, visando a obtenção de uma amostra mais homogênea e o atendimento aos requisitos apresentados pelo Congresso Nacional, motivou que somente fossem avaliadas obras rodoviárias de implantação, duplicação, restauração e o Programa Crema 2ª etapa²⁷¹.

Ademais, buscando o atingimento do objeto pretendido, a equipe de fiscalização do TCU adotou, como premissas, a comparação dos resultados identificados com contratos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/1993, na modalidade concorrência (art. 22, I, da Lei nº 8.666/1993), “sobretudo em razão de possuírem objetos de maior semelhança em relação às obras contratadas sob o regime da contratação integrada”²⁷².

Desse modo, universo amostral contemplou 376 procedimentos licitatórios, sendo composto de 50 (cinquenta) licitações conduzidas no regime de contratação integrada, 75 (setenta e cinco) licitações conduzidas no âmbito dos demais regimes do RDC e 251 (duzentas e cinquenta e uma) licitações realizadas sob a égide da Lei Geral de Licitações e Contratos.

Iniciados os exames das informações coletadas, a SeinfraRodovias²⁷³ vislumbrou, em primeiro momento, a clara tendência de o DNIT adotar o regime de contratação integrada em detrimento dos demais regimes de execução indireta previstos tanto na Lei nº 12.462/2011 quanto na Lei nº 8.666/1993.

Com efeito, conforme se depreende dos dados tabulados por aquela unidade instrutiva do TCU, em 2011, ano em que foi editada a Lei nº 12.462/2011, o DNIT havia conduzido todas suas licitações sob a égide da Lei nº 8.666/1993. Passados quatro anos, aquela autarquia, mesmo com as restrições objetivas para contidas na legislação de regência,

²⁷¹ Programa de Contratação, Restauração, e Manutenção por Resultados de Rodovia Federais Pavimentadas 2ª etapa.

²⁷² Conforme §46 do relatório de fiscalização produzido pela SeinfraRodovias.

utilizou-se integralmente do Regime Diferenciado de Contratações, conduzindo 7 (sete) licitações sob a modalidade contratação integrada e apenas 1 (uma) sob amparo dos demais regimes constantes do RDC.

Esses dados, corroborados pela assertiva constante do relatório de gestão daquele DNIT de que estaria migrando da modalidade concorrência para a contratação integrada, a seguir transcrita, evidenciam a condenável tendência de generalização do regime de contratação integrada. Veja-se o excerto aplicável do referido documento:

A realização da despesa, em 2015, por modalidade de contratação, não houve alterações significativas, exceto a modalidade concorrência em razão das contratações realizadas na modalidade de Regime Diferenciado de Contratação – RDC, que possibilita maior agilidade às contratações.²⁷⁴

Passando ao segundo ponto de análise, a SeinfraRodovias buscou identificar uma suposta correlação entre os descontos alcançados nos procedimentos e o número de licitantes, tendo vislumbrado uma conexão direta entre eles, isto é, quanto maior o número de interessados em contratar com a administração pública, maior o desconto percebido.

Ainda quanto à redução dos valores previstos nos orçamentos estimativos, identificou que a redução desconto médio da contratação integrada é inferior do que aquela percebida nos demais regimes do RDC e na Lei nº 8.666/1993. Nesse sentido, promoveu a seguinte tabulação de dados, *in verbis*:

Modalidade licitatória	Média de licitantes	Desconto médio na licitação	Desvio padrão	Número de licitações
RDC - Contratação Integrada	5,7	4,41%	5,82%	50
RDC – Parte Geral	6,7	9,84%	8,66%	74
Lei nº Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993)	6,8	5,87%	6,61%	236

Fonte: Relatório de auditoria produzido pela SeinfraRodovias no âmbito do Processo TC 033.102/2015-5

Constatou, ainda, que os descontos também oscilam em virtude do modo de disputa adotado. Especificamente quanto à contratação integrada, os dados empíricos revelaram que o

²⁷³ A SeinfraRodovias era, à época, a unidade do Tribunal de Contas da União responsável pela fiscalização das obras realizadas pelo DNIT.

²⁷⁴ Relatório de Gestão de 2015. p.146. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/acesso-a-informacao/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao-2015/01VersoFinaldoRelatriodeGestodoExercccio2015DiretoriaColegiada20160524.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

maior desconto pôde ser observado quando se adota o modo de disputa combinado. Ele diminui quando se adotam os modos de disputa fechado e aberto, nessa ordem.

Verificou-se, outrossim, que nos demais regimes de execução constantes do RDC, o maior desconto continua a ser observado no modo de disputa combinado, seguido pelos modos de disputa aberto e fechado, respectivamente. Veja-se:

Modalidade licitatória	Modo de disputa	Desconto médio na licitação	Desvio padrão	Número de licitações
RDC - Contratação Integrada	Aberto	3,77%	5,94%	36
RDC-Parte Geral	Aberto	2,83%	5,7%	15
RDC - Contratação Integrada	Fechado	6,02%	4,53%	7
RDC-Parte Geral	Fechado	1,86%	3,06%	8
RDC - Contratação Integrada	Combinado	6,24%	5,82%	7
RDC-Parte Geral	Combinado	11,89%	7,03%	51

Fonte: Relatório de auditoria produzido pela Seinfra rodovia no âmbito do Processo TC 033.102/2015-5

No tocante aos descontos obtidos em virtude da forma de disputa adotada, a unidade instrutiva identificou que os certames conduzidos sob a forma eletrônica obtiveram os maiores descontos, sendo aqueles obtidos no regime de contratação integrada superiores aos obtidos nos demais regimes constantes do RDC.

Nesse sentido, constatou-se que no regime de contratação integrada, o desconto médio obtido na forma de disputa presencial foi de 3,27%, enquanto na forma eletrônica esse desconto chegou a 7,13%. Ademais, no tocante aos demais regimes de execução indireta contidos no RDC, o desconto médio notado nos certames conduzidos na forma presencial foram 1,36%, enquanto na forma eletrônica chegaram a 3,54%.

Foi avaliada, também, a influência da adoção do orçamento sigiloso nas licitações promovidas no âmbito do RDC, tendo sido identificado que o modo de disputa sigiloso fomentou os maiores descontos para a administração pública. Foram observados descontos de 4,61% na contratação integrada, ante 3,62% no modo de disputa não-sigiloso, e de 10,84% nos demais modos de disputa do RDC, contra 4,62% quando adotada a prática de orçamento sigiloso.

Ressaltou a SeinfraRodovias, no entanto, que a avaliação da vantajosidade do orçamento sigiloso pode ter sido influenciada por outras características dos certames, visto que todas aquelas conduzidas com orçamento ostensivo no regime de contratação integral foram presenciais e, em sua maioria, possuíram modo de disputa aberto.

Ato contínuo, a unidade do Tribunal intentou correlacionar o número de licitantes à divulgação do orçamento, tendo inferido que, no regime de contratação indireta, o orçamento sigiloso somado aos elementos contidos no anteprojeto de engenharia possivelmente contribuiriam para o menor número de licitantes. Quanto aos demais regimes de licitação, não identificou quaisquer oscilações relevantes do número de licitantes em virtude de o orçamento não ter sido divulgado. Veja-se:

101. O menor número de licitantes no RDC-Contratação Integrada-Orçamento Sigiloso pode estar relacionado à ocorrência de maiores incertezas nesses certames decorrentes tanto do impedimento de acesso ao orçamento, quanto da carência de elementos no anteprojeto que possam melhor abalizar as empresas nos seus processos decisórios prévios à licitação, como: insuficiência de elementos geológicos e geotécnicos para caracterizar o terreno, ausência de estudos de localização e disponibilidade de jazidas de materiais e desatualização de estudo de tráfego.

[...]

107. Por fim, cabe registrar que no RDC-Parte Geral, não há observação a ser feita quanto a possíveis efeitos decorrentes de outras variáveis na análise quanto à vantajosidade para a Administração com a utilização de orçamento sigiloso. Note-se que, com base nos dados examinados, não se verificou predominância clara de formas de licitação que poderiam mascarar o resultado obtido, bem como não se verificou uma grande diferença do número de licitantes. De tal forma os dados analisados indicam que o orçamento sigiloso tende a ser mais eficiente na obtenção de melhores descontos para a Administração nessas licitações.²⁷⁵

Passando aos preços contratados, foram realizadas análises relacionadas ao custo das obras de duplicação e implantação, bem como das obras de restauração e do CREMA 2ª Etapa.

