



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

HEITOR TOSCANO HENRIQUES

**A MODALIDADE DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME DIFERENCIADO
DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (LEI 12.462/11)**

**GUARABIRA
2014**

HEITOR TOSCANO HENRIQUES

**A MODALIDADE DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME DIFERENCIADO
DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (LEI 12.462/11)**

Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso em Direito à Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação do professor Ms. Jossano Mendes Amorim.

**GUARABIRA
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

H518m Henriques, Heitor Toscano
A modalidade da contratação integrada no regime
diferenciado de contratações públicas (lei 12.462/11) [manuscrito]
: / Heitor Toscano Henriques. - 2014.
36 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2014.
"Orientação: Jossano Mendes Amorim, Departamento de
DIREITO".

1. Licitações Públicas. 2. Contratação Integrada.3.
Contratação Pública I. Título.

21. ed. CDD 347

HEITOR TOSCANO HENRIQUES

**A MODALIDADE DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME
DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (LEI 12.462/11)**

Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso em Direito à Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação do professor Ms. Jossano Mendes Amorim.

Aprovada em: ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Jossano Mendes Amorim (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Renan Aversari Câmara
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Ms. Kilma Maisa de Lima Gondim
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

AGRADECIMENTOS

À meu pai e minha mãe, a quem dedico todo o amor e admiração, pelo estímulo, companheirismo, carinho e ensinamentos ao longo dessa caminhada.

À meu irmão Henrique, pela parceria afetiva e apoio integral em todos os momentos da vida acadêmica. À minha cunhada Tanielle, exemplo de dedicação e profissionalismo no qual me inspiro.

Ao pequeno Bernardo, meu primeiro sobrinho, que - em tão pouco tempo - revolucionou a vida de todos que o cercam, provando para nós o porquê de existirmos.

À minha tão amada Lorena, que nas palavras ou no silêncio das mãos entrelaçadas, transmite para mim todo seu amor e toda a força que preciso para seguir em frente.

À minha família como um todo, que me serve de referencial e alicerce para qualquer desafio imposto pela vida.

A todos os amigos, aqueles que com quem convivo diariamente e os que se distanciaram para buscar seus sonhos. Todos esses influenciaram de alguma forma minha trilha, por isso dedico toda a estima e carinho.

Ao professor Jossano, orientador deste trabalho, pelo esmero e paciência, auxiliando na construção deste artigo.

Aos demais professores e funcionários da UEPB - Guarabira, instituição com o qual tenho uma relação afetiva, na certeza de manter este elo, para continuar contribuindo de alguma maneira com o crescimento do Campus III.

A MODALIDADE DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (LEI 12.462/11)

Heitor Toscano Henriques¹

RESUMO

O presente trabalho trata da análise de uma das inovações trazidas para o âmbito das licitações públicas pela Lei 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: a contratação integrada. Criado para atender a demanda dos grandes eventos esportivos a serem realizados no Brasil (Copa das Confederações, Copa do Mundo e Olimpíadas), a lei trouxe uma nova possibilidade, que está inserida no art. 9º da supracitada lei e no art. 73, §1º do Decreto nº 7.581/11. Consiste no regime que 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. Este modelo foi importado do regramento licitatório da PETROBRÁS (Item 1.9 do Decreto nº 2.745/1998) e, em virtude de sua diferente dinâmica, que prevê que o poder público se reservará à realização de apenas um anteprojeto de engenharia, sem o detalhamento do projeto básico, que fica a cargo do particular, tem recebido diversas críticas. Inclusive, o dispositivo que trata da contratação integrada é questionado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada no Supremo Tribunal Federal. Esta análise pretende trazer à discussão os vários pontos da modalidade de contratação integrada, quais as vantagens e pontos negativos e qual a repercussão prática desta inovação.

Palavras-Chave: Licitações Públicas. RDC. Contratação Integrada

¹ Aluno de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus III.
Email: ht_henriques@hotmail.com

ABSTRACT

The present study analyses one of the innovation brought to the range of public biddings by the Law 12.462/11 that instituted the *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*: the integrated hiring. Created to attend the demand of big sportive events to be realized in Brazil (Confederations Cup, World Cup and Olympic Games), the law brought a new possibility, that is inserted in the art. 9º of the referred law and in the art. 73, §1º of the Decree nº 7.581/11. It consists of the regime that comprehends the elaboration and the development of basic and executive projects, the execution of works and services of engineering, the mounting, the realization of tests, the pre-operation and all the other operations that are necessary and sufficient to the final delivery of the object. This model was imported by the bidding regulation of PETROBRÁS (Item 1.9 of the Decree nº 2.745/1998) and, in virtue of its different dynamics, that predicts that the public authority is reserved to the realization of only one preliminary project of engineering, without detailing the basic project, that is a position of the particular, it has been receiving many critics. The dispositive that deals with the integrated hiring is also questioned in a direct action of unconstitutionality filed in the Federal Supreme Tribunal. This analysis intends to bring to discussion the various points of the integrated hiring modality, what are the advantages and negative points and what is the practical repercussion of this innovation.

Keywords: Public Biddings. RDC. Integrated hiring.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a questão das licitações no Brasil envolve um debate intenso no campo do Direito Administrativo e no âmbito político. Diante deste quadro, várias modificações legislativas vêm sendo realizadas e muitas outras estão em pauta no Congresso Nacional.

A Lei 8.666/93, regulamento geral das licitações públicas no Brasil, vem sofrendo diversas alterações ao longo de sua vigência para atender, cada vez mais, ao princípio da eficiência, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal. O intuito dessas modificações é, claramente, obter maior celeridade no que se refere ao período compreendido entre a abertura do edital de licitação e a celebração do contrato com a empresa vencedora do certame. Com isso, a Administração Pública busca realizar obras com mais rapidez e em maior volume, para suprir as múltiplas demandas da sociedade.

De todo o histórico de trabalho legislativo no que tange à licitação pública, o mais significativo e inovador se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela lei nº 12.462/11. A concepção deste novo regime se deu em virtude da vinda dos megaeventos esportivos para o Brasil, notadamente a Copa do Mundo de Futebol FIFA 2014 e as Olimpíadas do Rio de Janeiro em 2016.

Para atender a essas novas situações, o RDC, como é chamado o novo regime, instituiu uma série de inovações. Dentre as mais relevantes, está a possibilidade de realizar contratação integrada. A modalidade encontra-se regulada no art. 9º da Lei 12.462/11 e 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.

Ao contrário do que determina a Lei 8.666/93, na contratação integrada é permitido ao particular que elabora o projeto básico, a confecção também do projeto executivo e realização da obra. Neste caso, o documento que definirá as características da obra a ser realizada será um anteprojeto de engenharia, elaborado pela Administração, que servirá de referência para os licitantes elaborarem suas respectivas propostas.

Ademais, nesta modalidade licitatória, verifica-se maior rigor no que tange à celebração dos aditivos contratuais, reservando-se ao gestor público a condição de fazê-los apenas nas situações em que se verifique a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro ou a pedido da própria Administração por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado.

