



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

JOÃO PAULO GUALBERTO FORNI

**A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO RDC: UMA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS
DE SUA ADOÇÃO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO DNIT**

Brasília-DF
2018

JOÃO PAULO GUALBERTO FORNI

**A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO RDC: UMA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS
DE SUA ADOÇÃO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO DNIT**

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

Orientador: Professor Doutor Marcelo Dias Varella

Brasília-DF
2018

FORNI, João Paulo Gualberto

A contratação integrada no RDC: uma análise dos pressupostos de sua adoção a partir da experiência do DNIT

João Paulo Gualberto – FORNI, 2018.

152 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário de Brasília. Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento, 2018.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Dias Varella. 1. Direito Administrativo. 2. Licitações e Contratos. 3. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. 4. Contratação Integrada.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: João Paulo Gualberto Forni

Título: A contratação integrada no RDC: uma análise dos pressupostos de sua adoção a partir da experiência do DNIT

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

Aprovado em Brasília, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

Professor Dr. Marcelo Dias Varella (orientador)

Professor. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona (UniCeub)

Professora Dra. Maria Tereza Fonseca Dias (UFMG)

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, pela determinação a mim concedida e pelo apreço ao estudo e à leitura, inculcado em meu espírito.

Agradeço ao meu pai, por acompanhar de perto minha trajetória na academia e pelas inúmeras revisões ortográficas empreendidas tanto nesta dissertação como em outros trabalhos relacionados.

Agradeço à minha mãe, pela motivação e pelo orgulho que sente de mim, sem dúvida, recíproco.

À minha namorada, Ana Carolina, pelo companheirismo e pelas longas e esclarecedoras conversas a respeito da vida acadêmica.

Aos meus amigos e colegas de mestrado Gabriel Heller e Rafael Kurkowski, pela ajuda ao longo desse marcante período e pelas ricas trocas de experiências, nas quais muito mais absorvi do que transmiti.

E, finalmente, agradeço ao meu orientador, professor Marcelo Varela, presente nesta empreitada desde minha primeira matéria como aluno especial, e sempre zelando por meu desenvolvimento. São marcantes sua dedicação e presteza.

RESUMO

A contratação integrada é um novo regime de execução de obras e serviços de engenharia que integra as responsabilidades pela elaboração do projeto básico e pela execução da obra, em oposição ao modelo tradicional, presente na Lei n. 8.666/1993, que separa essas duas atribuições. A utilização desse regime tem se expandido com base em certos pressupostos, como o alinhamento a boas práticas internacionais e a redução de prazos, de custos e de aditivos. O presente trabalho, por meio de revisão bibliográfica, pesquisa em atos normativos e análise de estudos empíricos objetiva testar esses pressupostos à luz da experiência do DNIT, autarquia que está na vanguarda da utilização do regime e que apresenta o maior número de certames sob contratação integrada. A verificação empreendida mostrou que o único pressuposto que se verifica na realidade é a redução do número de aditivos contratuais, mesmo assim com certas ressalvas, em vista do estágio inicial das obras analisadas. Demonstra-se que a alusão à experiência internacional, especialmente ao *design-build* norte-americano padece de fragilidades, tanto conceituais quanto relacionadas a requisitos de utilização. Além disso, os estudos empíricos analisados – empreendidos por órgãos de controle, pela Câmara dos Deputados e por entidades privadas – mostram que houve aumento de custos e de prazo quando utilizada a contratação integrada. Contudo, essas conclusões merecem contrapontos, constantes do último capítulo deste trabalho, que recomendam não uma extirpação do instituto explorado, mas um refinamento dos estudos e um maior número de verificações empíricas, para que sua eventual ampliação se dê com base em dados reais e não em pressupostos intuitivos.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Contratação Integrada.

ABSTRACT

The Brazilian EPC Model, or “integrated contracting” is a new public engineering regime that integrates the project making, or conception, and the execution of the public construction work, in opposition to the traditional model, which separates these two attributions. The use of this scheme has been expanding based on certain assumptions, such as alignment with international best practices and reduction of time, costs and additives. This work, through bibliographic review, research in normative acts and analysis of empirical studies, intends to test these assumptions based on the experience of DNIT, an autarchy that represents the forefront at the use of the regime, and which has the largest number of public procurements using this model. The scrutiny carried out shows that the only assumption actually occurring is the reduction of the number of contractual additives, even though not in a conclusive way, considering of the initial stage of the public construction works analyzed. We demonstrate that mentioning the international experience to defend the expansion of “integrated contracting”, especially to the North American design-build, is not accurate because of conceptual problems and different requirements of use. In addition, the empirical studies analyzed - undertaken by control institutions, by the Brazilian parliament and by private entities - show that there was an increase in costs and time when using Brazilian EPC Model. However, these conclusions deserve counterpoints, placed in the last chapter of this paper, which recommend not an extirpation of the institute explored, but a refinement of studies and a greater number of empirical verifications, so that its possible amplification is based on real data and not intuitive assumptions.

Keywords: Administrative Law. Public Procurement and Contracting. Differential Public Procurement. Design-Build. EPC Model.

LISTA DE SIGLAS E ACRÔNIMOS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

CAU/BR – Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil

CF – Constituição Federal

CFFC – Comissão de Fiscalização Financeira e Controle

CGU – Controladoria-Geral da União

CI – Contratação Integrada

Crema – Programa/Contrato de Restauração e Manutenção de Rodovias

CSI – Contratação semi-integrada

DB – Design-build

DBB – Design-bid-build

EPC – Engineering Procurement Construction

EPG – Empreitada por preço global

EPU – Empreitada por preço unitário

EUA – Estados Unidos da América

FHA – Federal Highway Administration

FIFA – Federação Internacional de Futebol

Fiscobras – Plano de Fiscalização de Obras

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

LGL – Lei geral de licitações (Lei nº 8.666/1993)

MP – Medida Provisória

NT – Nota Técnica

PAC – Programa de Aceleração do Crescimento

PB – Projeto básico

PGR – Procuradoria-Geral da República

PIB – Produto Interno Bruto

RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Sicro – Sistema de Custos de Obras Rodoviárias

SINAENCO – Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva

Sinapi – Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

INFRAERO – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – REPRESENTATIVIDADE DA CI DE 2007 A 2015 NO DNIT	6
GRÁFICO 2 – FASES DA VIDA DE UM EMPREENDIMENTO	17
GRÁFICO 3 – ELEMENTOS DOS PROJETOS DE ENGENHARIA	18
GRÁFICO 4 – LINHA DO TEMPO DE PROJETOS COMPARÁVEIS DB E DBB.....	81
GRÁFICO 5 – GANHO DE TEMPO DO DB NA SEQUENCIA DE ATIVIDADES	88
GRÁFICO 6 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS (RDC, CI E 8.666) PELO TCU	94
GRÁFICO 7 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS (REGIMES) PELA CGU.....	95
GRÁFICO 8 – NÚMERO DE EDITAIS POR FAIXA DE DESCONTO	108
GRÁFICO 9 – CONCENTRAÇÃO DOS ADITIVOS	122
GRÁFICO 10 – ADITIVOS NAS CONCORRÊNCIAS DA LGL.....	122
GRÁFICO 11 – DISTRIBUIÇÃO DOS ADITIVOS DE VALOR POR REGIME NO RDC	124
GRÁFICO 12 – MAGNITUDE DOS ADITIVOS DE VALOR POR REGIME.....	124
GRÁFICO 13 – DISTRIBUIÇÃO DOS ADITIVOS DE PRAZO POR REGIME NO RDC	125
GRÁFICO 14 – MOTIVOS DAS PRORROGAÇÕES NO RDC.....	126
GRÁFICO 15 – MOTIVOS DAS PRORROGAÇÕES NA CONTRATAÇÃO INTEGRADA	127
GRÁFICO 16 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS E REGIMES PELA CGU	127
GRÁFICO 17 – EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO DNIT.....	134