Especificamente quanto às obras de duplicação e implantação, o exame empreendido identificou que, para ambas, o custo por quilômetro é menor nas obras contratadas sob a égide

²⁷⁵ Conforme §101 a 107 do relatório de fiscalização do Tribunal de Contas da União. Contido no Acórdão 306/2017-Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Acórdão data: 22/2/2017.

da Lei nº 8.666/1993, seguido pelas contratações conduzidas sob o regime de contratação integrada e, na sequência, pelos demais regimes constantes do RDC. Veja-se os dados tabulados pela SeinfraRodovias:

Tipo de intervenção	Lei aplicável	Média (R\$/km)	Desvio padrão (R\$/km)	Número de obras
Duplicação	Lei nº 8.666/1993	7.687.228,07	3.249.091,02	41
Duplicação	RDC-Contratação Integrada	7.724.686,40	3.879.919,10	21
Duplicação	RDC-Parte Geral	9.706.037,24	4.487.358,64	14
Implantação	Lei nº 8.666/1993	2.233.200,03	953.365,17	46
Implantação	RDC-Contratação Integrada	2.425.194,91	864.591,74	14
Implantação	RDC-Parte Geral	2.438.193,22	1.412.088,21	9

Fonte: Relatório de auditoria produzido pela SeinfraRodovias no âmbito do Processo TC 033.102/2015-5

Ao se debruçar sobre esses dados, ponderou a Secretaria que, inobstante as médias observadas sinalizarem que os contratos celebrados sob a Lei nº 8.666/1993 são mais econômicos para a administração, os desvios-padrão observados conduzem à cognição de que não é possível avaliar a vantajosidade ou não de qualquer um dos regimes de execução indireta de serviços. Essa dificuldade de constatação é aumentada em virtude de os contratos avaliados possuírem baixo índice de execução.

Em relação ao segundo grupo de obras – aquelas relacionadas à restauração e ao CREMA –, ponderou a SeinfraRodovias que a amostra não continha contratações suficientes realizadas sob o regime da contratação integrada, motivo pelo qual apenas comparou os ajustes realizados sob os demais regimes do RDC àqueles celebrados com base no Estatuto das Licitações. Concluiu, então, que o custo das obras, por quilômetro, era inferior nas licitações conduzidas sobre os demais regimes do RDC. No entanto, considerando a amplitude do desvio padrão identificado, suscitou que não haviam elementos para se asseverar qual modalidade é mais vantajosa para a administração pública. Note-se:

Tipo de intervenção	Lei nº 8.666/1993	RDC-Parte Geral
Média de preços/km (R\$/km)	1.240.821,97	1.156.922,31
Desvio padrão da amostra (R\$/km)	571.593,95	627.744,44
Média de execução financeira	51,9%	42,5%

Número de licitações da amostra	23	38
---------------------------------	----	----

Fonte: Relatório de auditoria produzido pela SeinfraRodovias no âmbito do Processo TC 033.102/2015-5

No tocante aos prazos de execução dos empreendimentos, intentou a SeinfraRodovias fazer duas análises distintas. A uma, buscou comparar os prazos no período posterior à licitação das obras. A duas, comparou prazos no período anterior ao da etapa competitiva do certame.

Assim, em relação à primeira análise proposta, relativa ao exame dos prazos a partir da licitação, identificou a unidade instrutiva diversos problemas para que as comparações fossem críveis, eis que (a) os contratos conduzidos sob o regime de contratação integrada estavam com baixo índice de execução; (b) os contratos celebrados sob outros regimes de execução indireta do RDC ou mesmo aqueles conduzidos sob a amparo da Lei nº 8.666/1993 poderiam ser objeto de termos aditivos; e (c) problemas oriundos do cenário macroeconômico, visto que a partir do ano de 2015 houve forte contingenciamento de recursos, o qual pode ter impactado de modo negativo o cronograma dos empreendimentos.

Em virtude dessas ponderações da SeinfraRodovias, relacionadas à possibilidade de existirem contingenciamentos, considerando ainda que o relatório produzido pelo Tribunal não trouxe elementos robustos nesse sentido, julgou-se conveniente avaliar os relatórios de gestão do DNIT²⁷⁶ relativos aos anos de 2013 a 2015, de forma a constatar se a informação era procedente.

E nesse sentido, convém ressaltar que tais relatórios corroboram a assertiva do Tribunal de Contas da União, eis que aquela autarquia sistematicamente vinha sendo alvo de reduções orçamentárias que, ao cabo, podem prejudicar a execução dos contratos em tela.

Como exemplo, pode-se se destacar que informações constantes do relatório de gestão relativo a 2013 evidenciam que “a dotação inicial do DNIT [para aquele exercício] foi de R\$ 14.95 bilhões, e a dotação atualizada (leis mais créditos adicionais) foi de R\$ 14,11 bilhões, representando sensível redução da ordem de R\$ 836 milhões ou 5,59%”²⁷⁷.

²⁷⁶ Disponíveis em: <<http://www.dnit.gov.br/acesso-a-informacao/relatorio-de-gestao>>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

²⁷⁷ BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Relatório de gestão do exercício de 2013. p. 446. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/institucional/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao-2013-dnit-vfinal-.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2017.

De igual modo, o relatório de gestão relativo a 2014²⁷⁸ contém o registro de que a dotação inicial era de R\$ 13,68 bilhões, tendo sido realizados naquele exercício aproximadamente R\$ 10,8 bilhões.

Na mesma linha, o relatório de gestão relativo a 2015²⁷⁹ evidencia que a dotação inicial daquela autarquia, quanto comparada à do exercício anterior, sofreu um decréscimo de aproximadamente R\$ 2 bilhões, superior a 10% do valor inicialmente previsto. Ademais, aconteceu o cancelamento de 25% dotação orçamentária inicialmente estimada, causando grande impacto nas ações à época desempenhadas. Sobre o tema, os gestores do DNIT pontuaram o seguinte:

A dotação orçamentária do DNIT, no exercício de 2015 se comparada a 2014, sofreu uma redução na ordem de R\$ 2 bilhões, 15%, aproximadamente. Em 2015, o DNIT executou, aproximadamente, 64% da dotação orçamentária fixada para o exercício.

A realização da despesa, em 2015, por modalidade de contratação, não houve alterações significativas, exceto a modalidade concorrência em razão das contratações realizadas na modalidade de Regime Diferenciado de Contratação – RDC, que possibilita maior agilidade às contratações. Cumpre salientar que no supracitado exercício financeiro houve o cancelamento de 25% da dotação orçamentária.

Esse fato evidencia que a execução dos empreendimentos poderia ter sido prejudicada em virtude de externalidades, tais como contingenciamentos orçamentários, motivo pelo qual mostrou-se razoável a limitação destacada pelo Tribunal, de que a comparação dos prazos de execução não seria razoável. Restaria, pois, promover a comparação dos prazos no período anterior ao da etapa competitiva do certame.

E sobre esse ponto, o exame desempenhado pelo Tribunal de Contas da União contemplou tanto a fase interna quanto a fase externa da licitação, tendo concluído que, no tocante às obras de duplicação e implantação de rodovias, o regime de contratação integrada demandava maior prazo, o qual chegava, em média, a 421 dias. Em segundo lugar vieram os contratos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/1993, com o prazo médio de 325 dias. Os

²⁷⁸ BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Relatório de gestão do exercício de 2014. Disponível em: http://www.dnit.gov.br/acesso-a-informacao/relatorio-de-gestao/Relatoriodegesto2014_DNIT_VFfinal.pdf. Acesso em 31 de maio de 2017.

²⁷⁹ BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Relatório de gestão do exercício de 2015. Disponível em <http://www.dnit.gov.br/acesso-a-informacao/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao-2015.pdf>.

demais ajustes, pactuados sob os demais regimes do RDC seriam os mais céleres, com o prazo médio de 279 dias.

Em relação aos empreendimentos do Crema 2ª Etapa, as informações evidenciaram que o prazo médio das contratações conduzidas sob o RDC geral são bastante inferiores àqueles identificados nos ajustes celebrados com fundamento na Lei nº 8.666/1993. Veja-se:

Tipo de intervenção	Lei aplicável	Prazo relativos à fase interna e externa (dias)	Desvio padrão	Número de contratos
Duplicação/Implantação	Lei nº 8.666/1993	325	235	140
	RDC-Contratação Integrada	421	199	48
	RDC-Parte Geral	279	192	34
Crema 2ª Etapa	Lei nº 8.666/1993	344	144	23
	RDC-Contratação Integrada	240	71	2
	RDC-Parte Geral	182	61	38

Concluiu a unidade que, para obras relativas ao Crema 2ª etapa, “há indícios de haver grande vantajosidade quanto aos prazos licitatórios na utilização do RDC-Parte geral ante o LGL. Já para as obras de Duplicação/implantação, essa diferença, embora existente, não é tão nítida”²⁸⁰.

Por fim, a SeinfraRodovias avaliou o percentual de sucesso das licitações, tendo identificado que “o índice de fracasso nas licitações sob o regime LGL e RDC-Parte Geral são bastante similares. Há, contudo, uma elevação nesse índice quando as licitações são regidas pelo RDC-Contratação Integrada”²⁸¹. Inere que a ausência de projeto básico pode estar contribuindo para a ocorrência de um percentual maior nos procedimentos conduzidos sob a contratação integrada.