As previsões trazidas pela contratação integrada levam a propositura de duas hipóteses: de um lado, quais serão as consequências do menor detalhamento que o Poder Público irá atribuir às características da obra a ser contratada, pela elaboração de um simples anteprojeto de engenharia, conferindo margem considerável de flexibilidade ao particular para que este defina o projeto básico e realize a obra com fulcro nas suas próprias definições. Do outro lado, as vantagens possíveis da possibilidade de inovação nos métodos construtivos, uma vez que a contratação integrada é voltada para obras complexas, que demandam expertise, característica normalmente encontrada com mais facilidade no setor privado.

Para isso, a linha metodológica que será seguida no desenvolvimento do trabalho será uma pesquisa bibliográfica, seguindo os aspectos conceituais e doutrinários, a legislação pertinente ao assunto, além dos posicionamentos jurisprudenciais que se referem ao tema abordado.

Com efeito, o método de abordagem será o dedutivo, com foco na premissa geral, que trata do Regime Diferenciado de Contratações e suas características, partindo para a discussão sobre a contratação integrada e suas implicações práticas.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS LICITAÇÕES NO BRASIL

A licitação, disciplinada de forma ampla pela Lei Federal nº 8.666/93, se caracteriza como o procedimento através do qual a Administração Pública, no exercício da sua atividade complexa, reúne particulares interessados em firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc, sempre em consonância com princípios específicos, tais como o da seleção da proposta mais vantajosa para a

Administração, isonomia entre os participantes do certame, vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo das propostas apresentadas.

Além destes, decerto, a Administração Pública deve apoiar todo e qualquer procedimento no âmbito das licitações nos princípios expressos do art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Estas orientações devem permear toda a atividade administrativa. Ressalte-se, também, o art. 37, XXVI da CF/88, que enunciou o princípio da obrigatoriedade da licitação, determinando ao gestor público que, fora os casos ressalvados pela própria lei, qualquer contrato público a ser firmado pela Administração terá que ser precedido por regular licitação.

Submetem-se ao dever de licitar, conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, os entes da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A extensa regulamentação trazida pelo estatuto geral das licitações desvela a preocupação de um legislador inserido em um contexto histórico peculiar: a recente descoberta, à época, do escândalo dos “anões do orçamento”² e o processo de impeachment do ex-presidente Fernando Collor³. O ambiente criado em virtude desses episódios, naquele momento, influenciou fortemente o cenário político e o conteúdo da lei de licitações, que acabou por criar mecanismos mais cautelosos e, conseqüentemente, mais burocráticos dentro do procedimento necessário às contratações públicas, para evitar qualquer tipo de malversação ou desvio de recursos públicos.

Passadas mais de duas décadas desde sua aprovação, embora não tenha sido empreendida nenhuma reforma de caráter mais abrangente, a lei geral de licitações

² Anões do Orçamento foi o nome pelo qual ficou conhecido um grupo de congressistas brasileiros que no final dos anos 80 e início dos anos 90 se envolveram em fraudes com recursos do Orçamento da União até serem descobertos e investigados, em 1993, perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) de grande repercussão. A denominação de "anões" deveu-se ao fato de que os principais envolvidos no caso eram deputados sem grande repercussão nacional, ou seja, "anões de poder" no Congresso Nacional.

³ Após se envolver em escândalos de corrupção com dinheiro público, o ex-presidente Fernando Collor de Melo sofreu impeachment no dia 29 de setembro de 1992, através da aprovação da Câmara dos Deputados, por 441 votos a favor e 38 contra. Chegou a renunciar ao cargo no dia 29 de dezembro de 1992. Ainda assim, o Senado prosseguiu com o processo de impeachment e cassou seus direitos políticos por 8 (oito) anos.

sofreu diversas alterações. Conforme o Relatório Final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993) – CTLICON, do Senado Federal, a legislação voltada para as compras públicas no Brasil sofreu inovações por meio de 80 normas, das quais 61 Medidas Provisórias, média de 3 por ano, e 19 Leis, média de 1 por ano desde a aprovação.⁴

Dentre as mais significativas mudanças, está a Lei 10.520/02, que criou nova modalidade de licitação, o “Pregão”, que pode ser realizado de forma presencial ou eletronicamente. Significou grande avanço, sobretudo no que toca às contratações usuais e corriqueiras do Poder Público.

No dizer de Carvalho Filho (2012, p. 303):

A particularidade especial da modalidade de pregão reside na adoção parcial do princípio da oralidade. Enquanto nas formas comuns de licitação a manifestação de vontade dos proponentes se formaliza sempre através de documentos escritos (propostas), no pregão poderão os participantes oferecer outras propostas verbalmente na sessão pública destinada à escolha

Nitidamente, o pregão veio conferir mais celeridade ao procedimento de compra por parte do Poder Público. Também é chamado de leilão reverso, por se realizar na lógica de lances sucessivos e decrescentes, ou seja, firma contrato com a administração o particular que oferecer o menor preço pelo produto ou serviço objeto do certame. Uma das principais inovações trazidas por esta modalidade foi o prazo recursal único, que possibilita um certame mais célere, uma vez que o prazo para interposição de recursos se concentra apenas em um período, após a fase de julgamento.

Por possuir um rito mais sintético, sem os entraves e formalismos da Lei 8.666/93, esta modalidade se expandiu bastante, de modo que – atualmente - predomina em todos os entes da administração direta.

Mais à frente, com a confirmação da vinda de megaeventos esportivos para o Brasil, Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo de Futebol FIFA 2014 e Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro, que demandam uma série de investimentos consideráveis em infraestrutura, a Presidente da República apresentou, em 2011, a Medida Provisória nº 527, que posteriormente foi convertida na Lei 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), voltado,

⁴ Criada por meio do Ato do Presidente do Senado Federal nº 19, de 2013, a Comissão Especial visa atualizar e modernizar a Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

inicialmente, para as contratações referentes aos megaeventos esportivos já citados. O processo de aprovação do RDC é bastante criticado, por ter sido feito basicamente por meio de medidas provisórias, instrumento que só deve ser utilizado em hipóteses de urgência, o que não se configura na matéria convertida em lei. Além disso, verifica-se a incompatibilidade com o objeto inicial da medida provisória, que cuidava sobre disposições relativas a organização da ANAC e INFRAERO. Desta forma, depreende-se que o debate para aprovação deste novo regime licitatório, de notável distinção em relação ao regulamento geral, além de provocar grande impacto de mudanças nas contratações públicas, não foi devidamente aprofundado, restando claro o desvirtuamento do processo legislativo para aprovação do RDC.

O novo regime caminha paralelamente a Lei 8.666/93 e trouxe uma gama de inovações para seara das licitações públicas: estímulo à informatização do processo licitatório, possibilidade de remuneração variável, inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento como regra geral (inovação importada da modalidade “pregão”), combinação de diferentes etapas de disputa entre os participantes (aberta, fechada ou combinada), orçamento sigiloso, fase recursal única, instituição da pré-qualificação permanente e do sistema de registro de preços de obras e serviços, maior retorno econômico, e – por fim - o regime de contratação integrada, que será analisado detalhadamente adiante.

3 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: CARACTERÍSTICAS E OBJETIVOS

Instituído pela Lei 12.462/11, o RDC veio para oferecer uma alternativa, em tese, mais célere e eficiente ao gestor público em virtude das demandas de infraestrutura geradas pelos eventos.