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 – ANTEPROJETO VS PROJETO BÁSICO	20
QUADRO 2 – VANTAGENS E DESVANTAGENS: EI, EPG, EPU	25
QUADRO 3 – ACHADOS MAIS RECORRENTES POR FISCALIZAÇÃO	30
QUADRO 4 – INFORMAÇÕES MÍNIMAS DA MATRIZ DE RISCOS	44
QUADRO 5 – NÍVEL DE PRECISÃO DE PROJETOS	46
QUADRO 6- CONDIÇÕES DE APÓLICE DO SEGURO RISCOS DE ENGENHARIA	51
QUADRO 7 – COMPILAÇÃO DE CONFRONTAÇÕES EMPÍRICAS ENTRE DB E DBB	68
QUADRO 8 – INCENTIVOS E DESINCENTIVOS DO DESIGN-BUILD	84
QUADRO 9 – REDUÇÃO DE PRAZOS ESTIMADA PELO DNIT	89
QUADRO 10 – REDUÇÃO DE PRAZOS ESTIMADA POR MAURÍCIO PORTUGAL ET AL.	90
QUADRO 11 – AUMENTO DE PRAZO ESTIMADO POR BAETA	92
QUADRO 12 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS (RDC, CI E 8.666) PELO TCU	94
QUADRO 13 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS E REGIMES PELA CGU	95
QUADRO 14 – PRAZOS MÉDIOS POR REGIME DE EXECUÇÃO (CD)	96
QUADRO 15 – ESTUDO DO CAU/BR E DO SINAECO COM AJUSTE DOS PRAZOS ..	98
QUADRO 16 – ESTUDO DO TCU COM AJUSTE DOS PRAZOS	98
QUADRO 17 – VARIAÇÃO DA PROPOSTAS	106
QUADRO 18 – DESCONTOS MÉDIOS POR REGIME DE EXECUÇÃO (TCU)	107
QUADRO 19 – DESCONTOS MÉDIOS POR REGIME DE EXECUÇÃO (CGU)	108
QUADRO 20 – COMPARAÇÃO ENTRE CUSTOS DOS REGIMES (CGU)	109
QUADRO 21 – DESCONTOS TOTAL POR REGIME DE EXECUÇÃO	109
QUADRO 22 – ÍNDICE DE LICITAÇÕES MALSUCEDIDAS (TCU)	110
QUADRO 23 – TAXA DE SUCESSO POR REGIME DE EXECUÇÃO	110
QUADRO 24 – ADITIVOS NAS OBRAS DO SIAC	123
QUADRO 25 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS E REGIMES PELA CGU	128
QUADRO 26 – EXEMPLOS DE INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS	130

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 OS REGIMES DE EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA	12
1.1 ELEMENTOS ESSENCIAIS À COMPREENSÃO DOS REGIMES DE EXECUÇÃO	12
1.1.1 A motivação como elemento essencial a qualquer regime de execução	12
1.1.2 O projeto básico como elemento essencial a qualquer regime de execução	15
1.1.3 O anteprojeto de engenharia: conceito e distinções em relação ao projeto básico ...	17
1.2 OS REGIMES DE EXECUÇÃO NÃO-PREFERENCIAIS	21
1.3 OS REGIMES PREFERENCIAIS DE EXECUÇÃO QUE EXIGEM PROJETO BÁSICO PRÉVIO	23
1.4 A CARACTERIZAÇÃO DA CONTRAÇÃO INTEGRADA E SUA LÓGICA ECONÔMICA	27
1.4.1 A transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico	29
a) Os desafios do julgamento das propostas	32
b) Os desafios da aprovação do projeto básico	35
c) Os problemas de licitar com anteprojeto	37
1.4.2 A transferência de riscos ao particular	41
a) A matriz de riscos como elemento essencial da contratação integrada	45
b) Os seguros como forma de mitigar os riscos da contratação integrada.....	50
c) Os desafios atinentes à fiscalização contratual na contratação integrada.....	53
1.4.3 O escopo de aplicação da contratação integrada	55
a) O escopo de aplicação da contratação integrada delimitado pelo critério de julgamento	55
b) O escopo de aplicação da contratação integrada delimitado pela complexidade do objeto	60
2 A VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE ADOÇÃO DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA.....	65
2.1 A VERIFICAÇÃO DO PRESSUPOSTO QUE RELACIONA A CI A BOAS PRÁTICAS INTERNACIONAIS	67
2.1.1 As distinções entre <i>design-build</i> e contratação integrada.....	71
2.1.2 A redução da utilização do <i>design-build</i> e seus rigorosos requisitos	74
a) A redução da utilização do <i>design-build</i> e seus rigorosos requisitos na Itália, na França e em Portugal	75
b) O rigoroso procedimento norte-americano e as hipóteses que explicam seu melhor desempenho	78
2.2 A VERIFICAÇÃO DO PRESSUPOSTO DE REDUÇÃO DOS PRAZOS NA CI ..	87

2.2.1 Alusões à redução de prazo na CI	87
2.2.2 Estimativas dos prazos na CI.....	90
2.2.3 A contestação empírica do pressuposto de redução de prazos na contratação integrada	95
2.3 A VERIFICAÇÃO DO PRESSUPOSTO DE REDUÇÃO DOS CUSTOS NA CONTRATAÇÃO INTEGRADA	104
2.3.1 Considerações teóricas sobre à redução de custos na contratação integrada	104
2.3.2 A contestação empírica do pressuposto de redução de custos na contratação integrada	108
2.4 A VERIFICAÇÃO DO PRESSUPOSTO DA INVIABILIDADE DE ADITIVOS	114
2.4.1 A regra geral dos aditamentos contratuais no RDC	115
2.4.2 Considerações teóricas sobre a inviabilidade de aditivos na contratação integrada	118
2.4.3 A confirmação empírica do pressuposto ajustado da redução do número de aditivos na contratação integrada.....	123
3 RESSALVAS, CONTRAPONTO E PROPOSTAS DE MELHORIA	131
CONCLUSÃO.....	145
REFERÊNCIAS.....	149

INTRODUÇÃO

A contratação integrada é um novo regime de execução de obras e serviços de engenharia cuja utilização se baseia em certos pressupostos, citados pelo Poder Público quando de sua positivação, quais sejam o alinhamento a boas práticas internacionais e a redução de prazos, de custos e de aditivos. Contudo, esses pressupostos, em geral, não se verificaram empiricamente quando analisada a experiência do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

A Administração Pública, para alcançar seus objetivos, pode atuar de forma direta, por meio de seus agentes e estrutura, ou de forma indireta, visando privilegiar as tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e impedir o crescimento desmesurado da máquina pública.¹ Normalmente, a execução indireta dá-se por meio da técnica cooperativa, quando, utilizando-se de contrato, a Administração se vale de particular para a realização de determinadas funções que seriam, *a priori*, melhor desempenhadas pelo setor privado.²

A atividade contratual é uma das mais relevantes atribuições do Poder Público, seja em razão dos recursos que movimenta seja em razão dos benefícios ou malefícios que pode gerar, dependendo de como é planejada, executada, controlada e avalizada.³ Nos países em desenvolvimento ou com economias em transição, cujos setores econômicos privados são subdesenvolvidos, a proporção dos contratos públicos em relação ao PIB pode chegar a 40%, e na União Europeia, em 2009, corresponderam, em média, a cerca de 20% do PIB de 27 países membros.⁴ Essa proporção é similar à brasileira, de 21,5% do PIB em 2012, incluídos todos os arranjos contratuais dos quais o Estado participa.⁵ Em 2010, o maior contratante do setor público brasileiro foi o Governo Federal, com 55% do total de contratos, perfazendo R\$ 130 bilhões.⁶

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a contratação integrada. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=217497>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Op. cit. p. 28.

⁴ RODRIGUES, Nuno Cunha. A Contratação Pública como instrumento de política econômica. Coimbra: Almedina, 2013. p. 14.

⁵ BREUS, Thiago Lima. O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 3.

⁶ SCHWARTZ, Júlio; CAMARGO, Álvaro. Manual de projetos de infraestrutura e engenharia. São Paulo: Edição dos Autores, 2014. p. 84.

Entretanto, o Estado não contrata de forma aleatória, mas sim de acordo com o padrão normativo estabelecido, inafastável pela vontade das partes, e para o atendimento de determinadas políticas, observando o devido processo jurídico-administrativo formal, conhecido como licitação.⁷ Esse instrumento jurídico destina-se à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e baseia-se na ideia de competição isonômica entre os que apresentam os atributos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que se propõem.⁸

Nesse sentido, a maior parte das normas dos organismos internacionais e da União Europeia exigem que, em regra, as contratações públicas sejam precedidas de licitação. O mesmo ocorre no ordenamento jurídico uruguaio, argentino e, tendo em vista o comando do art. 37, inciso XXI⁹ da Constituição Federal de 1998 (CF), no brasileiro.¹⁰

A CF nasce na esteira do processo de redemocratização, marcada por uma retomada do ideário burocrático, que, tendo em vista combater práticas nocivas que imperavam no modelo patrimonialista, como a confusão entre patrimônio público e privado, clientelismo, nepotismo e corrupção, enaltece a impessoalidade e o profissionalismo no tratamento da coisa pública. Todavia, o excesso de formalismo e a ênfase nos controles de meio, ligados aos procedimentos, acabaram por tornar o modelo burocrático inadequado para administrar um Estado que necessitava cada vez mais de eficiência, em especial por conta da crise do início dos anos 1980, cujos efeitos se prolongaram por anos a fio.¹¹

A Lei n. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações – LGL) faz parte desse ideário burocrático e, apesar de seu importante papel na construção de conceitos e mecanismos cuja experimentação prática e depuração pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)

⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Op. cit. p. 33.