[2015/01VersoFinaldoRelatriodeGestodoExercciode2015DiretoriaColegiada20160524.pdf](#). Acesso em 31 de maio de 2017.

²⁸⁰ Conforme §150 do relatório de fiscalização do Tribunal de Contas da União. Contido no Acórdão 306/2017-Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Acórdão data: 22/2/2017.

²⁸¹ Conforme §158 do relatório de fiscalização do Tribunal de Contas da União. Contido no Acórdão 306/2017-Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Acórdão data: 22/2/2017.

Convém anotar que, submetidas essas informações aos ministros do TCU, foi exarado o Acórdão 306/2017²⁸², segundo o qual o foram avaliados os achados de auditoria alhures referenciados.

Na ocasião, o Ministro Bruno Dantas, relator do processo, naquilo que foi acompanhado pelos seus pares, preliminarmente destacou o problema relacionado à generalização da contratação integrada, pontuando que, “a princípio, não encontra respaldo legal a generalização desse regime, cuja utilização pressupõe fundamentação específica que demonstre estar aquele objeto concretamente enquadrado nos pressupostos estabelecidos na Lei.”²⁸³

Quanto a este ponto, convém acrescentar que jurisprudência é farta, reiterada²⁸⁴, no sentido de que o DNIT não tem observado adequadamente os pressupostos legais para enquadrar seus certames no regime de execução indireta denominado contratação integrada.

Na sequência, passou o relator ao discorrer sobre os estudos relativos aos descontos obtidos e o índice de licitações malsucedidas.

Destacou, inicialmente, que “procedimentos inovadores tendem, naturalmente, a gerar maior insegurança enquanto são desconhecidos, o que leva a um decréscimo esperado na participação nesse primeiro momento”²⁸⁵.

Além disso, ainda em relação ao desconto inicial observado em certames conduzidos sob a contratação integrada, ressaltou que sua comparação com os demais regimes deve ser realizada com cautela, pois “nesse regime inovador, a empresa vencedora se compromete a entregar o objeto de acordo com o preço original do contrato, sem a incidência de aditivos por variação de quantidades decorrente da imprecisão de sua estimativa incorporada ao orçamento inserido em sua proposta”²⁸⁶.

²⁸² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de auditoria. Acórdão 306/2017-Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Acórdão data: 22/2/2017.

²⁸³ Conforme § 24 do voto condutor do Acórdão 306/2017-Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 22/2/2017. Código para localização na *internet*: AC-0306-06/17-P

²⁸⁴ Em acréscimo aos Acórdãos já mencionados neste trabalho, cita-se os Acórdãos 2.164/2013-Plenário, 1.388/2016-Plenário;

²⁸⁵ Conforme § 29 do voto condutor do Acórdão 306/2017-Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 22/2/2017.

²⁸⁶ Conforme § 30 do voto condutor do Acórdão 306/2017-Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 22/2/2017.

Destacou, na sequência, algumas limitações que havia vislumbrado na fiscalização empreendida pelo SeinfraRodovias, dando ênfase à limitação da amostra, aos descontos observados em orçamentos supostamente sigilosos do DNIT e aos desvios padrão identificados.

Finalizou ao ponderar que os achados de auditoria não bastariam para que se façam julgamentos do regime de contratação integrada, eis que tal regime ainda é novo e passará por período de crescente aprimoramento dos atores públicos envolvidos, de modo que alguns problemas identificados no passado não devem se repetir no futuro.

IV.2 Da avaliação empírica promovida pelo Controle Interno.

Conforme destacado, a Controladoria-Geral da União também empreendeu ação de controle²⁸⁷ com o intuito de avaliar os resultados da adoção do Regime Diferenciado de Licitações e verificar o grau de consecução dos objetivos enunciados pelo legislador ao criar o regime de contratação integrada.

Os trabalhos, realizados mediante a extração de dados do sítio eletrônico do DNIT, do Sistema de Acompanhamento de Contratos (Siac) e do Portal de Compras do Governo Federal (Comprasnet), contemplaram todos os 155 (cento e cinquenta e cinco) lotes licitados pelo Dnit/Sede no período de 2012 a 2014, a exceção daqueles destinados à contratação de projetos, supervisão, programa BR-Legal (sinalização), estudos e quaisquer outros que não se enquadrassem no conceito de obras. Valor estimado da amostra chegou R\$ 13.506.157.979,39 (treze bilhões quinhentos e seis milhões cento e cinquenta e sete mil novecentos e setenta e nove reais e trinta e novo centavos).

Note-se que, diferentemente da avaliação promovida pelo TCU, o exame empreendido pela CGU não se restringiu às obras de implantação, duplicação, restauração e Crema 2ª Etapa. Abrangeu, também, travessias urbanas, hidrovias, obras de arte, portos e instalação e operação de postos de pesagem.

Além disso, outra diferença notada na metodologia adotada pela CGU refere-se aos objetos de comparação, pois aquela controladoria apenas comparou os resultados obtidos nas obras sob o regime de contratação integrada com aqueles advindos das contratações por preço

global e unitário enquanto o TCU, como dito, também promoveu o cotejo das concorrências conduzidas sob a égide do Estatuto das Licitações.

Deve ser retratado, também, que a análise realizada pela CGU não objetivou apenas comparar os regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia. Buscou, de um modo abrangente, avaliar institutos jurídicos que somente se fazem presentes no RDC, a exemplo da taxa de risco e da orçamentação a partir do anteprojeto de engenharia.

Buscando o atingimento do objeto da fiscalização, foram avaliados os seguintes aspectos: (a) taxa de sucesso dos certames; (b) redução do prazo dos certames; (b) duração dos certames; (c) o número de termos aditivos; (d) a economia financeira; (e) a taxa de risco; (f) a orçamentação a partir do anteprojeto de engenharia; (g) critérios de desempenho; (h) a conclusão das obras em tempo correto; e (i) o uso de novas tecnologias.

Então, passando-se aos achados de auditoria, destaca-se, no tocante à taxa de sucesso dos certames, que a CGU, ponderando que as anulações e revogações não estão vinculadas a um regime específico, definiu que tal índice seria equivalente ao número de lotes homologados dividido pelo número de lotes publicados subtraídos daqueles anulados ou revogados.

Ao aplicar tal metodologia de cálculos, concluiu que a publicação de um edital a preço unitário tem uma maior probabilidade de resultar em um contrato do que nas licitações integradas ou a preço global, destacando que o pior desempenho da contratação integrada era esperado em virtude de dois fatores. A um, como há maior transferência de riscos, os licitantes tenderiam a se afastar do certame. A dois, como a orçamentação com base em anteprojetos de engenharia é mais imprecisa, pode haver casos de subestimativa de custos, aspecto esse que conduziria a contratações integradas desertas, fracassadas.

Ressaltou, todavia, que o resultado deveria ser visto com cuidado, eis que podem ter sido impactados por fatores econômicos e pela tendência de obras complexas possuírem um grau de insucesso superior.

²⁸⁷ O relatório completo da ação de controle (Relatório de Auditoria OS: 20150575) encontra-se disponível em: <<http://auditoria.cgu.gov.br/public/relatorio/consultar.jsf?rel=9107>>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

Passando ao exame da duração dos certames, avaliou a CGU que o prazo médio de homologação foi de 137 dias. Constatou que, em média, a homologação é mais ágil em certames conduzidos sob o preço global (96 dias), seguida pela contratação integrada (142 dias) e pela contratação por preço unitário (151 dias).

O prazo para assinatura dos contratos, contado desde a data de homologação, seguiu a mesma tendência, isto é, a contratação por preço global foi mais célere (45 dias), seguida pela contratação integrada (52 dias) e pela contratação por preço unitário (66 dias).

Constatou-se, também, que o prazo médio compreendido entre a assinatura do contrato e o início das medições foi maior na contratação integrada (191 dias), seguido pela contratação por preço global (112 dias) e pela contratação por preço unitário (52 dias).

Finalizadas as análises referentes aos prazos, passou a CGU a compará-las aos estudos disseminados pelo DNIT, que, nos seguintes termos, ratificariam a tese de que o RDC seria mais célere:

Atividades/ regime de execução	Contratação Integrada	Preço Global/preço unitário	Lei 8666/93
Elaboração de projeto básico/anteprojeto	120 dias	240 dias	240 dias
Aprovação de projeto	-	300 dias	300 dias
Licitação (fase interna)	30 dias	30 dias	30 dias
Licitação (fase externa)	79 dias	47 dias	174 dias
Contratação	30 dias	30 dias	30 dias
Elaboração do projeto	90 dias	-	-
Aceitação do projeto	30 dias	-	-
Início de obra	379 dias	647 dias	774 dias

Fonte: <http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/03-dnit-seminario-licitacoes-e-contratos-22-set-2014.pdf>

Ao ser promovida a compração das informações extraídas das bases de dados oficiais com aquelas divulgadas pelo DNIT, constatou-se a presença de informações divergentes, bem como a adoção, pela autarquia, de premissas inadequadas.