Importante frisar que o citado regime não revoga a lei geral e a administração pode optar ou não por adotá-lo, posto que foi construído para figurar em paralelo às formas tradicionais de licitação. No entanto, como afirma Justen Filho (2013, p.14), “a disciplina do RDC afigura-se como uma espécie de “experimentação legislativa”, visando uma implantação gradual e controlada de um novo modelo licitatório”. Ainda, o autor supracitado assevera que a existência dos regimes geral e o do RDC indicam

uma “competição” entre os dois sistemas, na qual subsistirá aquele que se revelar mais apto a suprir as necessidades existentes (JUSTEN FILHO, 2013).

Inicialmente, o art. 1º da Lei 12.462/11 determinou que o RDC seria aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); 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; 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.

Posteriormente, com a aprovação das leis 12.688/12, 12.745/12 e 12.980, o RDC foi expandido, respectivamente, para as licitações referentes às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento, às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

A expansão na aplicação do RDC foi bastante criticada, uma vez que, nascida por meio de medida provisória, constitui mecanismo de cunho predominantemente executivo, renegando ao segundo plano uma discussão mais intensa no âmbito do Poder Legislativo, responsável típico pela elaboração de novas leis. Além disso, o regime foi concebido em caráter provisório, com hipóteses restritas aos eventos já mencionados, tendo ocorrido, portanto, uma medida ampliativa que repercutiu na definitividade do sistema dentro da legislação. Na prática, a inclusão de mais possibilidades na aplicação do novo regime acena para uma gradual substituição do regime da lei 8.666/93 pelo novo modelo ora analisado.

Essa afirmação dá-se em razão da busca pela concretização, por parte do gestor público, do princípio da eficiência, inserido no caput do art. 37 da CF/88, através da EC 19/98 e também no caput do art. 3º da Lei 12.462/11. A ideia de eficiência está

intimamente relacionada com a necessidade de obter os resultados elencados pelo texto constitucional de maneira célere. Neste sentido, aduz Oliveira (2013, p. 113) que “os agentes públicos têm o dever-poder de desempenharem a função pública de forma eficiente, com o intuito de satisfazerem as necessidades da população”.

O autor retrocitado infere que o resultado revela-se como um novo paradigma do Direito Administrativo e que a legitimidade da ação estatal não se restringe ao respeito aos procedimentos formais, mas, principalmente, ao alcance dos resultados pretendidos pelo texto constitucional (OLIVEIRA, 2013). Ademais, o art. 3º da Lei do RDC enuncia a observância do princípio da economicidade, que está intrinsecamente ligado a ideia de eficiência, ou seja, realizar um procedimento de contratação de melhor custo benefício em menos tempo e garantir a manutenção da qualidade do objeto.

O resultado que busca o RDC é justamente a concepção de um sistema mais célere para realização das contratações públicas. O tempo que a administração pública despende para findar o processo de contratação do particular repercute na demora da entrega da obra ou do serviço. Em último plano, a sociedade resta prejudicada por esse longo tempo, o que contradiz totalmente a noção de gestão eficiente, que atenda ao interesse público.

3.1 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), por trazer uma série de inovações para a seara das licitações públicas, atraiu muitas críticas a pontos específicos, tanto em aspectos formais, no que toca ao processo através do qual foi aprovado, quanto aos aspectos materiais, que dizem respeito ao próprio funcionamento do regime e suas consequências práticas.

Neste sentido, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, uma pela Procuradoria Geral da República e outra pelos partidos do PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) e DEM (Democratas) e PPS (Partido Popular Socialista).

3.1.1 ADI nº 4655

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4655) foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República Roberto Gurgel no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a Lei 12.462/11, suscitando aspectos de inconstitucionalidade formal e material.

A conversão da MP nº 527 na Lei do RDC causou inúmeros questionamentos no que se refere ao processo por meio da qual foi aprovada. Inicialmente, a referida medida provisória tratava da criação da Secretaria de Aviação Civil (SAC) e da alteração da legislação da ANAC e da Infraero. Em sua tramitação, o deputado João Campos (PT-CE) incluiu dispositivos que tratavam da criação do novo regime de contratação.

Sobre o processo de aprovação do RDC, entende BAETA (2014, p. 32) que:

O ponto falho no trâmite desse procedimento é a falta de pertinência temática entre o conteúdo original da medida provisória e a matéria incluída para conversão em lei. As vicissitudes do Poder Executivo Federal em aprovar um regime específico para as obras dos grandes eventos esportivos podem ter motivado um “contrabando legislativo”, expressão utilizada na hipótese em que um Projeto de Lei é acrescentado sorrateiramente um assunto que nada tem a ver com o projeto com o fim de não chamar a atenção.

Desta forma, entende a Procuradoria Geral da República que houve afronta ao devido processo legislativo, regulado nos artigos 59 a 62 da CF/88.

No aspecto material, a PGR aponta quatro dispositivos que padecem de inconstitucionalidade no novo regime. Primeiramente, entende que somente a lei pode definir o regime de licitações aplicados em cada caso, já que foi delegado, no art. 1º da Lei do RDC, ao Poder Executivo a escolha do regime a ser aplicado, posto que bastaria incluir no rol de projetos da Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas de 2016.

Outro ponto indicado pela Procuradoria Geral da República na ação se refere ao instituto da pré-qualificação permanente, regulado no art. 30 da Lei 12.462/11. A possível restrição nos certames licitatórios aos participantes pré-qualificados violaria o caráter competitivo enunciado pela lei geral de licitações.

Na parte que prevê a adoção de medidas mitigadoras e compensatórias para obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais ou culturais (art. 4º, § 1º, inc. II), não pode ser interpretada no sentido de que sejam dispensadas exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental, especialmente a avaliação sobre a possibilidade de realização da obra ou da atividade.

Por fim, um dos mais significativos pontos combatidos pela ação, trata da adoção preferencial do regime de contratação integrada, que prevê a possibilidade de licitar sem o respectivo projeto básico. Nesta modalidade, que será adiante detalhada, o Poder Público pode realizar licitação de projeto básico, executivo e a própria execução da obra com base em um anteprojeto de engenharia. Desta forma, sob a ótica constitucional, ao se preferir o regime de contratação integrada, que prescindiria da prévia definição do objeto das obras e serviços, seria o mesmo que ignorar o princípio da isonomia, que, no campo das contratações pelo poder público, tem por fim assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes (BAETA, 2014).

3.1.2 ADI nº 4645

Esta ação direta foi proposta pelos partidos do PSDB, DEM E PPS e, bem como a ADI ajuizada pela PGR, questiona os aspectos formais de aprovação da lei. Além deste tema, em relação aos aspectos materiais, pugna pela inconstitucionalidade das seguintes disposições da Lei 12.462/11: o orçamento sigiloso (art. 6º), previsão da possibilidade de remuneração variável (art. 10) e a dispensa de publicação em diário oficial (art. 15, parágrafo 2º).