⁸ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. Niterói: Impetus, 2013. p. 353.

⁹ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹⁰ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. XII-2-XII-3.

¹¹ “Crise que se desencadeou em 1979, com o segundo choque do petróleo. Crise que se caracteriza pela perda de capacidade do Estado de coordenar o sistema econômico de forma complementar ao mercado. Crise que se define como uma crise fiscal, como uma crise do modo de intervenção do Estado, como uma crise da forma burocrática pela qual o Estado é administrado, e, em um primeiro momento, também como uma crise política”. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, ano 47, n. 1, jan.-abr. 1996. p. 9.

permitiram erros e acertos que abriram caminho para a melhoria do ordenamento¹², passou a ser vista com um entrave. No afã de evitar o desvio de verbas públicas e a burla de leis e princípios, a LGL incorreu em formalismo exagerado e foi responsabilizada pela morosidade do processo de contratação, pelo excesso de aditivos, pelo encarecimento dos bens e serviços contratados e até pela judicialização exagerada, em suma, considerada verdadeira vilã culpada pela ineficiência das contratações públicas.¹³

A iminência da Copa do Mundo FIFA de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, no Brasil, gerou o ambiente necessário para uma intensificação¹⁴ de debates acerca da imprescindibilidade de mudanças nos procedimentos licitatórios. Foram várias as tentativas nesse sentido, com destaque para a Medida Provisória (MP) n. 489/2010, que perdeu eficácia por decurso de prazo; para a MP n. 503/2010, que, após uma série de emendas, foi convertida em Lei, mas inteiramente revogada posteriormente; e para a MP n. 521/2010, que também não logrou êxito.¹⁵

Como fruto desse debate e como possível solução para as dificuldades relacionadas às obras necessárias aos grandes eventos esportivos, surge o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), fruto de conversão em Lei (n. 12.462/2011) da MP n. 527/2011.

Essa MP versava, a princípio, sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a criação a Secretaria de Aviação Civil, a alteração da legislação da Agência Nacional de Aviação Civil e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, a criação de cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, e a contratação e criação de cargos de controladores de tráfego aéreo.¹⁶ O RDC foi acrescentado no curso da tramitação desse normativo na Câmara dos Deputados, quando o relator, Deputado

¹² BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários ao PLS n. 559/2013. Modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 181, p. 9-23, jan. 2017.

¹³ BENATTI, Roberta Moraes Dias. Contratação integrada do regime diferenciado de contratação: estudo de caso à luz da economia dos custos de transação. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=230811>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

¹⁴ Inúmeras foram as tentativas de mudança da LGL anteriores ao cenário imposto pelos grandes eventos esportivos. “Em 1997, o Anteprojeto de Nova Lei de Licitações, apelidado de Anteprojeto Bresser (elaborado pelo então Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado); em 2002, o denominado Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública (originário do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão); em 2003, o PL n. 146, apresentado pelo Dep. José Santana de Vasconcellos; em 2007 o PL n. 7.907, apresentado pelo Dep. Márcio Reinaldo; e também em 2007 seu sucessor, o PL n. 32 e substitutivo de autoria do Senador Eduardo Suplicy”. BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Op. cit.

¹⁵ BENATTI, Roberta Moraes Dias. Op. cit.

¹⁶ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12462.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017.

José Guimarães, apresentou em plenário o projeto de lei de conversão, o que ensejou questionamentos por parte da Procuradoria Geral da República (PGR), pela ausência de afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original.

Segundo a PGR, na ADI n. 4655, a falta de pertinência temática afrontou, nesse caso, o princípio da separação de poderes, tendo em vista que a MP é de iniciativa exclusiva do Presidente da República, a quem compete decidir quais medidas, pelo seu caráter de relevância e urgência, devem ser veiculadas por esse meio.¹⁷ Por fugir ao escopo desse trabalho, informar-se apenas que essa discussão ainda não teve desfecho no Supremo Tribunal Federal (STF).¹⁸

Retomando a trajetória do RDC, nota-se que, inicialmente aplicável no âmbito da Copa das Confederações FIFA de 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, o regime apresentava característica de transitoriedade. No entanto, após a inclusão, em seu escopo de aplicação, das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e de obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, o RDC passou a ser um regime permanente, tendo sua aplicabilidade estendida, ainda, a ações no âmbito de segurança pública e de órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação, entre outras.¹⁹

Os objetivos desse regime, expressos na Lei n. 12.462/2011 (Lei do RDC), são: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Tais objetivos estão em consonância com o modelo de administração gerencial, que privilegia a eficiência e enfatiza controles de resultado.²⁰

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.655/DF. Relator: FUX, Luiz. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁸ Entende-se que ainda mais relevante que a questão do vício formal é o problema, também, aventado pela PGR, relacionado ao âmbito de aplicação do RDC em relação aos estados e municípios, que seriam definidos, à época dos grandes eventos, em documento denominado matriz de responsabilidades, e não em Lei, o que parece indevido. No entanto, tal discussão não faz parte do escopo desse trabalho.

¹⁹ Vide art. 1º da Lei n. 12.462/2011. Além dos incisos de I a X, ali constantes, há remissão ao RDC por parte de outras leis, a exemplo da Lei n. 12.873/2012, que autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o RDC 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.

²⁰ Para uma visão abrangente da administração gerencial, vide PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A refirma gerencial do Estado de 1995. Revista de Administração Pública, ano 34, n. 4, jul-ago. 2000. p. 7-26.

Nessa vertente, o novo marco legal, no intuito de conferir, ao menos em tese, maior celeridade e competitividade aos certames, trouxe algumas inovações²¹ em relação à LGL, entre as quais se destacam: menores prazos; inversão de fases²²; julgamento por disputa aberta fechada ou combinada das propostas; disputa por lances intermediários; forma eletrônica; orçamento sigiloso; remuneração variável, conforme critérios de desempenho estabelecidos no edital; possibilidade de indicação de marcas; fase recursal única; e a principal delas, a contratação integrada, objeto do presente trabalho e verdadeira espinha dorsal²³ do novo regime e muitas vezes até confundida com o RDC²⁴.

A contratação integrada (CI) é um regime de execução contratual inspirado no Decreto n. 2.745/98, norma que disciplinava, até o advento da Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais)²⁵, as licitações no âmbito da Petrobras, com a seguinte redação:

Item 1.9 Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS 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.²⁶

Nesse regime, restrito a casos que envolvam inovação tecnológica ou técnica, possibilidade de execução com diferentes metodologias ou com tecnologias de domínio restrito no mercado, o particular compromete-se a oferecer o projeto, construí-lo e entregá-lo em perfeitas condições de funcionamento e operação.²⁷

Trata-se de modalidade de preço global fixo, como a empreitada integral e a empreitada por preço global, ambas previstas na Lei n. 8.666/1993, porém com escopo ainda mais amplo.

²¹ Segundo estudo empírico empreendido pelo TCU, a forma eletrônica, em linha com o que aponta a doutrina, mostrou-se vantajosa em todos os regimes de execução do RDC, quando comparada à forma presencial. O mesmo ocorre com a combinação dos modos de disputa aberto e fechado, que se mostrou mais vantajosa, para todos os regimes, que o uso exclusivo de um dos modos. Já o orçamento sigiloso mostrou-se mais vantajoso para todos os regimes, exceto para a contratação integrada. Essas questões, no entanto, não serão abordadas no presente trabalho. Para mais detalhes, vide: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 22/02/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=573366>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

²² Algumas dessas inovações já constavam de outras normas, sendo a inversão de fases um exemplo. Tal prática já constava da Lei n. 10.520/2002.

²³ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. O Regime Diferenciado de Contratação - RDC. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 232.

²⁴ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Op. cit.

²⁵ Com o advento da Lei n. 13.303/2016, o Decreto n. 2.745/98 perdeu seu fundamento de validade, uma vez que o art. 67 da Lei n. 9.478/97, que legitimava o regulamento, foi revogado expressamente.