Nesse sentido, ponderou a CGU que as informações divulgadas pela autarquia sinalizam que o prazo para aprovação do anteprojeto de engenharia seria inexistente, ou seja,

que todos os anteprojetos de engenharia seriam elaborados pelo DNIT. Tal cenário, no entanto, não se coaduna com a avaliação empírica realizada pelo órgão de controle, o qual registrou que “em todas as contratações integradas avaliadas pela CGU até a presente data, os anteprojetos foram desenvolvidos, ao menos em parte, por empresas contratadas”²⁸⁸.

Na sequência, anotou a controladoria que os “prazos de elaboração e aceitação do projeto básico no RDC, de 120 dias, aparentemente, são incompatíveis com os dados constantes do SIAC, nos quais a elaboração e aceitação giram em torno de 191 dias”.

De modo análogo, registrou divergências entre os prazos incorridos na fase externa da licitação, pois entre a divulgação do certame e a assinatura do contrato, a CGU identificou um período de 194 dias ao invés dos 109 dias consignados pela autarquia.

Submetidas tais informações ao DNIT, aquele órgão se manifestou ao enaltecer a economia e a agilidade dos processos trazidas pelo RDC, reconhecendo que tais benefícios, todavia, só se aplicam num contexto ideal. Ressaltou, entanto, em relação aos certames fracassados, que as informações deveriam ser avaliadas levando-se em conta a complexidade, a dimensão e os riscos envolvidos.

Outro aspecto avaliado pela CGU refere-se à redução do número de aditivos.

Nessa dimensão, foram avaliadas em obras já concluídas no âmbito do RDC, tanto por preço global quanto por contratação integrada. A amostra, por envolver apenas empreendimentos já concluídos, abrangeu 8 (oito) obras, aspecto esse que limita a extrapolação dos achados às demais obras.

Todavia, convém anotar que metade dessas obras foi objeto de termos aditivos de valor ou de prazo. Ou seja, das 8(oito) obras avaliadas, 4 (quatro) foram aditivadas.

Além disso, especificamente quanto à contratação integrada, observou-se que, inobstante as restrições normativas para a celebração de termos aditivos²⁸⁹, das 5 (cinco) obras constantes da amostra, 2 (duas) sofreram aditivos de prazo ou de valor.

Ato contínuo, ampliando-se a amostra e passando-se a considerar obras em andamento para a mensuração dos aditivos de valor, identificou a CGU que foram firmados tais termos

²⁸⁸ Conforme p. 21 do Relatório de Auditoria OS: 20150575

²⁸⁹ Conforme §4º do art. 9º da Lei 12.462/2011.

em: a) 9,38% das obras conduzidas pela contratação integrada; b) 50% das obras conduzidas sob preço global; c) 77% das obras conduzidas sob preço unitário. Em termos monetários, tais aditivos contratuais chegariam a 3,70% nas contratações integradas; 9,99% nas contratações por preço global e 8,37% nas contratações por preço unitário, valores esses inferiores à média (15,3%) das concorrências conduzidas sob a égide da Lei nº 8.666/1993.

No tocante aos aditivos de prazos, o exame empreendido nas 73 obras em andamento revelou que 23% destas passaram por prorrogações. Destas, 24,8% daquelas conduzidas sob o regime de contratação integrada foram prorrogadas, enquanto aquelas conduzidas sob o preço global e o preço unitário sofreram termos aditivos, respectivamente, em 61,5% e 11,1% das vezes.

Passando a aspectos relacionados à economicidade dos certames, a CGU avaliou, em primeiro momento, a competição daqueles conduzidos no âmbito do RDC, tendo concluído que houve uma concorrência média de 4,93 licitantes por licitação homologada.

Ao ser avaliada a competição em virtude da forma de disputa, constatou-se que, na forma eletrônica, que a concorrência foi de 5,23 licitantes por certame, enquanto na forma presencial existiram 4,81 licitantes por certame.

Ponderou-se, no entanto que o sistema Comprasnet superestima o número de licitantes em virtude de serem consideradas como licitantes empresas que não participam efetivamente da etapa competitiva.

Ao promover a avaliação dos descontos, registrou a CGU que o desconto médio obtido foi de 9,18% sobre o montante contratado. Tal abatimento, interpretado por regime de execução indireta, chegou a 6,56% nas contratações integradas, a 10,77% nas contratações por preço global e a 15,87% nas contratações conduzidas sob regime de preço unitário.

À semelhança do exame empreendido pelo TCU, também é digna de registro a grande dispersão dos dados identificados, havendo, por exemplo, diversos certames com descontos irrisórios, próximos de 1%. Conforme anotou a CGU, “28 dos 90 editais tiveram desconto inferior a 1%”²⁹⁰ e tal fato pode ser motivado em virtude do art. 26291 da Lei nº 12.462/2011, o qual permite a negociação após a fase de lances.

²⁹⁰ Conforme p. 41 do Relatório de Auditoria OS: 20150575

No caso específico da contratação integrada, das 48 (quarenta e oito) obras avaliadas, a metade teve descontos inferiores a 1%.

Conforme já pontuado, o trabalho empreendido pela CGU não objetivou apenas fazer uma comparação da contratação integrada com os demais regimes de execução indireta constantes tanto da Lei nº 12.462/2011. Visou identificar se os objetivos da Lei do RDC foram atingidos.

Nesse diapasão, aquele órgão verificou a aplicação da taxa de risco prevista no §5º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, a seguir transcrita; a orçamentação a partir de anteprojetos de engenharia; e se as obras estavam sendo concluídas no prazo.

Art. 9º 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:

[...]

§5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.

No tocante à taxa de risco, observou-se que o DNIT promove o cálculo a partir do cotejo de séries históricas e vislumbrou-se oportunidades de melhoria nos procedimentos adotados na autarquia.

Em relação à orçamentação a partir de anteprojetos de engenharia, destacou-se, em suma síntese, que a execução de orçamentos a partir de anteprojetos pouco detalhados pode conduzir a contratações antieconômicas ou a licitações fracassadas.

No que pertine à conclusão das obras a bom termo, os levantamentos empreendidos foram estratificados por tipo de regime de execução indireta, sendo evidenciada a existência de obras paralisadas, atrasadas, lentas, não iniciadas, em andamento normal e, por fim, concluídas. Veja-se a tabulação produzida pela CGU, *in verbis*:

²⁹¹ Conforme o art. 26 da Lei 12.462/2011, “definido o resultado do julgamento, a administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado”.

SITUAÇÃO DAS OBRAS	PARALISADA	ATRASADA	LENTA	NÃO INICIADA	NORMAL	CONCLUÍDA
INTEGRADA	11 (23%)	3 (6%)	4 (8%)	15 (32%)	10 (21%)	5 (10%)
PREÇO GLOBAL	2 (13%)	8 (53%)	0	1 (7%)	1 (7%)	3 (20%)
PREÇO UNITÁRIO	7 (26%)	2 (7%)	0	0	18 (67%)	0
TOTAL GERAL	20 (22%)	13 (14%)	4 (4%)	16 (18%)	29 (33%)	8 (9%)

Fonte: relatório CGU. p. 76

Especificamente quanto às obras não iniciadas, foi destacado pela CGU que grande parte dos contratos contidos na amostra foram firmados entre os anos de 2012 e 2014 e não receberam qualquer medição. Ademais, ressaltou-se que em virtude de as obras celebradas com preço global possuírem um menor prazo de execução, há um maior índice de empreendimentos atrasados.

Por fim, no tocante ao fomento de novas tecnologias, aspecto esse abrangido pelos objetivos da Lei nº 12.462/2011 e pelas condições para ser promovida a contratação integrada²⁹², ressaltou a CGU que as inovações apresentadas pelo DNIT ocorreram, em sua grande maioria, em obras de artes especiais. Além disso, anotou o órgão de controle que os exemplos relacionados a obras de engenharia não podem ser interpretados como inovações tecnológicas, pois alinham-se ao conceito de ganhos de engenharia²⁹³.

IV.3 Da avaliação empírica empreendida pelo Sindicato da Arquitetura e da Engenharia (Sinaenco)

Passando-se ao terceiro estudo destinado a promover uma avaliação do RDC, convém anotar que o Sinaenco, conhecido por suas posturas críticas em relação ao regime de contratação integrada, elaborou documento intitulado “Dossiê DNIT”, segundo o qual avaliou todos certames realizados no período compreendido entre setembro de 2012 e setembro de 2014 e abordou 304 licitações, das quais 109 ocorreram mediante o regime de contratação integrada.

²⁹² Conforme inciso I, do art. 9º da Lei 12.462/2011.