Em relação a remuneração variável, alega que oferece grau de discricionariedade ao gestor público incompatível com a Constituição, o que poderia abrir espaço para “relações promíscuas” entre o público e o privado”. Quanto às regras de sigilo e de dispensa de publicação impressa no diário oficial, entende que há violação dos princípios constitucionais da publicidade e da moralidade (art. 37 da Constituição da República de 1988) (RIBEIRO, 2012). No que tange ao orçamento sigiloso, não há como enxergar violação ao princípio da publicidade, uma vez que, consoante art. 6º, caput e §3º, a informação sobre o valor estimado será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle interno e externo.

4 PRINCIPAIS ASPECTOS INOVADORES DO RDC

4.1 Preferência pela forma eletrônica

A lei do pregão trouxe essa possibilidade para os certames licitatórios e o RDC importou para o seu procedimento, conforme consta no art. 13 da Lei 12.462/11. Esta inovação trazida pelo novo regime tem máxima identidade com os princípios da

economicidade e eficiência, uma vez que evita um procedimento moroso, com muitos papéis. De um lado, confere-se celeridade, de outro, a economia no uso materiais para a administração.

4.2 Remuneração variável

O art. 10 da Lei do RDC determina que “na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato”.

Configura-se como uma vantagem financeira atribuída em caso de atingimento superior às metas previamente estabelecidas. Aplica-se a determinados tipos de contrato e visa estimular o particular a prestar um serviço acima do nível de satisfação da administração. Podemos citar como exemplo de remuneração variável o pagamento de bônus em função da antecipação dos prazos e a bonificação em função da superação dos parâmetros de qualidade.

4.3 Orçamento sigiloso

A previsão do orçamento sigiloso no âmbito do RDC foi um dos pontos que gerou críticas por parte da mídia e dos agentes políticos. Está regulado no art. 6º da Lei do RDC e estabelece que “o orçamento previamente estimado para 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”.

A margem para crítica concentrava-se no fato de que haveria, supostamente, violação ao princípio da publicidade, uma vez que uma informação essencial do certame (valor do orçamento estimado do contrato) estaria sendo subtraída do conhecimento dos participantes. Em relação ao ponto ora tratado, afirma Ribeiro (2012, p. 71) que:

Não há que se falar em ferimento ao princípio da publicidade, pois o sigilo é apenas temporário e assim se faz para atender a outro princípio igualmente constitucional, qual seja, o da eficiência, pois a regra tende a gerar contratações mais vantajosas para a Administração, desde que, evidentemente, o sigilo seja efetivamente mantido

Ressalte-se que, consoante o §3º do art. 6º da Lei do RDC, quando for adotado este critério de sigilo, as informações sobre o orçamento estimado da contratação terão que ser fornecidas estritamente e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno, restando infundado o argumento que há violação da publicidade.

Por fim, nota-se que este critério tende, realmente, a criar um ambiente de competição mais pleno entre os participantes da licitação, tendo em vista o fato de que a assimetria de informações evita possíveis conluíus entre os participantes.

4.4 Fase recursal única

Diferentemente do que estabelece a lei geral de licitações, em que as modalidades apresentam mais de um prazo para interposição de recursos nas diversas fases, o art. 27 da Lei do RDC determina que serão analisados conjuntamente os recursos referentes ao julgamento das propostas e da habilitação.

Essa disposição busca economizar tempo e diminuir as possibilidades de manobras protelatórias por parte dos participantes da licitação na medida em que evita a interrupção do processo para análise dos recursos em cada etapa do procedimento licitatório (RIBEIRO, 2014).

4.5 Inversão de ordem das fases de habilitação e julgamento como regra geral

A norma que estabelece a inversão de fases está contida no art. 12 da Lei do RDC. A regra foi importada da modalidade do Pregão, dado o êxito em sua utilização. Ao dar prioridade à classificação das propostas e o respectivo julgamento, a administração economiza tempo, analisando somente a documentação do vencedor do certame. Isso, sem dúvida, é bastante benéfico para um rápido andamento da licitação. O parágrafo único do art. 12 da Lei do RDC determina que a habilitação poderá anteceder as fases de apresentação de propostas ou lances e a do julgamento. Neste caso, o administrador terá que motivar o ato, justificando sua escolha.

4.6 Pré-qualificação permanente

Anteriormente mencionada, a habilitação dos participantes no procedimento licitatório constitui-se como uma das fases que, na prática, demandam tempo considerável no certame. O instituto da pré-qualificação está regulado no art. 29 da

Lei 12.462/11 e no art. 86 do Decreto nº 7.581/11 e surgiu justamente para conferir um decréscimo de prazo nessa fase.

Na conceituação trazida por Ribeiro (2012, p. 108):

A pré-qualificação consiste na convocação anual do Poder Público em relação as empresas que tenham interesse em participar de licitações, para que apresentem documentação que comprovem regular habilitação para fornecimento de determinados bens e serviços. Esse procedimento faz sentido especialmente quando houver intenção da Administração de promover várias licitações nas quais os documentos exigidos para habilitação dos participantes são semelhantes.

A empresa pré-qualificada pela administração pode ingressar automaticamente no certame licitatório sem precisar comprovar documentalmente a sua condição de habilitada.

A administração conta com a possibilidade de restringir a participação em certame licitatório somente para as empresas pré-qualificadas. Para tanto, o art. 86 do Decreto nº 7.581/11 determina que

Art. 86. A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, justificadamente, desde que:

I - a convocação para a pré-qualificação discrimine que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados;

II - na convocação a que se refere o inciso I do caput conste estimativa de quantitativos mínimos que a administração pública pretende adquirir ou contratar nos próximos doze meses e de prazos para publicação do edital; e

III - a pré-qualificação seja total, contendo todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação.

Percebe-se que a regulamentação da pré-qualificação delimita a atuação do Poder Público, no sentido de evitar a violação ao caráter competitivo da licitação, ordenando, por exemplo, que a convocação exponha o objeto das futuras contratações de forma detalhada, de modo a não excluir possíveis competidores.

4.7 Combinação de diferentes etapas de disputa entre os participantes: aberta, fechada ou combinada

O regramento sobre a apresentação de propostas ou lances e os modos de disputa no procedimento licitatório do RDC encontra-se dos art. 15 ao art. 22 da Lei 12.462/11. Existem o modo de disputa fechado e aberto. No entanto, a novidade

trazida pelo novo regime é a possibilidade de combinação entre os modos, estabelecida no art. 23 da Lei do RDC.

No modo de disputa aberto, os licitantes, em sessão pública, apresentam seus lances de forma sucessiva, com maior ou menor valor, conforme o critério de julgamento determinado pelo instrumento convocatório. No modo de disputa fechado, o sigilo das propostas é preservado entre os participantes até o momento designado para abertura dos envelopes.

Com a possibilidade de combinação, podem ser adotados os modos de disputa “aberto-fechado” e “fechado-aberto”. O primeiro consiste basicamente em, inicialmente, apresentação de lances sucessivos e, quando do encerramento desta fase, os licitantes podem analisar com mais profundidade a situação e formulam, então, a proposta final sem que os outros participantes conheçam entre si os valores.

Com efeito, o modo de disputa “fechado-aberto” se caracteriza por ter, primeiramente, a apresentação de propostas, em sigilo entre os participantes, e posteriormente a abertura da fase de lances sucessivos entre as três licitantes que apresentaram as melhores propostas.