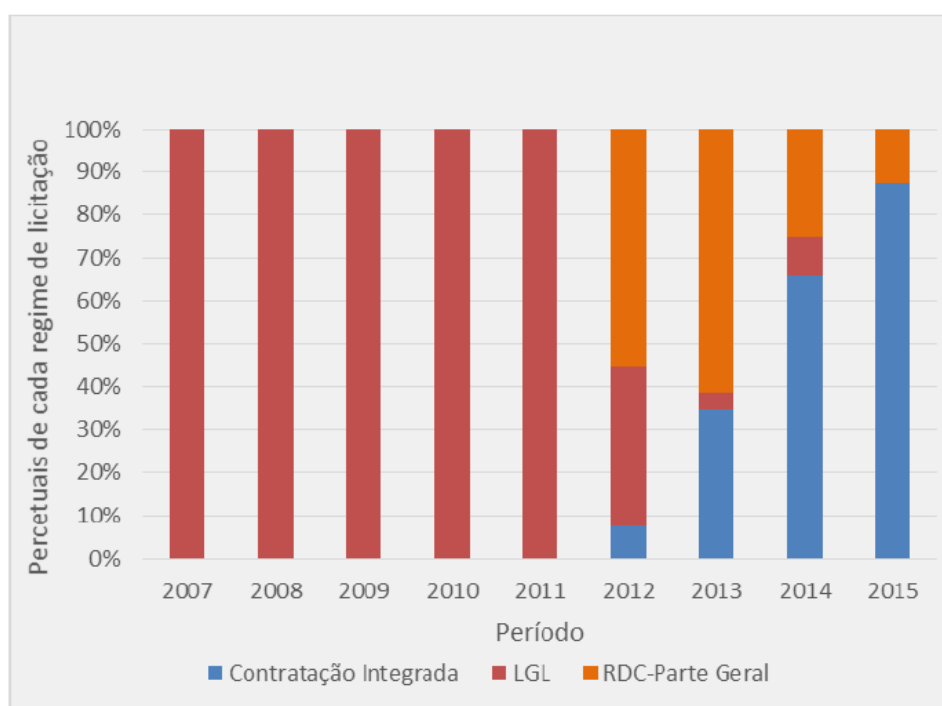
²⁶ BRASIL. Decreto n. 2.745/1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

²⁷ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Op. cit.

Inclui 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.²⁸

A CI vem sendo cada vez mais utilizada pela Administração Pública no Brasil. Exemplo disso é o percentual crescente que esse regime de execução representa nas licitações do DNIT,²⁹ autarquia que ocupa a primeira posição em ordem decrescente de despesas liquidadas de 2010 a 2017 no elemento de despesa “obras e instalação”, entre 287 órgãos e/ou unidades gestoras da Administração Pública Federal, em montante que se aproxima a R\$ 45 bilhões.³⁰ Essa entidade passou a utilizar a CI a partir de 2012, e, cada vez mais, ano a ano, esse regime ganhou representatividade em relação aos demais, até atingir quase a totalidade das contratações em 2015:

GRÁFICO 1 – REPRESENTATIVIDADE DA CI DE 2007 A 2015 NO DNIT



Fonte: Relatório do Acórdão 306/2017 – Plenário do TCU

²⁸ 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: [...] §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. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit..

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

³⁰ Informação constante do Painel de Informações do Tribunal de Contas da União – Despesas da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

Além de constar do RDC, a CI figura no art. 43, inciso VI, da recente Lei das Estatais e do art. 41, inciso V, do Projeto de Lei n. 6.814/2017, que visa substituir a atual lei de licitações. Tais fatos corroboram a intenção de continuidade, por parte do legislador, da utilização do regime.

Tanto a crescente utilização da modalidade quanto sua inserção em novos normativos tornam relevante uma investigação dos resultados obtidos quando adotada a CI. Na manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), no âmbito da ADI n. 4645³¹, movida pelo Partido da Social Democracia Brasileira, pelo Democratas e pelo Partido Popular, que questiona aspectos formais e materiais do RDC, é possível vislumbrar quatro pressupostos utilizados como justificativas para a utilização da CI, quais sejam: o alinhamento às melhores práticas internacionais; a ausência de aditivos; a redução de prazos das contratações; e a redução de custos para o Poder Público. Tais pressupostos são citados em outras publicações do setor público³² e por boa parte da doutrina.³³ Esses quatro pressupostos servirão de baliza para uma análise dos resultados obtidos pela CI na presente dissertação.

Esse trabalho objetiva, portanto, testar esses pressupostos, por intermédio de revisão bibliográfica, pesquisa de atos normativos e análise de estudos empíricos. A investigação desses pressupostos permite, em certa medida, verificar o atendimento, no que se refere à CI, aos objetivos do RDC inscritos na Lei, especialmente, a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público e o incentivo à inovação tecnológica.

A pesquisa se debruça sobre a experiência do DNIT no uso da contratação integrada, uma vez que essa autarquia está na vanguarda da utilização dessa modalidade e entre a totalidade dos órgãos e entidades federais é seguramente a entidade que mais utilizou o novo regime.³⁴ A título de comparação, enquanto o DNIT realizou mais de uma centena de licitações

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645/DF. Relator: FUX, Luiz. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>. Acesso em: 15 abr. 2018.

³² Como exemplo, vide BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. Regime Diferenciado de Contratações: lições aprendidas. 1º Seminário de Licitações e Contratos do DNIT, 2014. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/03-dnit-seminario-licitacoes-e-contratos-22-set-2014.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

³³ Por todos, vide 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: 24 abr. 2017.

³⁴ “[...] pode-se afirmar, seguramente, que, nesses mais de 3 (três) anos do advento do RDC, o DNIT foi, dentro dos jurisdicionados da CGU, a entidade que mais utilizou o novo regime jurídico”. BRASIL. Ministério da

utilizando a CI apenas entre setembro de 2012 e setembro de 2014³⁵, a VALEC, empresa pública responsável pela construção e exploração de infraestrutura ferroviária brasileira, realizou apenas 11 certames sob esse regime, sendo 3 deles fracassados.³⁶

Vale registrar que a possibilidade de realização de estudo empírico próprio foi descartada em vista da dificuldade de obtenção de dados minimamente tratados referentes à CI. Tal limitação ocorreu até mesmo no âmbito de estudo empreendido pelo TCU, que relatou retardamento na entrega de dados por parte do DNIT, respostas parciais e incompletude das bases fornecidas. Os dados definitivos só foram encaminhados ao TCU cinco meses após a requisição inicial, e, para isso, foram necessárias reuniões presenciais.³⁷

Em vista disso, a confirmação ou contestação empírica dos mencionados pressupostos realizou-se tendo por base estudos realizados pela Câmara dos Deputados, pelo TCU, pela Controladoria-Geral da União (CGU), pelo SINAENCO (Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva) e pelo CAU/BR (Conselho de Arquitetura e Urbanismo

Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Relatório de Auditoria OS n. 201505075. Disponível em: <<http://auditoria.cgu.gov.br/public/relatorio/consultar.jsf?rel=9107>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

³⁵ Dossiê DNIT: Dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/dossie-comprova-ineficia-cia-da-contratacao-integrada-no-dnit/>>. Acesso em 28 mai 2018.

³⁶ Informação disponível em: <<http://valec.gov.br/a-valec/licitacoes/licitacoes>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

³⁷ “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.

57.Nessa data (28/1/2016), o DNIT apresentou o Ofício 132/2016/DG/DNIT com resposta parcial e com pedido de prorrogação de prazo para atender ao restante da demanda (peça 30, p.1). Esses dados faltantes só foram encaminhados em março.

58.Após avaliação da resposta encaminhada pelo DNIT, constatou-se carência de elementos que pudessem subsidiar este trabalho, haja vista que, mais uma vez, os dados solicitados não foram apresentados em sua totalidade. Diante disso, foi encaminhado novo ofício ao DNIT (Ofício 04-544/2015 – Equipe de Auditoria) com a solicitação de preenchimento dos campos faltantes da planilha modelo encaminhada em dezembro de 2015 (peça 24, p.1). Também foi realizada nova reunião em 14/4/2016 com o corpo técnico do DNIT para alinhar os trabalhos de preenchimento da tabela.

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.

60.Limitações relativas ao quantitativo de dados que inviabilizaram a obtenção de uma avaliação estatística conclusiva também foram presentes neste relatório. Mas, nesse caso, tais limitações estão detalhadas ao longo do relatório. [...]