Naquele documento, após contextualizar a matéria, passou o sindicato a apresentar suas informações relativas ao índice de sucesso; ao deságio observado; ao prazo médio para a assinatura de contratos; e, por fim, ao valor inicial apresentando.

No tocante ao índice de sucesso, pontou que, do total de 251 certames examinados, 34,3% não resultaram em contratos em decorrência de cancelamentos, anulações, suspensões, processos desertos etc. Anotou que o “o percentual de fracassos nas licitações pelo regime da Contratação Integrada foi de 40,5%, e nos demais regimes do RDC este percentual caiu para 31,1%.”²⁹⁴.

Tratando do desconto, ou do deságio, verificou uma redução de preço de 5,8% nas Contratações Integradas, ante um deságio de 12,4% nos demais regimes do RDC.

Passando a discorrer sobre o prazo médio decorrido entre a data da publicação dos editais e data da assinatura dos contratos, pontuou que nos processos licitatórios do DNIT, realizados pela contratação integrada, o prazo médio foi de 252 dias. Nos demais regimes de execução indireta de obra e serviços de engenharia constantes do RDC este prazo foi de 199 dias.

Destacou, também, que o orçamento sigiloso não fomentou a apresentação de preços mais baixos. Veja-se:

Nas Contratações Integradas, depois de aberto o valor de referência, constatou-se que somente em 12% dos casos o valor inicial apresentado pelas empresas foi inferior ao orçado pelo órgão, e em metade deles os percentuais ficaram abaixo de 3%. Nos demais regimes do RDC, em 78% dos casos o valor inicial foi inferior ao valor de referência, e destes, cerca de 43% apresentaram descontos superiores a 10%

IV.4 Da avaliação empírica realizada pela Associação Nacional das Empresas de Obras Rodoviárias (Aneor)

Após ressaltar que não possui uma postura contrária à contratação integrada, mas apenas a sua utilização generalizada, a Associação Nacional das Empresas de Obras Rodoviárias destacou alguns aspectos relevantes dos certames por eles analisados.

²⁹³ A CGU entende como ganho de engenharia a proposta de soluções e ou materiais mais eficientes, ou seja, desempenho semelhante e custo reduzido.

²⁹⁴ Dossie DNIT. p.6

Destes, o primeiro que mereceu registro foi o fator prazo, pois foi identificado grande lapso entre a data da licitação e a assinatura do contrato. Ademais, especificamente quanto à contratação integrada, também deve ser acrescentado o tempo decorrido para a elaboração e a aprovação dos projetos de engenharia. Assim, segundo entendem, “se foi alcançada a pretendida redução de prazos para a licitação o mesmo não ocorreu para o início das obras”.

IV.5. Uma análise baseada nas avaliações empíricas.

A leitura dos estudos empíricos empreendidos pelo Tribunal de Contas da União evidencia que aquela Corte de Contas se preocupou, de maneira mais detida, na metodologia utilizada para escolher uma amostra representativa da população, isto é, buscou fazer com que a amostra selecionada consistisse em um subconjunto representativo das contratações integradas, agregando ao espaço amostral apenas empreendimentos cujas naturezas se assemelhavam.

Tal preocupação, embora não possa ser observada, na mesma medida, nos demais estudos, não os desqualifica, pois suas conclusões alinham-se, em grande parte, àquelas da Corte de Contas.

Dito isso, considera-se que, inobstante haver metodologias e amostras parcialmente distintas, bem como desvios-padrão relativamente altos, os resultados obtidos parcialmente se repetem e contribuem para que se possa indicar quais premissas inicialmente suscitadas pelos defensores da contratação integrada se concretizaram. Tais constatações permitem, outrossim, que se façam projeções relacionadas às vantagens e oportunidades de melhorias do regime sob estudo.

Assim, passando às constatações relacionadas aos descontos médios obtidos, convém repisar que as avaliações promovidas sinalizam que os contratantes tendem a ofertar descontos muito inferiores quando a contratação se dá por intermédio do regime de contratação integrada.

Com efeito, a média de descontos observada evidencia que em espaço amostral mais uniforme, aquele que fomentou as análises do Tribunal de Contas a União, o desconto médio

na contratação integrada²⁹⁵ é inferior à metade daquele observado nos demais regimes de execução indireta²⁹⁶ constantes do RCD. Os estudos realizados tanto pela CGU quanto pelo Sinaenco, cujas amostras não foram tão controladas quanto àquela utilizada pelo TCU, também conduzem a tal conclusão.

Quanto a este ponto, conclui-se que as evidências apresentadas se alinham às expectativas doutrinárias, pois as incertezas inerentes ao regime de contratação integrada, concernentes à maior atribuição de riscos ao contratante e à contratação com base em anteprojeto de engenharia, tendem a fazer com que os contratados incluam em seus orçamentos valores destinados a compensá-las.

Não obstante as dúvidas relacionadas aos riscos inerentes ao regime de contratação integrada, também deve ser sopesado que as ações de controle promovidas pelos órgãos competentes têm identificado a tendência de os orçamentos elaborados pelos contratantes, baseados em anteprojetos de engenharia, serem superestimados, impactando ainda mais a economicidade contratação. Acontece que, nessa hipótese, o menor desconto será aplicado sobre um orçamento superestimado, o qual não reflete os custos que serão incorridos pelo contratado.

Nesse sentido, destaca-se, a título exemplificativo, o recente Acórdão 865/2017-Plenário²⁹⁷, por meio do qual o TCU, ao apreciar uma representação formulada pela Secretaria de Controle Externo no Estado da Bahia (Secex/BA) a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no âmbito do RDC Eletrônico 001/2016, conduzido pela Secretaria de Infraestrutura do Estado da Bahia (Seinfra/BA), com previsão de aporte de recursos federais decorrentes do Termo de Compromisso 1.172/2013, celebrado entre o estado da Bahia e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), concluiu que o orçamento poderia estar superestimado.

Naquela ocasião, constatou-se que o orçamento estimado em R\$ 110.974.115,75, destinado à "Contratação Integrada de Empresa para Elaboração dos Projetos Básico e Executivo de Engenharia e Execução das Obras de Duplicação pela Margem Direita do Rio

²⁹⁵ O desconto médio observado nessas situações foi de 4,41%, com uma média de 5,7 licitantes. A amostra contou com 50 licitações.

²⁹⁶ O desconto médio observado nos certames conduzidos sob os demais regimes do RDC foi de 9,84%, com uma média de 6,7 licitantes. A amostra contou com 74 licitações.

Cachoeira, Pavimentação em CBUQ e Obras de Arte Correntes e Especiais na BR-415/BA", havia sido baseado em metodologias construtivas mais custosas, menos eficazes, as quais impactariam negativamente o valor final do contrato, majorando-o.

Ao avaliar essa situação, a Corte de Contas determinou ao órgão que fosse elaborado novo orçamento estimativo. Ademais, apresentou ao contratante quais metodologias deveriam ser utilizadas para maximizar a eficiência dos serviços a serem contratados e, desse modo, trazer o orçamento estimativo a valores que efetivamente refletissem as práticas adotadas pelo mercado.

Como dito, esse caso exemplifica a percepção de que a estimativa orçamentária baseada em anteprojetos de engenharia não tem sido razoável e, em diversos momentos, leva a orçamentos superestimados por parte da administração pública.

Tal aspecto, somado ao fato de que o contratado busca compensar os riscos a que é submetido em virtude das incertezas inerentes à contratação integrada, conduz à conclusão de que a contratação integrada não é, a princípio, sob o prisma econômico, vantajosa para a administração pública.

Deve ser ressaltado, no entanto, que a contratação integrada restringe, em tese, como já pontuado no decorrer desta dissertação, a possibilidade de serem promovidos aditivos contratuais, aspecto esse que, se observado, pode trazer o valor final dos contratos a patamares mais vantajosos para a administração pública.

Todavia, como o presente exame se deu em momento no qual não há número significativo de empreendimentos finalizados, ou ao menos com avançado grau de execução, seria precoce qualquer assertiva nesse sentido.

Relevantes, também, foram as análises que buscaram avaliar os descontos em virtude modos de disputa aberto, fechado e combinado, bem como em face da forma de disputa.

Quanto a esse ponto, convém anotar que os dados empíricos não se comportam da mesma maneira dos descontos médios, isto é, embora os descontos médios decorrentes da

²⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Denúncia. Acórdão 956/2017-Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Acórdão data: 03/05/2017.

ponderação de todos os descontos sejam menores nas contratações integradas, eles não o são quando estratificados por modos de disputa.

Nesse sentido, observa-se que as licitações conduzidas tanto sob o modo de disputa aberto quanto sob o modo de disputa fechado contaram com descontos maiores quando realizadas pelo regime de contratação integrada. Além disso, o levantamento promovido pelo TCU evidencia clara tendência²⁹⁸ de o DNIT priorizar a celebração de certames utilizando-se do modo de disputa aberto.