Sendo assim, a administração possui ampla liberdade para escolher o modo de disputa que julga mais interessante para cada caso concreto, podendo até mesmo combiná-los, no caso em que essa avaliação implique numa maior competitividade e entre os participantes e, subsequentemente, maior vantagem para o Poder Público.

4.8 Maior retorno econômico

Estabelecido no art. 36 da Lei do RDC, o critério de maior retorno econômico é aplicado aos contratos de eficiência e é uma inspiração em modelos de contrato praticados nos Estados Unidos. Segundo Baeta (2014, p. 332):

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.

As despesas correntes as quais se referem a lei são caracterizadas pelos gastos com pessoal, material de consumo, serviços de terceiros, conservação e adaptação de bens imóveis. Para se ter melhor ideia de que como funciona o critério do maior retorno econômico, imaginemos que uma Prefeitura promova licitação para

contratação de equipamentos de ar condicionados para todo o prédio administrativo, compreendendo no certame, também, a prestação de serviços de manutenção e critérios objetivos que indiquem o quanto será economizado em despesa de energia elétrica em virtude da instalação de equipamentos novos, com tecnologia mais avançada.

Com base em critérios objetivos de mensuração colocados pelo edital, a empresa “X” oferece a Administração uma redução de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na despesa corrente de energia elétrica, mediante o recebimento de 10% sobre esse montante que foi economizado. Já a empresa “Y” propõe uma redução de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), mediante o recebimento de 20 % deste valor economizado. Significa dizer que o benefício líquido da administração, na proposta da empresa “X”, será de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), enquanto na proposta da empresa “Y”, o benefício da administração será de R\$ 12.800,00 (doze mil e oitocentos reais). Pelo critério do maior retorno econômico, a proposta a ser escolhida será a da empresa “Y”, pois resulta em maior vantagem para o Poder Público.

4.9 Primeiro colocado desistente

A Lei 8.666/93 estabelece que, em havendo desistência do primeiro colocado no certame, os licitantes remanescentes serão, em ordem de classificação, chamados para celebrar contrato com a administração nos termos da proposta vencedora. Já no RDC, no caso de os licitantes não aceitarem as condições ofertadas pelo primeiro colocado desistente, poderão ser convocados a contratar nas condições de suas propostas (art. 40, parágrafo único, da Lei 12.462/11).

5 A CONTRATAÇÃO INTEGRADA (ART. 9º DA LEI 12.462/11)

A modalidade da contratação integrada está prevista no art. 8º, V e regulada no art. 9º da Lei 12.462/11. 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.

Embora seja tratada como uma novidade no campo das licitações públicas, a contratação integrada foi importada do regramento licitatório da PETROBRÁS, o Decreto 2.745/98:

Item 1.9: 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.

Há uma semelhança nítida entre a contratação integrada e a empreitada integral⁵, regulada pela Lei 8.666/93. Ambas preveem a execução integral de todas as etapas da obra, que deve ser entregue para a Administração pronta para o funcionamento, com todos os equipamentos necessários a prestação do serviço. É o que se denomina de empreendimento “*turn key*”, que significa “com as chaves na mão”.

Entretanto, a modalidade de contratação integrada traz a possibilidade ao Poder Público de realizar uma única licitação para os projetos básico, executivo e para a própria obra, definição contrária ao que determina a Lei Geral de Licitação, que proíbe expressamente a empresa responsável pelo projeto básico seja contratada para elaborar o projeto executivo e realizar a obra.⁶

Uma das principais características desta modalidade é a margem de flexibilidade dada ao particular para elaboração do projeto básico da obra, ficando a cargo da administração a confecção apenas de um anteprojeto de engenharia, caracterizado pelo menor detalhamento em sua estrutura.

Em virtude disso, diversas críticas são pontuadas em desfavor da contratação integrada, por abrir mão de um certo cuidado para com os detalhes que envolvem grandes obras e os recursos que dela se utilizarão para sua realização.

5.1 Condições para utilização da contratação integrada

⁵ Lei 8.666/93: art. 6º, inc. VIII, e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

⁶ Lei 8.666/93: Art. 9º :Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica.

O art. 9º da Lei 12.462/11 determina que a opção pela contratação integrada seja devidamente justificada técnica e economicamente, e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (I) inovação tecnológica ou técnica; (II) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (III) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Como se infere do dispositivo normativo, a contratação integrada diz respeito a objeto de natureza complexa, relacionado à obra através da qual se desenvolve atividade específica e determinada. (JUSTEN FILHO, 2013). Portanto, apesar do art. 8º, parágrafo 1º, orientar a adoção, de forma preferencial, da contratação integrada, o administrador público não poderá utilizá-la sem o devido balizamento, a fim de que as alterações trazidas por essa modalidade repercutam em real vantagem para o poder público, e não haja utilização desenfreada de uma modalidade que confere maior autonomia do particular em face da administração pública, sob pena de caracterização de flagrante desvio de finalidade.

Uma das condições necessárias para o uso da contratação integrada é a existência de um objeto complexo, não sendo admissível sua utilização para a execução de obras de engenharia puras ou para serviços de engenharia exclusivamente. O objeto contratual deve abarcar 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 (JUSTEN FILHO, 2013). Como exemplos, podemos citar estabelecimentos fabris e industriais, usinas de produção de energia, estabelecimentos prisionais, hospitalares e educacionais.

Além da existência de um objeto complexo, a utilização da contratação integrada pressupõe uma justificativa técnica e econômica por parte da administração. A comprovação desses requisitos deve ser feita de modo satisfatório na fase preparatória da licitação, demonstrando com clareza o motivo pelo qual é mais vantajoso atribuir a responsabilidade ao particular em elaborar o projeto básico e que essa opção implicará em economicidade e eficiência à Administração.

Sobre a utilização da contratação integrada, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.510/2013, tratou do relatório de levantamento de auditoria realizado pela Secretaria de Fiscalização de Obras Aeroportuárias e de Edificação (SecobEdif) em licitação, com a utilização da contratação integrada, levada a cabo pela Empresa

Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária. O edital teve como objeto o planejamento, o gerenciamento e a 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, localizado no Município de São José dos Pinhais/PR (região metropolitana de Curitiba), compreendendo a elaboração e desenvolvimento dos projetos de engenharia, execução de obras e serviços de engenharia, montagens, realização de testes e pré- operação de equipamentos e sistemas envolvidos no escopo do empreendimento (SAADI, 2014).

Entre as observações do referido acórdão, estava exatamente a discussão sobre a utilização da contratação integrada sem a existência das justificativas técnicas e econômicas, bem como os pressupostos condicionantes para a utilização do critério técnico e preço, o que, na concepção da SecobEdif do TCU, contraria os preceitos estabelecidos nos artigos 9º e 20, parágrafo 1º, da Lei 12.462/11.

Na supracitada licitação, a equipe técnica da Corte Federal de Contas não constatou a obra como de “inovação tecnológica” ou mesmo que pudesse ser executada “com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado” (fl.23 do relatório do Acórdão nº 1.510/2013). Nos termos da auditoria, e de acordo com o relatório:

a aplicação do regime de contratação integrada para obras comuns implica grave risco de se contratar serviços ordinários por preços superiores aos de mercado, nos quais as empresas embutiriam diversos elementos de risco por desconhecimento dos detalhes do objeto. Não seria, assim, a opção mais vantajosa para a Administração. Considerando essas premissas e aliado ao que determinaram os arts. 9º e 20, parágrafo 1º, da Lei 12.462/11, considera-se que a utilização da contratação integrada deve se restringir às obras que demandem diferentes metodologias /tecnologias de domínio restrito no mercado, como fator preponderante para a finalidade da licitação e para a caracterização do objeto, o que não pode ser observado no caso analisado (fls. 02 e 03).