69.Importante registrar que o DNIT não apresentou todos os dados requisitados desses 376 empreendimentos. Citam-se, por exemplo, ausências parciais de informações sobre extensão em quilômetros da obra, prazos de elaboração de projetos e tempo dos aditivos.

70.Alguns dados relativos à efetiva contratação das obras nem mesmo existem. Por exemplo: dados de quatorze editais foram encaminhados pelo DNIT, mas não houve proposta nessas licitações. Assim, embora se possa avaliar prazos de projetos e preços de referência para esses empreendimentos, análises sobre descontos não são possíveis”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

do Brasil). Todos esses estudos exploram as contratações realizadas pelo DNIT, pelos motivos já mencionados.

O estudo empreendido pela Câmara dos Deputados, constante da Nota Técnica (NT) n. 21/2015, da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, foi elaborado em atendimento à Solicitação de Trabalho n. 1.230/2015, da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle (CFFC), e tem por objetivo avaliar os riscos, incertezas e os principais resultados obtidos pela Administração Pública com a realização de licitações de obras e serviços de engenharia sob a égide do RDC, em especial a contratação integrada, e subsidiar as discussões parlamentares no âmbito da CFFC, com vistas a verificar a necessidade de aperfeiçoamento da legislação ou da adoção de medidas de controle e fiscalização específicas para obras públicas contratadas ao amparo da nova Lei. O estudo analisou 179 licitações realizadas pela sede do DNIT entre 29 de agosto de 2012 e 29 de abril de 2015, compreendendo 362 lotes contratados. Debruçou-se sobre editais, minutas de contratos, despachos, publicação de extratos no Diário Oficial da União e requerimentos de informação.

O estudo realizado pelo TCU originou-se de solicitação do Congresso Nacional visando à avaliação dos resultados para a Administração Pública Federal quanto à utilização da CI, 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”.³⁸ O trabalho abrangeu editais cujos contratos foram formalizados de 2009 a 2015 e trataram de obras de implantação de rodovias, de restauração e do Programa/Contrato de Restauração e Manutenção de Rodovias (Crema) 2ª Etapa, excluindo-se contratos singulares, como os de obras especiais, pontes e túneis, tendo em vista manter a uniformidade da amostra. Foram examinadas 50 contratações integradas, 75 contratações realizadas mediante outros regimes de execução do RDC e 251 licitações realizadas com base na Lei n. 8.666/1993. Além disso, as comparações possíveis entre CI e LGL restringiram-se, no âmbito dessa última, às obras licitadas na modalidade concorrência, em razão da maior semelhança entre os objetos.³⁹

O estudo empreendido pela CGU é fruto de ação de controle com vistas à avaliação do RDC, com ênfase na contratação integrada, e abrangeu 90 contratos (perfazendo um montante de aproximadamente R\$ 12,5 bilhões) que totalizam 155 lotes de obras licitadas, sendo 39 por preço unitário, 30 por preço global e 39 contratações integradas. Esse escopo

³⁸ Ibidem.

³⁹ Idem.

engloba todas as obras licitadas pelo DNIT/Sede no período de 2012 a 2014 referentes à implantação de rodovias, duplicação, pavimentação, travessias urbanas, restauração, hidrovias, obras de arte, portos e instalação e operação de postos de pesagem. Excluíram-se da amostra licitações de RDC referentes à contratação de projetos, supervisão, programa BR-Legal (Sinalização), estudos e quaisquer outros que não se enquadram no conceito de obra.⁴⁰

Finalmente, **o estudo produzido pelo CAU/BR e pelo SINAENCO** objetivou comparar a CI aos demais regimes do RDC e analisou 251 processos licitatórios referentes ao período de 30 de setembro de 2012 a 30 de setembro de 2014. Nesse período, o DNIT realizou 304 licitações utilizando o RDC, sendo 109 no regime de CI. Foram excluídos da amostra processos que estavam nas fases de apresentação de propostas, julgamento, habilitação e recursos, além dos que só passaram por homologação judicial.⁴¹

Percebe-se que as amostras utilizadas nos estudos não são plenamente coincidentes. Contudo, pelo fato de os estudos se debruçarem sobre contratações de uma mesma autarquia – entidade que mais utilizou o RDC –, em um período relativamente coincidente – predominantemente de 2012 a 2014/15 – e por apontarem, todos eles, na mesma direção em suas conclusões – no que se refere ao objeto desta dissertação –, entende-se que é possível traçar um paralelo entre eles, e utilizá-los como meio de testar os pressupostos supramencionados.

Realizada a apresentação dos estudos empíricos, passa-se ao detalhamento de sua estrutura. Este trabalho inicia-se no capítulo 1 com a apresentação dos regimes de execução utilizados pelo Poder Público no Brasil. Começando pela distinção entre projeto básico e anteprojeto de engenharia – crucial para o entendimento do tema – serão caracterizadas a tarefa; as empreitadas integral, por preço unitário e global; a contratação semi-integrada e, com maior ênfase, a contratação integrada, discutindo-se seu escopo adequado e sua lógica econômica.

O capítulo 2 dedica-se à apresentação e posterior confirmação ou contestação dos pressupostos de adoção da CI. Investiga-se, primeiramente, a pertinência da utilização de estudos internacionais para embasar a adoção dessa modalidade no Brasil, concluindo-se pela inadequação. Em seguida, analisa-se a questão dos prazos nos contratos, que, na verdade, são majorados e não reduzidos, ensejando a contestação desse pressuposto. O mesmo ocorre com os custos, objeto da seção seguinte. Após, passa-se à verificação da presença de aditivos nos

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

⁴¹ Dossiê DNIT: Dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/dossie-comprova-ineficia-da-contratacao-integrada-no-dnit/>>. Acesso em 28 mai 2018.

contratos, para concluir-se que há aditamentos, mas em número reduzido, o que leva à confirmação desse pressuposto.

Por fim, o capítulo 3 dedica-se a expor ressalvas aos estudos e, conseqüentemente, às conclusões do trabalho. Objetiva-se deixar claro que o intuito da pesquisa aqui empreendida não é a extirpação sumária da contratação integrada do ordenamento jurídico, mas a tentativa de disseminar uma cultura de empirismo, demonstrando que os pressupostos utilizados para embasar a adoção desse regime, em geral, não se verificaram. São necessárias novas pesquisas, com qualidade metodológica, para que se entenda o que pode ser aperfeiçoado e se avalie se, de fato, e em que circunstâncias, a CI é benéfica às contratações públicas.

Capítulo 1

OS REGIMES DE EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

As obras e serviços de engenharia contratadas pelo Poder Público admitem a execução indireta sob os seguintes regimes: tarefa, empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada.

A distinção entre os regimes ficará mais clara a partir do delineamento de certos elementos introdutórios, quais sejam a motivação da escolha por qualquer dos regimes e os conceitos de projeto básico e anteprojeto (tópico 1.1).

A tarefa e a empreitada por preço unitário são os regimes de execução mais simples (tópico 1.2). A empreitada por preço global, a empreitada integral e a contratação semi-integrada apresentam um maior nível de complexidade, utilizados, normalmente, para obras mais vultosas que os dois anteriores (tópico 1.3). Contudo, o mais complexo dos regimes é a contratação integrada, cujo objeto agrega construção e elaboração de projeto básico, com maior transferência de riscos ao particular (tópico 1.4).

1.1 ELEMENTOS ESSENCIAIS À COMPREENSÃO DOS REGIMES DE EXECUÇÃO

Todos os regimes de execução necessitam, quando de sua escolha, de motivação. Contudo, isso não fica claro a partir da leitura dos dispositivos legais, e até mesmo o TCU endossou a desnecessidade de motivação em determinados casos, o que, a nosso ver, não é adequado (1.1.1). Além da motivação, está presente em todos os regimes o instituto do projeto básico, documento orientador da atuação do particular que irá executar a obra (1.1.2). Na contratação integrada, todavia, esse documento é elaborado pelo particular vencedor do certame, o que faz surgir a necessidade de estabelecer parâmetros para a apresentação das propostas quando da licitação. Para isso, surge a figura do anteprojeto (1.1.3).