Ocorre que o modo de disputa aberto é aquele que contou com o menor desconto médio na contratação integrada. Com efeito, o desconto obtido no modo de disputa aberto (3,77%) é bastante inferior aquele observado tanto no modo de disputa fechado quanto no modo disputa combinado, cujos descontos médios são, respectivamente, 6,02% e 6,24%.

Tal constatação é importante e deve ser considerada pelos órgãos contratantes, visto que há claro indicativo de que certames conduzidos sob o modo de disputa combinado tendem a fomentar contratações economicamente mais vantajosas para a administração pública contratante. Assim, seria recomendável que o Dnit, conjuntamente com os demais órgãos da administração pública, priorizasse o modo de disputa combinado em detrimento do modo de disputa aberto.

A vantajosidade da adoção do modo de disputa combinado vai na linha da lição de Benjamin Zymler e Laureano Dios, *in verbis*:

Com a combinação dos modos, sopesa-se os prós e contras do sistema aberto e fechado. Isso porque, na fase fechada, estimula-se os licitantes a apresentarem desde logo as propostas mais competitivas e, na fase aberta, propicia-se aos licitantes a possibilidade de cobrirem as propostas de seus concorrentes. A desvantagem é que essas oportunidades somente estarão disponíveis aos que passarem para a segunda fase.²⁹⁹

Merece registro, contudo, o fato de que o desconto médio é maior nas contratações conduzidas sob outras formas do RDC, que chegam a 11,89% no modo de disputa combinado.

²⁹⁸ Foram realizados, na amostra selecionada, 36 licitações sob o modo de disputa aberto. Os demais modos de disputa contaram, cada um, com 7 licitações.

²⁹⁹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 107.

Passando-se à avaliação dos descontos segundo a forma de disputa, o levantamento promovido pelo TCU reforçou a constatação dos doutrinadores, de que a forma eletrônica incrementa a competição e, com isso, proporciona contratações mais econômicas.

Nessa linha, convém evidenciar o acerto da norma, a qual prevê que as licitações conduzidas no âmbito do regime diferenciado de contratações devem, preferencialmente, se dar sob forma eletrônica³⁰⁰.

Ainda quanto à avaliação estratificada dos descontos, os exames empreendidos evidenciam que na hipótese de serem adotados orçamentos sigilosos, os descontos observados tanto nas contratações promovidas sob o regime de contratação integrada quanto àquelas realizadas sob outras formas do RDC são maiores, isto é, fomentam contratações economicamente mais vantajosas para a administração pública. Há preponderância, contudo, de maiores descontos nos certames conduzidos sob as demais formas do RDC.

Sobre o tema, observa-se que a constatação empírica se alinha às conclusões de diversos estudiosos, a exemplo Benedicto de Tolosa Filho, *in verbis*:

No entanto, não comungo com a tese esposada por alguns de que a não divulgação do preço de referência ou do valor máximo que a Administração se dispõe a pagar fere os princípios da moralidade e da transparência.

Verifica-se no trato do dia a dia ministrando cursos, palestras, prestando serviços de assessoria e consultoria que a fixação do preço máximo ou a divulgação do preço de referência tem servido para balizar os valores propostos pelos licitantes cujas ofertas aproximam-se claramente dos valores referenciais, além de servir para facilitar a formação de cartéis. Portanto a revelação do preço máximo ou a revelação antecipada do preço estimado faz com que as propostas dos licitantes orbitem em torno do valor fixado ou estimado, circunstância que pode prejudicar a obtenção de melhores condições de contratação.³⁰¹

Intimamente ligados aos descontos obtidos é o exame dos preços contratados, o qual revela que aqueles praticados em obras contratadas por intermédio da contratação integrada são superiores aos observados em obras contratadas com amparo na Lei nº 8.666/1993 e inferiores àqueles praticados com base nos demais regimes do RDC.

³⁰⁰ Conforme art. 13 do Decreto 7581, de 11 de outubro de 2011 e art. 13 da Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011.

³⁰¹ TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Incorporação de disposições da Lei nº 12.462/11 (RDC) à Lei nº 8.666/93*. Revista Zênite — Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba, nº 216, p. 167-170, fev. 2012.

Passando-se ao segundo aspecto destacado nos exames empíricos alhures referidos – os prazos ligados à contratação e à execução dos empreendimentos – nota-se que as constatações vão em sentido diametralmente oposto às inúmeras manifestações de que o regime de contratação integrada seria mais célere para os órgãos contratantes.

Nesse sentido, memora-se, apenas para ilustrar, que diversos estudiosos, a exemplo de Marcos Nóbrega, pontuam que a contratação integrada “tem o objetivo básico de reduzir o prazo de execução dos projetos, tornando-os operacionais no menor tempo possível”³⁰².

Na mesma linha, diversos parlamentares defensores da medida provisória que desaguiu na Lei nº 12.462/2011, a exemplo do Senador Inácio Arruda, registraram que a contratação integrada tornaria mais céleres os certames.

Não obstante tais ponderações, os estudos empíricos ora avaliados sinalizam que os prazos observados tanto no regime de contratação integrada quanto nas contratações celebradas sob a égide da Lei nº 8.666/1993 muito se assemelham, sendo os dois maiores do que aqueles observados nos demais regimes de execução do RDC.

Com efeito, constatou o Tribunal de Contas da União que, em objetos mais complexos³⁰³, os prazos relativos às fases interna e externa do certame chegaram a 421 dias no regime de contratação integrada, contra 325 dias nos contratos celebrados com amparo na Lei nº 8.666/1993 e 279 dias naqueles conduzidos sob os demais regimes do RDC.

Em contratos menos complexos, desta feita representados por aqueles de manutenção³⁰⁴, também foi constado que o regime de contratação integrada não logrou entregar para a administração um procedimento célere, eis que os demais regimes de execução do RDC revelaram-se mais rápidos. O exame desses ajustes, contudo, evidenciou que a modalidade concorrência, da Lei nº 8.666/1993, é mais demorada do que a contratação integrada.

Tais informações fulminam o argumento de que a contratação integrada é vantajosa em virtude de sua celeridade, pois inobstante a administração não despender esforços para

³⁰² NÓBREGA, Marcos. Por que optar pela contratação integrada? Vantagens e riscos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 109-128, jul./set. 2015.

³⁰³ Obras de implantação / duplicação.

³⁰⁴ Refere-se aos contratos celebrados sob a égide do Crema 2.

realizar o projeto básico da obra ou dos serviços pretendidos, tal aspecto não se reverte em ganhos significativos de eficiência.

São dignos de nota, também, os exames empreendidos pela CGU que, ao avaliarem a fase externa da licitação, fomentam a conclusão de que a contratação integrada, quando comparada à contratação por preço global, é mais morosa tanto quando no período compreendido entre a publicação e a homologação do certame quanto no período compreendido entre a homologação e a assinatura do contrato.

Deve ser destacado, também, por significativo, o prazo médio entre a assinatura dos contratos e o início das medições, eis que a análise empírica realizada pela CGU evidenciou que são necessários 191 dias para a contratação integrada, ao passo que para a contratação por preço global e por preço unitário são necessários, nessa ordem, 112 e 52 dias.

Ademais, convém anotar que a morosidade identificada não pode ser atribuída, única e exclusivamente, a problemas orçamentários, pois, segundo informações apresentadas pelo próprio DNIT, embora efetivamente existam influxos orçamentários, esses não atingem as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), conduzidas sob o RDC. Nesse sentido, veja-se o seguinte excerto do relatório de gestão daquela autarquia, relativo a 2015:

O maior aporte orçamentário do DNIT faz parte do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, por esta razão não costuma sofrer contingenciamentos. Entretanto, os recursos fixados para as ações não abrangidas pelo PAC, sofreram contingenciamento, no exercício de 2015, principalmente, no que se refere aos investimentos, impactando no desempenho de obras, estudos e de projetos de engenharia.³⁰⁵ (grifou-se)

Dito isso, conclui-se que os prazos verificados, mesmo quando sopesadas questões relacionadas a influxos orçamentários, não se alinham às expectativas daqueles que, ao defender o regime, apregoaram que as obras seriam mais céleres. Ao contrário, as evidências demonstram que são mais demorados do que aqueles conduzidos sobre outras opções constantes do RDC e da Lei nº 8.666/1993.

³⁰⁵ Relatório de gestão do exercício de 2015. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/acesso-a-informacao/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao-2015/01VersoFinaldoRelatriodeGestodoExercciode2015DiretoriaColegiada20160524.pdf>>. Acesso em 31 de maio de 2017.

Outro aspecto relevante refere-se aos aditivos contratuais, os quais, por força do §4º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, são vedados quando houver contratação integrada. Quanto a esse tema, são dignas de nota as constatações da CGU, pois aquele órgão identificou que o DNIT, em quase 70% de suas contratações, promove aditivos contratuais por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica seus objetivos.