Ressalte-se, mais uma vez, como assevera Justen Filho (2013, p.188), que:

a solução da contratação integrada destina-se a ser adotada nos casos em que a complexidade técnica do objeto impede recorrer ao conhecimento assentado e exige atribuir ao particular contratado uma margem de autonomia adequada à concepção de soluções inovadoras, de modo a assegurar a obtenção de um resultado predeterminado.

Ao passar a responsabilidade de elaborar o projeto básico ao particular contratado, o RDC previu que, em relação à obras complexas, o setor privado detém maior expertise⁷ do que o Poder Público para propor soluções inovadoras, sendo útil lhe oferecer esse campo de liberdade para definir o projeto básico. Entretanto, como já mencionado, só é permitido o uso da referida modalidade quando se verifique complexidade que demande métodos inovadores, sendo injustificada a sua utilização para obras comuns, que não demandem soluções distintas, das quais a Administração já possui “know-how” e que realiza com frequência.

Sendo assim, a fiscalização criteriosa do Tribunal de Contas mostra-se essencial, para evitar o desvirtuamento do uso da modalidade, assim como gastos elevados ao Poder Público, tendo em vista que tal espécie de contratação atribui maiores riscos e responsabilidades ao particular contratado, de modo que essa situação refletirá no aumento do valor da proposta no procedimento licitatório.

5.2 Projeto básico, anteprojeto de engenharia e a caracterização da obra a ser contratada

Sob o regime geral das licitações, regulado pela Lei 8.666/93, a Administração não pode licitar o projeto básico juntamente com o projeto executivo e a obra (art. 9º, inciso I). Na contratação integrada, modalidade concebida dentro do RDC, faculta-se ao poder público a simples confecção de um anteprojeto de engenharia, ficando o particular responsável pela realização do projeto básico e demais etapas para realização da obra.

Tal previsão acarretou uma série de críticas, todas centradas na possível falta de controle por parte da Administração ocasionada pela ausência de maior profundidade nas informações relativas ao objeto a ser executado. Em que pese constar como inovação concebida pelo RDC a possibilidade de realizar licitação com apenas um anteprojeto de engenharia, já existiam outras disposições legais que caminhavam no sentido de uma menor exigência quanto ao detalhamento do objeto a ser licitado.

A exigência de projeto básico para a realização de serviços e obras foi amainada pelas Leis Federais nº 8.987/95 e nº 9.074/95 para os contratos de

⁷ *Expertise* é o conhecimento adquirido com base no estudo de um assunto e a capacidade de aplicar tal conhecimento, resultando em experiência, prática e distinção naquele campo de atuação. Está relacionada com as habilidades e competência para executar algo.

concessão comum, e por extensão para os contratos de concessão patrocinada e administrativa tratados na Lei Federal nº 11.079/04, que trata das parcerias públicas-privadas. Observa-se na Lei nº 8.987/98, reguladora das concessões comuns, no art. 18, inc. XV, que não se exige projeto básico como condição para o início da licitação, menciona apenas a necessidade de “elementos de projeto básico”, que, malgrado a vagueza da expressão, em qualquer caso é menos do que um projeto básico. Essa expressão reduziu o nível de detalhamento dos estudos requeridos para início de uma licitação de concessão comum, administrativa ou patrocinada (RIBEIRO, 2012).

Segundo Ribeiro (2012, p. 35):

a exigência de estudos menos detalhados que nas obras públicas tradicionais para início das licitações no caso das concessões comuns e PPPs decorre da diferença de lógica econômica entre o contrato de obra pública tradicional e a concessão comum, patrocinada ou administrativa

Nota-se que a ideia, no caso apresentado, é delegar ao particular a possibilidade de empreender o projeto básico, já que, nesta espécie de contrato, ficará responsável pela operação do serviço decorrente da obra. Nesta situação, há menos chances da empresa contratada pelo Poder Público utilizar materiais de menor qualidade, para evitar a má prestação do serviço e o conseqüente inadimplemento contratual.

Por outro lado, a contratação integrada tem natureza distinta das concessões, posto que o particular, nesta modalidade, não operará serviços após o término da obra. Por isso, várias dúvidas pairam sobre a disposição de apenas um anteprojeto de engenharia e a abdicação da confecção de um projeto básico. A legislação não tratou de forma clara sobre a real dimensão e significado de anteprojeto de engenharia, fato que influencia ainda mais as críticas direcionadas à modalidade. Sem embargo, ainda que notável certa carência conceitual, no dizer de Reisdorfer (2011):

Não há como estabelecer uma dicotomia que considere os conceitos de “projeto básico e de “anteprojeto de engenharia” antagônicos. O afastamento da exigência de projeto básico no curso do certame não resulta em dispensar que o anteprojeto de engenharia identifique o objeto licitado e acabe por exercer algumas das funções do projeto básico. Tome-se como exemplo a necessidade de o projeto básico “caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares” (art. 2º, inc. IV, al. A, da Lei 12.462/11). A mesma função é atribuída ao anteprojeto de engenharia (art.

9º parágrafo 2º, inc. I, al. A, da Lei 12.462, que deverá ser integrado dos documentos técnicos necessários e suficientes para tanto.

O projeto básico é o conjunto das informações técnicas, econômicas e ambientais que caracterizam o objeto licitado (art. 6º da lei 8.666/93). É o documento que oferece condições de competitividade aos participantes do certame licitatório, uma vez que nele estão contidas as informações técnicas que possibilitam aos pretensos contratantes o estudo de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais da obra.

O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA), em sua Resolução nº 361, art. 1º, traz sua definição técnica de projeto básico: “é o conjunto de elementos que define a obra, o serviço ou o complexo de obras e serviços que compõem o empreendimento, de tal modo que suas características básicas e desempenho almejado estejam perfeitamente definidos, possibilitando a estimativa de seu custo e prazo de execução”⁸

Segundo Altounian (2007, pp. 41-42), o projeto básico

é a peça mais importante para a condução da licitação, tanto que a legislação estabelece como requisito para licitar a existência desse documento. Falhas graves na definição desse projeto trarão enormes dificuldades ao gerenciamento das obras sob os aspectos prazo, custo e qualidade.”

No regime geral, busca-se, claramente, delinear ao máximo as características do objeto a ser executado para evitar a celebração de aditivos contratuais, que elevam consideravelmente os gastos com a obra.

Na contratação integrada, como já mencionado anteriormente, a ausência de projeto básico não pode constituir que a Administração esteja autorizada a promover uma licitação lacônica ou com objeto indefinido (BAETA, 2014). Entretanto, a preocupação doutrinária, dos gestores e dos agentes de controle gira em torno, sobretudo, da fixação de um conteúdo mínimo que permita o manuseio concreto e acabado do anteprojeto de engenharia, em virtude da legislação oferecer conceitos vagos sobre seu significado.