1.1.1 A motivação como elemento essencial a qualquer regime de execução

Quanto ao dever de motivação, os regimes de execução podem ser classificados em preferenciais e não-preferenciais. Isso porque a Lei do RDC manifesta, em seu artigo 7º, § 1º, a preferência do legislador pelos regimes de preço global fixo, quais sejam, a de empreitada por

preço global, a empreitada integral e a contratação integrada, exigindo justificação (§ 2º) quando não adotados esses regimes, não havendo ordem de preferência entre eles.⁴²

O mesmo ocorreu, posteriormente, com a contratação semi-integrada que, por força do §4º do art. 42 da Lei n. 13.303/2016⁴³, foi alçada a regime preferencial de contratação no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo que sua não adoção também enseja justificação. A desnecessidade de motivação, quando adotados os regimes preferenciais, já foi endossada em decisões do TCU:

A Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, apenas exige que sejam inseridos nos autos das licitações de obras e serviços de engenharia os motivos que justifiquem a adoção dos regimes de preço unitário ou contratação por tarefa, pois os regimes a serem preferencialmente adotados são os regimes de empreitada por preço global, integral ou contratação integrada.⁴⁴

(...) a Administração pode usufruir dos benefícios – especialmente redução de custos e inovação tecnológica – da liberdade de adoção de metodologias diferenciadas (no sentido estrito da expressão) em obras com a adoção do regime de empreitada por preço global, opção preferencial do RDC que não exige justificativa.⁴⁵

Apesar do entendimento constante dos mencionados enunciados jurisprudenciais e da falta de clareza dos comandos legais, defende-se que o ônus de justificar técnica e economicamente a escolha por qualquer dos regimes subsiste, tendo em vista a manutenção do controle da discricionariedade⁴⁶ administrativa pela via dos motivos expressos determinantes⁴⁷, não sendo os regimes de preço global fixo indicados para toda ou qualquer situação, ou mesmo para a maior parte delas. Ou seja, entende-se que não há regime de execução que dispense motivação quando adotado, havendo variação apenas quanto ao grau de detalhamento, que será maior no caso de contratação integrada (aspecto abordado no tópico 1.4).

⁴² BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁴³ BRASIL. Lei Federal n. 13.303/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2642/2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 08/10/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=508876>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3659/2014. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer. Sessão de 09/12/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=515046>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

⁴⁶ Segundo Kurkowski e Forni, a discricionariedade não permite “escolhas livres, partidárias ou tendenciosas”. KURKOWSKI, Rafael Schwez. FORNI, João Paulo. Análise da legitimidade do STF para alterar a política pública nacional sobre drogas no âmbito do controle de constitucionalidade. Revista da AGU, Brasília, v. 17, n. 01, p. 283-314, jan./mar. 2018. p. 293.

⁴⁷ A teoria dos motivos expressos determinantes tem estreita relação com o motivo do ato administrativo, atrelando o administrador aos motivos declarados quando da edição do ato e à demonstração de sua efetiva ocorrência. Caso os motivos expressos sejam inexistentes ou falsos, implicam a nulidade do ato. MARINELA, Fernanda. Op. cit. p. 284.

Quanto à tarefa e a empreitada por preço unitário, a própria Lei do RDC já plasmou o ônus da justificativa, por não serem preferenciais. De acordo com o §2º do art. 8º dessa norma, no caso de inviabilidade de adoção da empreitada por preço global, da empreitada integral ou da contratação integrada, poderá ser adotado outro regime (tarefa ou empreitada por preço unitário), e serão inseridos nos autos do procedimento **os motivos que justificaram a exceção**.⁴⁸

No caso dos demais regimes, a justificação decorre da diretriz do **parcelamento do objeto**, presente tanto na Lei do RDC (art. 4º, IV) quanto na Lei das Estatais (art. 32, III).⁴⁹ Nessa linha, assevera o TCU, no relatório do Acórdão 2389/2007-Plenário, que a divisão ou parcelamento do objeto é a regra geral, excetuando-se apenas os casos em que a não-divisão demonstre ser a única alternativa viável técnica e economicamente.⁵⁰

Isso significa que, quando adotados os regimes preferenciais, há necessidade de motivação mais robusta, uma vez que vão de encontro à diretriz do legal parcelamento.⁵¹ Logo, cabe ao administrador público que desejar licitar um objeto sem fracioná-lo, de forma a adjudicá-lo por preço global, trazer aos autos do processo licitatório conjunto probatório que ateste a inviabilidade do parcelamento sob os aspectos técnico e econômico.⁵²

Além disso, conforme o item 9.1.1 do Acórdão 1977/2013-TCU-Plenário, a escolha do regime de execução deve estar fundamentada nos autos do processo licitatório, em prestígio ao

⁴⁸ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁴⁹ “Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala”. BRASIL. Lei Federal n. 13.303/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2389/2007. Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Sessão de 14/11/2007. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20071119/TC-004-373-2003-6.doc>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁵¹ A decisão do TCU tratava especificamente da contratação integrada, mas o entendimento é passível de extrapolação aos outros regimes preferenciais. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1510/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 19/06/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=474304>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: orientações básicas. 4. ed. Brasília, 2010. p. 236.

definido no art. 50 da Lei 9.784/1999⁵³, que trata da motivação dos atos administrativos⁵⁴. Logo, qualquer que seja o regime adotado, exige-se a motivação expressa sustentada em critérios técnicos, baseados pareceres ou laudos expedidos por profissionais qualificados, a evidenciar qual a solução que superiormente atende ao interesse público. Sua falta ou a imperfeição gera o dever jurídico administrativo de rever o ato, apurar responsabilidades e impor sanções.⁵⁵ Conclui-se, portanto, que não há regime que excepcione o dever de motivação técnica e econômica.

Além da motivação, há outro elemento imprescindível à execução de **qualquer** obra ou serviço de engenharia, sob qualquer regime, qual seja o projeto básico (PB).

1.1.2 O projeto básico como elemento essencial a qualquer regime de execução

O PB é o documento que contém os elementos necessários à caracterização da obra ou serviço objeto da licitação, elaborado com base em estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, além de possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.⁵⁶ Deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da Administração Pública;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento;

⁵³ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. BRASIL. Lei Federal n. 9784/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1977/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 31/07/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=481220>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁵⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, DOTTI, Marinês Restelatto. Regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia no RDC: o “Padrão FIFA” é legítimo? Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 21-43, set/2013.

⁵⁶ Art. 2º, IV. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra;
- 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, exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.⁵⁷

Esse documento tem o condão de fomentar o planejamento administrativo, assim como aperfeiçoar o conhecimento, pelos licitantes, pela sociedade e pelos órgãos de controle, do objeto da pretendida contratação.⁵⁸ Deve conter a precisão necessária a lastrear as propostas apresentadas, servindo como base dos custos envolvidos e do tipo de execução que se pretende implementar.⁵⁹

Em todos os regimes, à exceção da CI, a elaboração do PB pode ser de responsabilidade da Administração ou de empresa contratada por meio de licitação específica. Neste último caso, licita-se posteriormente a execução da obra, com vedação à participação direta ou indireta dos envolvidos na elaboração do PB⁶⁰, ou seja, há duas licitações – uma para a contratação do projeto básico e outra para a contratação da execução da obra.

O PB é, pois, um requisito de validade do procedimento licitatório para todos os regimes, à exceção da CI, situando-se, topograficamente, na fase interna do procedimento. Sem ele, não se avança à fase externa. No caso da contratação integrada, desloca-se o projeto básico para fase externa da licitação, já que caberá ao vencedor — conhecido apenas após o encerramento do procedimento competitivo — a respectiva elaboração.⁶¹ Portanto, na CI, não há licitação ou elaboração **prévia** de projeto básico, mas mesmo nesse modelo a obra só pode ser executada com PB devidamente aprovado pela Administração.

Quando adotada a CI, o PB faz parte do objeto da licitação, surgindo, assim, a necessidade de oferecer elementos mínimos aos licitantes, no instrumento convocatório, para

⁵⁷ Art. 2º, parágrafo único. Ibidem.

⁵⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*, 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 68.

⁵⁹ MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *RDC - regime diferenciado de contratações*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 108.

⁶⁰ Vide art. 36 da Lei n. 12462/2011.

⁶¹ 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, set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81436>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

que possam elaborar suas propostas. O anteprojeto de engenharia é o documento que visa preencher essa lacuna.

A distinção entre projeto básico e anteprojeto é ponto nevrálgico dos debates em torno da CI, destacado, inclusive, nas duas ADIs antes mencionadas. Por esse motivo, dedicar-se-ão algumas linhas para a diferenciação dos institutos.