Tal observação merece destaque porque, nos termos da alínea II do §4º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, os contratos firmados com base no regime de contratação integrada também podem ser aditivados nessa hipótese, ou seja, há risco de a vontade do legislador, concernente à restrição de termos aditivos, tornar-se letra morta.

Precisa, portanto, a conclusão da CGU, no sentido de que o regime de contratação integrada “não elimina termos aditivos, conforme ventilado por alguns. De fato, aditivos ainda continuam ocorrendo em 40% das obras concluídas, ou 31% das obras em andamento”. Adequada, também, a percepção de que “o número de aditivos tende a aumentar, pois as obras maiores e mais complexas ainda estão em andamento”³⁰⁶.

Pelo exposto, observa-se que as análises empíricas referenciadas neste trabalho ora se alinham à doutrina majoritária, ora a ela se contrapõe, fornecendo dados importantes para que os gestores públicos possam, de maneira mais fundamentada, escolher pelo regime de execução indireta de obras e serviços que melhor atenda seus anseios relacionados a prazos, custos, características dos empreendimentos.

³⁰⁶ Conforme §111 do relatório 201505075.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O objetivo principal do presente trabalho foi examinar a efetividade, para a administração pública, da adoção do regime de contratação integrada previsto no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Para tanto, fez-se necessário o cotejo da doutrina, da legislação, das avaliações promovidas por órgãos de controle e, por fim, de informações empíricas previamente tabuladas por diversos entes.

A partir dessas fontes, chegou-se a diversas conclusões.

Inicialmente, no tocante à suposta celeridade decorrente da adoção do regime de contratação integrada, os estudos empíricos evidenciaram que, inobstante as alterações procedimentais constantes na Lei nº 12.461/2012, não houve significativo ganho de tempo.

Ao contrário, os dados empíricos apontam em sentido diametralmente oposto, sendo o regime de contratação integrada igualmente moroso aos demais regimes de execução contratual versados tanto na Lei de Licitações e contratos quanto na norma do RDC.

No tocante à economicidade dos certames, verificou-se, ao tempo da análise dogmática e normativa do instituto, que existiam posições antagônicas. Ou seja, parte da doutrina encampa a ideia de que a contratação integrada é econômica. Outro grupo, no entanto, sopesando os maiores riscos atribuídos ao particular, decorrentes tanto do impedimento normativo de serem celebrados termos aditivos quanto da orçamentação baseada em anteprojeto de engenharia, manifesta entendimento de que os descontos não seriam muito representativos.

Com efeito, ao serem comparadas tais manifestações às constatações empíricas, conclui-se que não existe, no caso em exame, a suposta vantajosidade econômica do regime de contratação integrada quanto comparado aos demais.

Os estudos permitiram, outrossim, aprofundar o exame de temas controversos do regime de contratação integrada, tais como a adoção de orçamento sigiloso, a proibição de termos aditivos, a orçamentação baseada em anteprojeto de engenharia.

Nessa linha, constatou-se, em relação à adoção do orçamento sigiloso, que os descontos ofertados nessa hipótese são superiores àqueles identificados quando administração

divulga seu orçamento estimativo. Todavia, observou-se também que os descontos observados na contratação integral eram inferiores àqueles constantes dos demais regimes execução constantes do RDC.

O estudo da proibição de termos aditivos, destacada por alguns doutrinadores como mecanismo hábil a garantir a conclusão dos contratos a bom termo, trouxe informações relevantes, no sentido de que tal proibição se contrapõe ao direito de manutenção do reequilíbrio econômico financeiro constante da Carta Magna, ou seja, não há quaisquer garantias que haverá, na prática, restrição a celebração de termos aditivos.

Ademais, os dados empíricos do revelam que mesmo na hipótese de serem celebrados contratos baseados no regime de contratação integrada, há, proporcionalmente, grande número de termos aditivos.

Igualmente importante é a constatação de que as condições contidas no art. 9º da Lei 12.462/2011, relativas ao objeto contratado envolver (a) inovação tecnológica ou técnica; (b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; (c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito do mercado, não tem sido observadas pelos órgãos que promovem contratações por intermédio do citado regime.

Verificou-se, sim, clara tendência à banalização do sistema, concernente à sua utilização em todas as obras engenharia, em flagrante descumprimento às normas de regência.

Digna de nota, também, a constatação de que o regime de contratação integrada não pode ser comparada ao modelo denominado *design build*, em virtude de os procedimentos adotados serem bastante diversos e, principalmente, em virtude de o modelo estrangeiro não se prestar a entregar um objeto pronto para uso. Assim, defesas do instituto baseadas apenas no sucesso do *design build* deixaram de ser tão relevantes.

Por todo exposto, conclui-se que a contratação integrada não pode ser considerada vantajosa quando aferida apenas em relação aos prazos e à economicidade.

Todavia, é cediço que a vantajosidade de um regime de execução é um conceito amplo, o qual não pode ser aferido apenas pela dimensão econômica ou pela dimensão temporal. Essa aferição, entende-se, deve ser realizada pelos órgãos que, com sua adoção, observem se foram atendidos os anseios da norma com eficiência, isto é, se cumpriram os objetivos da norma com o menor sacrifício possível.

Dito isso, conclui-se que, frente aos elementos constantes do presente estudo, há indicativos de que a contratação integrada não é efetiva quando forem preponderantes aspectos relacionados aos custos e aos prazos. Tal assertiva, contudo, pode não ser adequada quando forem preponderantes outras características da administração pública.

Não obstante, deve ser lembrado que os estudos empíricos ainda contam com universo bastante limitado, devendo as conclusões dos estudos empíricos serem vistas com cautela.

REFERÊNCIAS:

ALTOUNIAN, 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ATHIAS, Daniel Tobias. *Institutional bypass: o exemplo do Regime Diferenciado de Contratação (RDC)*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos da engenharia e construção*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex, 2011.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/201: Decreto nº 7.581/2011 / Alécia Paolucci Nogueira Bicalho; Carlos Pinto Coelho Motta (in memoriam); Benjamin Zymler Prefácio da 2ª edição ; Marçal Justen Filho Prefácio da 1ª edição*. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada. – Belo Horizonte : Fórum , 2014.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/201: Decreto nº 7.581/2011*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 570 p.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas : RDC : com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011 : Lei nº do RDC / Sidney Bittencourt ; prefácio de Flavia Daniel Vianna*. – Belo Horizonte : Fórum , 2012.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, alterado pelo Decreto nº 8.251, de 23.05.2014, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 5.8.2011: Lei do RDC*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 64

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Relatório de Auditoria OS: 20150575. Disponível em: <<http://auditoria.cgu.gov.br/public/relatorio/consultar.jsf?rel=9107>>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

BRASIL. Decreto nº 7.581, 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.

BRASIL. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias. Brasília, 2013, p. 7. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de-riscos-de-obras-rodoviaras/guia-fundamentos-simplificado2.pdf>>. Acesso em: 25 de jun. 2017.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Relatório de gestão do exercício de 2015. Disponível em <http://www.dnit.gov.br/acesso-a-informacao/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao-2015/01VersoFinaldoRelatriodeGestodoExerciciode2015DiretoriaColegiada20160524.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2017.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Relatório de gestão do exercício de 2013. p. 446. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/institucional/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao-2013-dnit-vfinal-.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2017.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Relatório de gestão do exercício de 2014. Disponível em: http://www.dnit.gov.br/acesso-a-informacao/relatorio-de-gestao/Relatoriodegesto2014_DNIT_VFinal.pdf. Acesso em 31 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

BRASIL. Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D); institui o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (Proies); altera as Leis nos 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.128, de 28 de junho de 2005, 11.651, de 7 de abril de 2008, 12.024, de 27 de agosto de 2009, 12.101, de 27 de novembro de 2009, 12.429, de 20 de junho de 2011, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011; e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 12.745, 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, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 12.873, 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; altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1942 - Consolidação das Leis do Trabalho, as Leis nos 11.491, de 20 de junho de 2007, e 12.512, de 14 de outubro de 2011; dispõe sobre os contratos de financiamento do Fundo de Terras e da Reforma Agrária, de que trata a Lei Complementar no 93, de 4 de fevereiro de 1998; autoriza a inclusão de despesas acessórias relativas à aquisição de imóvel rural nos financiamentos de que trata a Lei Complementar no 93, de 4 de fevereiro de 1998; institui o Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água - Programa Cisternas; altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 12.546, de 14 de setembro de 2011; autoriza a União a conceder subvenção econômica, referente à safra 2011/2012, para produtores independentes de cana-de-açúcar que desenvolvem suas atividades no Estado do Rio de Janeiro; altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; institui o Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde - PROSUS; dispõe sobre a utilização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios dos registros de preços realizados pelo Ministério da Saúde; autoriza a União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a conceder o uso de bens públicos imobiliários dominicais, mediante emissão de Certificado de Direito de Uso de Bem Público Imobiliário - CEDUPI; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941; dispõe sobre as dívidas originárias de perdas constatadas nas armazenagens de produtos vinculados à Política de Garantia de Preços Mínimos - PGPM e Estoques Reguladores do Governo Federal, depositados em armazéns de terceiros, anteriores a 31 de dezembro de 2011; altera a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002; autoriza o Poder Executivo a declarar estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária, quando for constatada situação epidemiológica que indique risco iminente de introdução de doença exótica ou praga quarentenária ausente no País, ou haja risco de surto ou epidemia de doença ou praga já existente; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; dispõe sobre o repasse pelas entidades privadas filantrópicas e entidades sem fins lucrativos às suas mantenedoras de recursos financeiros recebidos dos entes públicos; altera a Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, as Leis nos 10.848, de 15 de março de 2004, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 12.087, de 11 de novembro de 2009, e 10.260, de 12 de julho de 2001; e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nos 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.935, de 18 de novembro de