⁸ Resolução nº 361, de 10 de dezembro de 1991. Dispõe sobre a conceituação de Projeto Básico em Consultoria de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Disponível em <<http://normativos.confesa.org.br/downloads/0361-91.pdf>>

O art. 74, parágrafo 3º, do Decreto 7.581/11, define que “o anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas”. O referido artigo do decreto ainda institui que

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.

No parágrafo 1º do artigo supracitado, o legislador privilegiou a discricionariedade ao definir que deverão constar do anteprojeto, *quando couber*, os seguintes documentos técnicos: “concepção da obra ou serviço de engenharia; projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; levantamento topográfico e cadastral; pareceres de sondagem; e memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.” Caminhou mal a legislação ao atribuir ao gestor essa margem de flexibilidade, ao invés de estabelecer taxativamente a obrigatoriedade da apresentação de tais documentos. Parece, numa ótica mais crítica, que desejou-se, de fato, que o gestor tivesse esse campo livre de atuação. Sobre essa situação entabulada pelo decreto, Reisdorfer (2011) avalia que:

É de se reconhecer que o dispositivo opera como referencial normativo. Como regra geral, os documentos indicados deverão compor o anteprojeto. Se eventualmente não forem produzidos, a Administração deverá justificar uma hipotética impossibilidade ou inviabilidade de dispor deles. A forma de evitar o arbítrio do administrador público em face da expressão “quando couber” reside em reconhecer um dever de motivação específico em relação à existência do rol de documentos indicados no Decreto.

Em síntese, mesmo sendo menos detalhado do que o projeto básico, o anteprojeto de engenharia deve carregar consigo uma série de requisitos que definam

os aspectos do objeto a ser contratado, sob pena de macular a competitividade e a comparação objetiva das propostas, pressupostos essenciais de uma licitação.

Neste ponto, é evidente que se a Administração Pública deixar de estabelecer, de modo claro, o conjunto de elementos suficientes para caracterizar, o que está pretendendo contratar, não haverá competição possível, pois na realidade, estarão sendo oferecidas propostas para alguma coisa que não se sabe ao certo do que efetivamente se trata, ferindo pressuposto lógico do certame (DAL POZZO, 2014).

O anteprojeto de engenharia ainda não recebeu a devida delimitação pela legislação, o que permite ao gestor interpretar apenas que é o documento com menos detalhamento que o projeto básico. O espaço de atuação oferecido ao particular para elaboração do projeto básico, este sim essencial e mais denso do que o anteprojeto, ainda tem eficiência questionada, em virtude da possível falta de elementos objetivos para construção de propostas no certame.

5.3 Vedação a celebração de termos aditivos e a alocação de riscos na contratação integrada

O art. 9º, § 4º, da Lei do RDC, estabelece que nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos: para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior ou por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado observado os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666.

Decerto, a expressão do dispositivo transmite a falsa ideia de restrição total a celebração de termos aditivos. Observe-se, como assevera Justen Filho (2013, p. 202), que “o problema não é a realização de aditivos, mas é a vedação a alterações contratuais ou a modificações do objeto”. Cita como exemplo a alteração de identidade do contratado em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, sendo claro que – neste caso – caberá firmar termo aditivo para alterar identidade da parte.

Portanto, a previsão da legislação do RDC indica, em concreto, a insatisfação com o regramento da Lei Geral de Licitações, mais branda no que tange à celebração de termos aditivos, ocasionando situações em que o valor previsto em contrato para determinada obra é superado, elevando os gastos da Administração. Isto também ocorre em virtude da benevolência dos gestores públicos na avaliação das propostas em licitação, deixando de analisar a exequibilidade dos valores em questão, assim como a compatibilidade e necessidade da realização dos aditivos contratuais.

Em que pese o maior rigor para realização de aditivos contratuais, ainda assim, a contratação integrada prevê duas situações nas quais se permitirá essas alterações. Em primeiro plano, a lei se refere à hipótese na qual haverá recomposição do equilíbrio econômico financeiro em virtude de algum caso fortuito ou de força maior. Esse reajuste do contrato deve ser assegurado ao particular sempre que o evento extraordinário não puder ser previsto ou for de consequências incalculáveis e sua ocorrência não se estiver dentro do contexto do desenvolvimento normal e ordinário das coisas (JUSTEN FILHO, 2013). Essa garantia tem base constitucional, no art. 37, XXI, que determina que as condições efetivas da proposta devem ser mantidas enquanto perdurar o vínculo contratual.

Essas situações decorrem da teoria da imprevisão, pois que não há participação das partes diretamente no contrato causando desequilíbrio, verificando-se a presença da álea extraordinária. Trata-se da observância ao princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa.

Por outro lado, o inc. II prevê a possibilidade da celebração de aditivos contratuais por necessidade de alteração projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que respeitados os limites impostos pela Lei 8.666/93. Neste dispositivo, nota-se a distinção de tratamento no RDC em relação à legislação geral. Essa possibilidade ocorre porque a administração vislumbra que o interesse público será melhor atendido com determinada alteração do objeto licitado (ZYMLER, 2013).

Busca-se afastar, pois, a principal hipótese de incidência dos reajustes dos contratos firmados pela administração pública, que é aquela em decorrência de falhas ou imprecisões no projeto básico. Essas restrições acabam por contribuir para uma maior previsibilidade do custo final do empreendimento e mitigam a ocorrência de

irregularidades eventualmente decorrentes da celebração de aditivos, como o chamado “jogo de planilha”.

A expressão “jogo de planilha” ficou conhecida na seara das licitações públicas como um artifício utilizado pelas empresas para, sorrateiramente, aumentar custos das obras e, conseqüentemente, forçar a celebração de aditivos contratuais. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.588/2005, assim se manifestou em relação à essa conduta:

O “jogo de planilha”, mecanismo espúrio verificado na contratação de algumas obras públicas, normalmente funciona assim: na licitação, a empreiteira cota determinados itens de serviço da obra muito acima do mercado, enquanto outros são oferecidos a preços bastante abaixo; como os preços unitários altos e baixos se compensam, o valor global da obra fica dentro da expectativa do contratante; depois de contratada, a empreiteira se aproveita de modificações nos serviços, forçadas ou por deficiência do projeto, as quais irão reduzir os itens mais em conta ou aumentar os mais caros, ou mesmo fazer as duas coisas; o resultado é que os itens mais caros prevalecem no contrato, distorcendo a proposta original, com elevação do preço da obra.

A prática usual da celebração de aditivos contratuais em relação às obras reguladas pela Lei 8.666/93 culminou na mencionada restrição do RDC, prevista pelo modelo de contratação integrada. Ocorre que essa reserva em relação aos aditivos contratuais provoca uma situação peculiar para o contratado dentro do sistema imposto pela modalidade da contratação integrada, que diz respeito à alocação dos riscos no empreendimento.

Notoriamente, os riscos financeiros de um empreendimento quando existe expressa restrição à celebração dos termos aditivos aos contratos impõe que o particular calcule possíveis imprevistos e precifique-os.