1.1.3 O anteprojeto de engenharia: conceito e distinções em relação ao projeto básico

O anteprojeto de engenharia, de com a NBR n. 13.531/1995 é a:

[...] etapa destinada à concepção e à representação das informações provisórias de detalhamento da edificação e de seus elementos, instalações e componentes, necessários 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.⁶²

A transcrição da definição técnica é importante porque destoa, de certa maneira, da definição legal, que abarcou mais elementos e avançou sobre a modelagem e distribuição de riscos. O Decreto n. 7581/2011, que regulamenta o RDC, conceitua, em seu art. 74, o anteprojeto como a peça técnica que contempla 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.⁶³

E, quando couber, os seguintes documentos:

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.⁶⁴

Do ponto de vista legal, o anteprojeto, portanto, é a peça prévia, desenvolvida após os estudos de viabilidade, que representa a linha de contorno das soluções técnicas, a ser

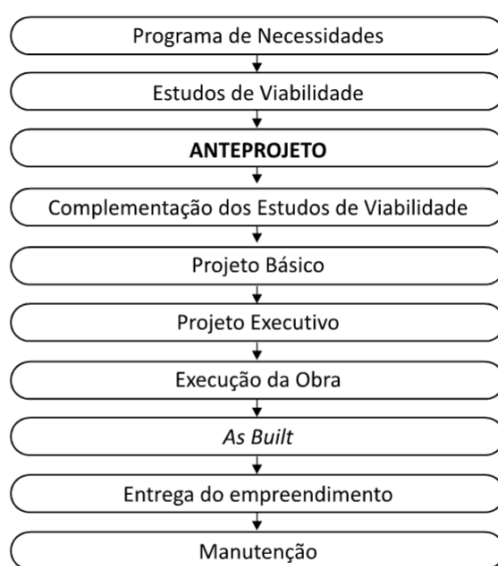
⁶² ABNT. NBR n. 13531/1995. Disponível em: <<http://apoioididatico.iau.usp.br/projeto3/2013/nbr13531.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

⁶³ Art. 74. BRASIL. Decreto n. 7581/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/decreto/d7581.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

⁶⁴ Art. 74, §1º. Ibidem.

devidamente preenchida em projeto detalhado, necessária e fundamental à obtenção do projeto básico. Em uma ampliação de escopo, o RDC tornou o anteprojeto peça fundamental da licitação, caracterizadora da obra ou serviço de engenharia e elaborado coerentemente com a alocação de riscos definida. Esse documento deve abranger todos os elementos necessários à elaboração e comparação das propostas, com isonomia, bem como à posterior elaboração do PB pelas contratadas, levando-se em conta a seguinte ordem das fases de um empreendimento⁶⁵:

GRÁFICO 2 – FASES DA VIDA DE UM EMPREENDIMENTO



Fonte: RDC e Contratação Integrada na prática: 250 questões fundamentais, p. 256.

O anteprojeto, em termos simples, propõe-se a dizer o que o Poder Público deseja sem falar como, sendo uma descrição em três dimensões do objeto, que não adentra nas minúcias. Esse documento possibilita o julgamento objetivo e funciona como um lastro mínimo comparativo para a definição da proposta mais vantajosa, sendo um misto programa de necessidades com memorial descritivo.⁶⁶ Além disso, faz as vezes de documento de planejamento da licitação, devendo garantir a plena ciência, por parte dos concorrentes, do que será demandado em termos construtivos e de intervenientes com potencial impacto na concepção de seus preços, e fornecendo informações suficientes e indispensáveis ao dimensionamento de suas soluções.⁶⁷

⁶⁵ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. RDC e Contratação Integrada na prática: 250 questões fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 257-262.

⁶⁶ HEINEN, Juliano. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações: Lei n. 12.462/11. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 37-45, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=99195>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

⁶⁷ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 254-255.

Adentrando especificamente na distinção entre projeto básico e anteprojeto, é relevante citar trecho do Acórdão 3661/2013-TCU-Plenário, referente a concessões portuárias:

Para que o processo de concessão seja consistente do ponto de vista técnico e até jurídico, há que possuir 'elementos de projeto' que contenham um **conjunto de informações e conteúdos que demonstrem a correta estimativa de todos os custos, receitas e meios para consecução do objeto, mesmo que não pretenda executá-los nos exatos termos em que inicialmente concebido**. Além disso, em face da possibilidade de serem apresentadas propostas que contemplem as mais diversas metodologias, a consistência do projeto conceitual é relevante para aferir a viabilidade técnica das soluções trazidas pelos participantes do certame (grifo nosso).⁶⁸

Preliminarmente, ressalta-se que as concessões de serviços públicos podem apresentar editais apenas com “elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização”⁶⁹, de modo similar à CI, logo, o trecho transcrito e negrito pode servir de norte para a elucidar a distinção entre anteprojeto e projeto básico no âmbito da Corte de Contas. Para o TCU, essa diferença reside no fato de que o PB é vinculante para o contratado enquanto o anteprojeto não precisaria, necessariamente, ser executado nos exatos termos em que inicialmente concebido.⁷⁰

Aprofundando ainda mais na mencionada distinção, torna-se necessária a compreensão do que significam soluções técnicas de engenharia e condições de contorno. Argumenta-se que um projeto é composto por soluções técnicas e condições de contorno, sendo essas últimas basicamente o que se pretende construir e as condições locais e ambientais, componentes obrigatórios em qualquer anteprojeto e fundamentais para caracterizar o objeto e assegurar isonomia ao certame. Já as soluções técnicas de engenharia correspondem aos materiais e equipamentos utilizados, dimensionamento dos componentes e estruturas da obra, além da especificação da metodologia de execução.⁷¹

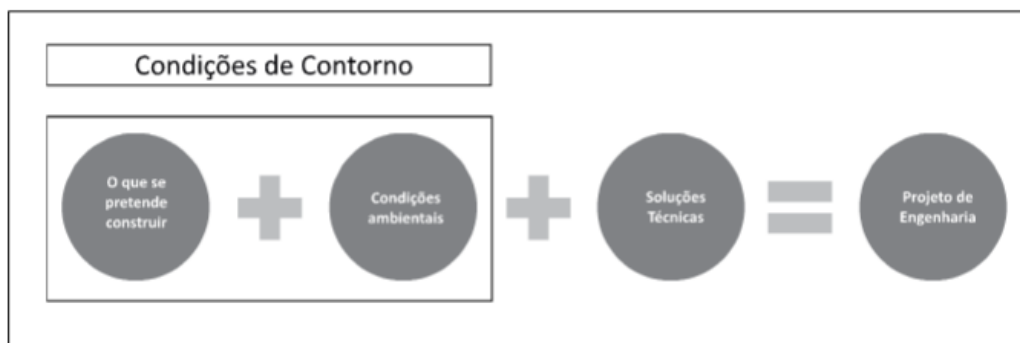
⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3661/2013. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 10/12/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=491517>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁶⁹ 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. BRASIL. Lei Federal n. 8.987/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.

⁷⁰ ROSILHO, André. Desafios na licitação da contratação integrada. Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 243, p. 427-432, maio 2014.

⁷¹ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 253-263.

GRÁFICO 3 – ELEMENTOS DOS PROJETOS DE ENGENHARIA



Fonte: RDC e Contratação Integrada na prática: 250 questões fundamentais, p. 262.

As condições de contorno são, portanto, dados de entrada, prévias ao dimensionamento, e embasam a elaboração das metodologias de execução e especificações técnicas, ou seja, explicita-se o que se pretende construir – condições de contorno – e projeta-se um meio para atingir esse objetivo – soluções técnicas.⁷²

Tanto as soluções técnicas quanto as condições de contorno podem corresponder a obrigações de fim e a obrigações de meio. Essas últimas se referem a especificações definidas pela Administração, em relação às quais não há liberdade de inovação para o contratado, restando-se os riscos, portanto, no Poder Público. Já as obrigações de fim correspondem aos pontos nos quais pode haver ou não liberdade de inovação em termos de metodologia.⁷³ Quanto mais o anteprojeto avançar nas obrigações de fim, menos espaço haverá para o contratado inovar, sendo que, no limite, um anteprojeto no qual se desenvolva completamente a metodologia de execução transfigura-se em um projeto básico.

Em síntese, o PB é composto por condições de contorno e soluções técnicas de engenharia nas obrigações de fim e de meio. Já o anteprojeto, nas obrigações de fim, é composto apenas por condições de contorno; e nas obrigações de meio, por soluções técnicas de engenharia e condições de contorno. A título de melhor visualizar as distinções, o quadro abaixo traz exemplos:

⁷² Ibidem, p. 261.

⁷³ Idem, p. 253-263.