1994, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e 12.305, de 2 de agosto de 2010; e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Parecer AGU/RA-03/2012, de 4 de outubro de 2012. Dispõe sobre contratação integrada, obras e serviços de engenharia, critério de julgamento de técnica e preço. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/parecer-agu-rdc-contratacao-integrada.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Tire suas dúvidas sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC)*. Brasília, DF, 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/noticias/ultimasnoticias/2011/07/6583>> . Acesso em: 5 de agosto de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

¹Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.655. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655>. Acesso em 30 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.725/2016-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Acórdão data: 26/10/2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. . Acórdão 1.977/2013-Plenário Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão data: 31/7/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Levantamento de auditoria. Acórdão 1.510/2013-Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão data 19/06/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Monitoramento em Relatório de Auditoria. Acórdão 1.850/2015-Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Acórdão data: 29/07/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Recurso de reconsideração em prestação de contas. Acórdão 2.432/2016-Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Acórdão data: 21/09/2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Acompanhamento. Acórdão 3.011/2012-Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão data: 08/11/2012

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 671/2013-Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Acórdão data: 27/02/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.745/2013 – Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo, Acórdão data 9/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.541/2014-Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Acórdão data: 11/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 328/2013-Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Acórdão data 27/2/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.453/2014-Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Acórdão data: 17/9/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.153/2015-Plenário. Relator Ministro Vital do Rego. Acórdão data: 26/08/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.399/2014-Plenário. Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Acórdão data: 28/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 2.725/2016-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Acórdão data: 26/10/2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.310/2013-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar. Acórdão data: 29/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão 1.541/2014-Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Acórdão data: 11/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Acórdão 2.593/2013-Plenário. Relator Walton Alencar Rodrigues. Acórdão data 25/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Acórdão 3.155/2011-Plenário. Relator Ministro José Jorge Vasconcelos. Acórdão data 30/11/2011.

BUENO, Júlio Cesar. *Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendência num ambiente de negócios globalizados*. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva: 2012.

BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Eficiência, um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar*. Brasília: revista do Tribunal da União – Fórum Administrativo, mai/2001.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. O sigilo do orçamento estimativo no Regime Diferenciado de Contratações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 173, maio 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240353>>. Acesso em: 24 maio 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª ed., 1999.

CARVALHO, Gustavo Marinho de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-195, jul./dez. 2013.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo/ Matheus Carvalho - 4. ed. rev. ampl. e atual.* - Salvador: JusPODIVM, 2017.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 1, n.122, fev.2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77710>>. Acesso em: 17 maio 2017.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n.122, fev.2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77710>>. Acesso em: 17 maio 2017.

DALLARI, Adilson Abreu. *Limites à alterabilidade do contrato de obra pública*. RDA, n. 201, p. 61, 1995. Vide ainda: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratos administrativos: Acréscimos de obras e serviços: Alterações*. RTDP, v. 2, p. 149, 1993; PIRES, Cynthia de Fátima Dardes. *Contrato administrativo: alteração unilateral*. BLC, p. 137, abr. 1991. *Design-Build Effectiveness Estudy – As required by TEA-21 Section 1307(f)*. Disponível em: < <https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm> >. Acesso em: 4 de maio de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes* - 9. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPOOIVM, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Saraiva: São Paulo, 10ª edição, 2005.

GÓMEZ, Luis Alberto *et al.* *Contratos EPC: Turnkey*. Florianópolis: Visual Books, 2006. Instituto Brasileiro de Auditoria de Engenharia. *OT-002/2014-IBRAENG: elementos mínimos para anteprojetos de engenharia*. Fortaleza, 2014.

International Journal on Recent and Innovation Trends in Computing and Communication. Volume 3, issue: 12. Disponível em: <http://www.ijritcc.org/download/1450607948_20-12-2015.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2017.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=74995>>. Acesso em: 22 maio 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei nº 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN NETO, Marçal. *Comissão de licitação, contratação direta e condições específicas para licitar e contratar 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *O procedimento licitatório e a fase de habilitação 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *A fase interna e o instrumento convocatório 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *RDC - regime diferenciado de contratações*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42. ed. atual. até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª ed., 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

NESTER, Alexandre Wagner; BAGATIN, Andreia Cristina. *Os limites para a divisão do objeto licitado*. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, v. 11, n. 128, p. 923, out. 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOBREGA, Marcos. *O processo de mudança dos mecanismos das compras governamentais no Brasil: vantagens e riscos da contratação integrada*. Revista TCEMG, Belo Horizonte. Abr/jun. 2015. Disponível em: <<https://libano.tce.mg.gov.br/seer/index.php/TCEMG/article/viewFile/99/69>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

NÓBREGA, Marcos. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), *Negotiauction* e o Orçamento Sigiloso. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=97458>>. Acesso em: 24 maio 2017.

NÓBREGA, Marcos. Por que optar pela contratação integrada? Vantagens e riscos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239052>>. Acesso em: 9 maio 2017.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Contratação simultânea para serviços do PAC e dos megaeventos esportivos*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 67, set. 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A contratação integrada no RDC e seus regimes preferenciais de execução de obra ou serviço. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 129, p. 38-45, set. 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Delimitação do uso do RDC e sua relação com o regime ordinário da Lei Geral de Licitações*. Fórum de Contratação e

Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n. 127, jul. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80163>>. Acesso em: 23 maio 2017.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratação estabelecido pela Lei nº 12.462/2011: as principais inovações*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 54, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações (RDC): procedimentos licitatórios, métodos de disputa aberto e fechado e os problemas oriundos do orçamento sigiloso*. 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RAMOS, Clarissa Pacheco; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A contratação integrada à luz da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, set. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=155437>>. Acesso em: 10 maio 2017.

REISDORFER, 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Revista Digital de Direito Administrativo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP. Universidade de São Paulo – USP. Seção: Artigos Científicos. *Revista Digital De Direito Administrativo*, vol. 4, n. 1, p. 59-91, 2017. RDDA, vol. 4, n. 1, 2017.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Os regimes admitidos pela Lei nº do RDC para a execução indireta de obras e serviços*. 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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei nº de PPP – parceria público privada: fundamentos econômicos-jurídicos*. São Paulo. Malheiros, 2010.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Concessões, permissões, PPPs, RDC: licitações menos comuns e seus editais: quinta parte. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96196>>. Acesso em: 30 maio 2017.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Municípios já podem inverter as fases da licitação: o sepultamento das normas gerais de licitação*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 11, n. 124, p. 76-80. Parecer.

SÁ, Mayara Ruski Augusto. *As diretrizes para as licitações e contratos realizados em conformidade com o RDC*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cezar A. Guimaraes (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte. Fórum, 2012.

SAADI, Mário. *A contratação integrada e o planejamento das licitações: hipóteses de utilização e distribuição de riscos contratuais*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL

POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva: 2012.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. *Comentários aos artigos 27 e 28 da Lei nº 12.462/11 e seus correspondentes dispositivos do Decreto nº 7.581/11: fase recursal única e encerramento do processo licitatório*. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 2, p. 1400. in BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho.

Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/2011: Decreto nº 7.581/2011. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Incorporação de disposições da Lei nº 12.462/11 (RDC) à Lei nº 8.666/93*. Revista Zênite — Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba, nº 216, p. 167-170, fev. 2012.

TRANSPORTATION, United States Department of. ADMINISTRATION, Federal Highway. *Design-Build Effectiveness Estudy – As required by TEA-21 Section 1307(f)*. jan. 2006. Disponível em: < <https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm> >. Acesso em: 4 de maio de 2017.

WADEDWER, Ashwini; PATIL, Shreedhar; PUNE, Charholi. *International Journal on Recent and Innovation Trends in Computing and Communication*. Volume 3, issue: 12. p. 6511-6513. Dez. 2015. Disponível em: <http://www.ijritcc.org/download/1450607948_20-12-2015.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2017.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei nº 13.303/2016). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 15-26, mar./abr. 2017.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.