Os riscos presentes em uma contratação integrada podem ser de vários tipos, por exemplo: riscos associados à deficiência dos projetos de engenharia; riscos de construção; riscos operacionais; riscos políticos; riscos associados a furtos e roubos; riscos trabalhistas; riscos tributários e previdenciários; riscos associados à Administração Pública (fato do príncipe); riscos associados às estimativas de custo do projeto imprecisas ou subestimadas etc (BAETA, 2014).

A ideia de alocar riscos ao particular advém da concepção de que este possui capacidade para suportá-los, tendo em vista a complexidade do empreendimento em

execução. Sobre a ideia de alocar riscos previamente, Baeta (2014, p. 158) afirma que:

Apesar de consolidado na literatura estrangeira, o princípio básico da alocação de riscos ainda não é amplamente difundido no Brasil, em que, devido à nossa herança positivista, a doutrina jurídica clássica brasileira baseia alocação de riscos de acordo com a teoria da álea ordinária e extraordinária.

Para desenvolver com precisão um projeto no âmbito do regime da contratação integrada, mister que se faça um estudo profundo e a construção de uma matriz de riscos, para se resguardar de eventos futuros incertos e definir quem vai arcar com os valores daí decorrentes.

Em análise do Edital nº 165/2013-00- RDC PRESENCIAL, por meio do qual o DNIT licitou as obras de duplicação da rodovia BR 381/MG, verifica-se que a Autarquia escolheu enfrentar o problema da incerteza confeccionando uma “matriz de risco” com o objetivo de as partes identificarem, precificarem e definirem, contratualmente, os possíveis riscos, as medidas mitigadoras e a parte responsável para arcar com o ônus, no caso de ocorrência (RIBEIRO, 2014).

Dentre os riscos que devem ser assumidos pelo particular que constam da matriz em questão, estão o aumento no custo decorrente de peculiaridades encontradas em campo, tais como o aumento do volume ou comprimento das fundações ou necessidade de ajustes no método construtivo, diferente, portanto, do anteprojeto. Além deste, os fatos decorrentes do risco geológico (necessidade de acréscimos no volume de escavação de túneis), necessidade de tratamentos especiais com maior consumo de aço ou concreto, ou ainda, mudança na técnica de construção prevista no anteprojeto.

Embora não esteja rol de elementos previstos para o anteprojeto, recomenda-se que a matriz de riscos seja elaborada e que componha o anteprojeto de engenharia sempre que a contratação integrada for utilizada, pois reparte objetivamente as responsabilidades oriundas de eventos supervenientes à contratação (BAETA, 2014).

Diante do exposto, infere-se que alocar os riscos pertencentes a cada parte expressamente se constitui como um caminho interessante para a Administração. Uma vez definida a matriz de riscos, acarretará maior segurança para o Poder Público, posto que terá condições de realizar um melhor planejamento financeiro, evitando

gastos excessivos com a celebração de aditivos, colaborando para a previsibilidade do custo final da obra.

6 CONCLUSÃO

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/11) foi instituído para abarcar as licitações referentes às obras dos megaeventos esportivos (Copa do Mundo de Futebol FIFA 2014 e os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro em 2016). No entanto, a expansão das possibilidades de utilização do RDC deu caráter definitivo ao regime dentro da legislação.

Com o novo regime, verifica-se a presença de várias implicações práticas para o âmbito das licitações públicas no Brasil. A mais notável talvez seja a diminuição considerável do tempo que despende o procedimento licitatório, fato positivo diante da morosidade que se verifica nos processos regidos pela Lei 8.666/93.

Além da questão do tempo, o RDC segue o novo paradigma no direito administrativo e, mais especificamente, do campo dos contratos públicos, que é a busca pelo resultado. Nesse contexto, se insere a contratação integrada (art. 9º da Lei 12.642/11), modalidade que rompeu com os ditames da lei geral de licitações, delegando ao particular a tarefa de elaborar o projeto básico das obras e também executá-las. Com disposições mais rigorosas em relação à celebração de termos aditivos, o Poder Público passou ao particular a responsabilidade de bem planejar e executar a obra. Essa maior restrição repercute positivamente no âmbito dos contratos, por atribuir maior previsibilidade do custo final da obra, além de evitar que os termos aditivos tornem os gastos excessivos.

Entretanto, a modalidade foi concebida para ser utilizada em obras com objeto complexo, que necessite, de fato, de soluções inovadoras por parte do setor privado. Verificou-se em alguns casos práticos que o Poder Público lançou mão da contratação integrada em obras simples, em clara violação ao que determina o comando legal.

O desrespeito às normas do RDC acaba por colocar em perigo a própria sobrevivência do modelo da contratação integrada, caso haja essa utilização deturpada, verificada em algumas licitações. Além disso, há uma forte tendência de haver elevação de valores nas propostas nos casos de contratação integrada, tendo em vista que, neste modelo, há maior restrição à celebração de aditivos contratuais,

restando ao particular precificar eventos futuros que demandem gastos não esperados.

Neste sentido, a Administração despenderá mais recursos que os efetivamente necessários para realização da obra, restando claro que a utilização inadequada da contratação integrada não atende ao interesse público nem tampouco ao princípio da economicidade, corolário fundamental no que toca às licitações públicas.

Por fim, entende-se que o êxito do modelo ora discutido passa por uma série de fatores, dentre eles o planejamento eficaz do Poder Público na elaboração do anteprojeto de engenharia, caracterizando ao máximo a obra a ser contratada, evitando a ocorrência de erros que acarretem a celebração de aditivos, a confecção de um projeto básico detalhado por parte do particular contratado e a fiscalização criteriosa do Tribunal de Contas da União, no sentido de evitar que se desvirtue o modelo concebido dentro do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), para, em último plano, preservar os princípios consagrados da legalidade, economicidade e eficiência administrativa.

REFERÊNCIAS

AÇÃO do MPF questiona no Supremo regime de contratações públicas para obras da Copa. Notícias STF, Brasília, 09 de setembro de 2011. Disponível <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188758>> Acesso em 01 de novembro de 2014.

ALTOUNIAN, Cláudio. **Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização**. 1º ed., 2ª tir. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BAETA, André Pachioni. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas aplicado às licitações e contratos de Obras Públicas**. 2. ed. São Paulo: PINI, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

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. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Brasília, DF, 4 ago. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. Resolução nº 361 de 10 de dezembro de 1991. Dispõe sobre a conceituação de Projeto Básico em Consultoria de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Disponível em <<http://normativos.confea.org.br/downloads/0361-91.pdf>>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Panorama geral dos regimes de execução previstos no regime diferenciado de contratações – a contratação integrada e seus reflexos**. In: CAMMAROSANO; DAL POZZO; VALIM (Coord). Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo: revista, ampliada e atualizada até a lei 12.587**, de 3.1.2012. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. **GUIMARÃES**, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação –RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. **A contratação integrada no regime diferenciado de contratação (Lei 12.462/11)**. Disponível em <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Guilherme.pdf>> Acesso em 11 de novembro de 2014.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **PRADO**, Lucas Navarro. **JUNIOR**, Mario Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Romiro. **O calcanhar de Aquiles do RDC**. Disponível em< <http://romiroribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/112343845/o-calcanhar-de-aquiles-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-rdc>> Acesso em 28 de outubro de 2014.

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

ZYMLER, Benjamin. **DIOS**, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.