QUADRO 1 – ANTEPROJETO VS PROJETO BÁSICO

Anteprojeto	Projeto Básico	Diferença
Conceituação e plantas baixas esquemáticas de todos os níveis.	Plantas detalhadas e ampliadas de todos os níveis e memoriais descritivos	Plantas detalhadas (vs. plantas esquemáticas) e memoriais descritivos
Corte transversal e longitudinal	Corte transversal e longitudinal	.
Elevações das principais fachadas	Elevações de todas as fachadas	Elevações de todas as fachadas (vs. das principais)
Perspectivas internas e externas.	Perspectivas internas e externas.	.
Simulações e estudos básicos do layout interno.	Estudos definitivos do layout	Estudos definitivos do layout (vs. estudos básicos do layout interno)
Considerações e conceituação quanto às premissas e necessidades para instalações prediais	Projetos básicos e memoriais descritivos de todas as instalações prediais (ar-condicionado, elétrica, hidráulica, incêndio, gás, circuito fechado de TV, controle de acesso, paisagismo, etc.)	Projetos básicos e memoriais descritivos de todas as instalações prediais (vs. Considerações e conceituação quanto às premissas e necessidades)
Estimativa macro de custos	Estimativa detalhada de custos	Estimativa detalhada de custos (vs. macro)

Fonte: adaptação de PORTUGAL, et al., 2012, p. 40.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à explanação dos regimes, por ordem de complexidade. Inicialmente, serão caracterizados aqueles que chamaremos de não-preferenciais, em oposição aos elencados como preferencias pelo citado dispositivo do RDC. Em seguida, serão detalhados os regimes preferenciais que exigem projeto básico, quais sejam: as empreitadas por preço global e integral; e a contratação semi-integrada. A contratação integrada contará com seção própria, na qual será devidamente explorada a lógica econômica atinente a esse modelo.

1.2 OS REGIMES DE EXECUÇÃO NÃO-PREFERENCIAIS

Começando pelo mais simples dos regimes, **a tarefa** é definida como a contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de material.⁷⁴ Nesse regime, o objeto da licitação é a obra ou serviço coincidente com a tarefa, a exemplo da construção de um muro, e é comum, dada a simplicidade do trabalho, que o Poder Público forneça o material que o executante, ou “tarefeiro”, utilizará, consistindo-se a tarefa apenas no fornecimento de mão de obra.⁷⁵

⁷⁴ Art. 2º, VI. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁷⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, DOTTI, Marinês Restelatto. Regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia no RDC: o “Padrão FIFA” é legítimo?. Op. cit.

À exceção da tarefa, todos os outros regimes são empreitadas, nomenclatura que, embora similar à figura jurídica do direito civil assim denominada⁷⁶, com ela não se confunde. Trata-se de empreitada pública, diversa da empreitada privada pela delegação implícita de poderes da Administração sobre parcela determinada do domínio público ou do patrimônio administrativo.⁷⁷

Na empreitada, o contratado é responsável pela execução do objeto contratual como um todo, ficando a seu encargo a responsabilidade por todas as despesas do empreendimento, como materiais, construção e outros custos administrativos. Distingue-se, portanto, da simples locação de mão de obra, que não deixa margem de gestão ou autonomia ao contratado quanto à produção dos resultados esperados pelo Poder Público.⁷⁸

A empreitada por preço unitário (EPU) é a contratação por preço certo de unidades determinadas,⁷⁹ utilizada sempre que os quantitativos a serem executados não puderem ser definidos com grande precisão. O detalhamento dos projetos, nesse regime, é menor que na empreitada por preço global e na empreitada integral, mas, mesmo assim, o projeto básico é imprescindível. Recomenda-se sua utilização para contratação de serviços de gerenciamento e supervisão de obras, além de serviços cujos quantitativos sejam intrinsecamente sujeitos a um maior nível de imprecisão, como é o caso de obras executadas “abaixo da terra”, a exemplo de canais; barragens; adutoras; perímetros de irrigação; obras de saneamento; execução de fundações; serviços de terraplenagem; desmontes de rocha; implantação, pavimentação, duplicação e restauração de rodovias; e obras portuárias, como dragagem e derrocamento.⁸⁰

Quando adotada a EPU, a remuneração da contratada é feita em função das unidades de serviço efetivamente executadas (por exemplo, metros cúbicos de concreto), com os preços previamente definidos na planilha orçamentária da obra, o que termina por ensejar acompanhamento mais difícil e detalhado do empreendimento por parte da Administração, já que se faz necessária a fiscalização sistemática do que já foi executado. Em decorrência da ausência do risco de variação de quantitativos para o particular, um contrato celebrado por EPU

⁷⁶ Vide Capítulo VIII do Código Civil. BRASIL. Lei Federal n. 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 ago. 2018.

⁷⁷ LIMA, Ruy Cime. Princípios de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 190.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Art. 2º, III. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, 2012. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

tende a ter um preço final menor, porém, isso não significa, necessariamente, maior economia para a Administração, devido aos maiores custos de fiscalização do contrato.⁸¹

A precisão da medição dos quantitativos é muito mais crítica na EPU do que em contratos a preços globais, visto que as quantidades medidas no campo devem ser exatas, pois corresponderão, de fato, às quantidades a serem pagas, definindo o real valor do projeto.⁸²

Passa-se, agora, aos regimes preferenciais de execução.

1.3 OS REGIMES PREFERENCIAIS DE EXECUÇÃO QUE EXIGEM PROJETO BÁSICO PRÉVIO

Os regimes preferenciais do RDC, à exceção da CI, e a contratação semi-integrada exigem projeto básico anterior, devidamente aprovado pelo Poder Público contratante.

A empreitada por preço global (EPG) é a contratação por preço certo e total⁸³, sendo os pagamentos efetuados quando da conclusão de etapas (por exemplo, fundações, estruturas, instalações, revestimentos) definidas no cronograma físico-financeiro e atestação de seu devido cumprimento nos prazos previamente combinados. A EPG é indicada quando os quantitativos dos serviços a serem executados puderem ser definidos, no PB, com razoável precisão⁸⁴, a exemplo de estudos, projetos, pareceres, laudos e obras e serviços executados “acima da terra”, como a construção de edificações e linhas de transmissão.⁸⁵

A utilização da EPG pressupõe uma definição minuciosa de todos os componentes da obra, de modo que seus custos possam ser estimados com uma margem mínima de incerteza, que será coberta pela alíquota de riscos ou imprevistos incluída no BDI (*Budget Difference Income* ou Benefícios e Despesas Indiretas). As medições de campo das quantidades realizadas devem ser precisas apenas o suficiente para definir o percentual executado do projeto, o que facilita a fiscalização da obra, já que esse critério de medição não envolve levantamento preciso dos quantitativos dos serviços executados.⁸⁶

Nesse regime, deve haver PB com alto grau de detalhamento, no intuito de minimizar os riscos a serem absorvidos pelo construtor durante a execução contratual. A contratada arcará

⁸¹ Ibidem.

⁸² Idem.

⁸³ Art. 2º, II, BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁸⁴ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. Op. cit. p. 229.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, 2012. Op. cit.

⁸⁶ Idem.

com eventuais erros ou omissões na quantificação dos serviços⁸⁷, não tendo direito a aditivos contratuais de quantidades em caso de quantitativos subestimados por erro que pudesse ter sido detectado durante o processo licitatório. Aditivos serão permitidos somente se houver novas demandas apresentadas pela Administração ou se for constatada incorreção de difícil detecção no projeto.⁸⁸

Destaca-se que a distinção entre EPU e EPG se refere ao processo de aceitação de propostas, aos pagamentos e às medições, mas não à orçamentação, que em ambos os casos é feita pelo método analítico, obtendo-se o custo global a partir das composições de custos de todos os serviços.⁸⁹ Esse detalhamento excessivo dos componentes de custos atenua as distinções entre esses regimes, em razão de regras de aceitabilidade poderem ser estabelecidas sobre os preços unitários, que, caso superem o referencial, podem ensejar desclassificação. Em síntese, a competição em termos de preço global, na EPG, dependendo do tratamento dado aos critérios de aceitabilidade, pode não ocorrer.⁹⁰

Passando agora aos regimes mais complexos, **a empreitada integral (EI)** é a contratação de empreendimento em sua integralidade, com todas as etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega em condições de entrada em operação imediata, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional.⁹¹

⁸⁷ Para uma visão contrária, vide MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit. Os autores afirmam que a EPG “não pressupõe o deslocamento de riscos ampliados ao contratado, transferindo-lhe o ônus de arcar com as diferenças e a inexatidão dos quantitativos”. Segundo os autores, esse regime exige a correta definição “dos quantitativos necessários à execução da integralidade do projeto, assim como a disponibilização de um suficiente e adequado projeto básico. É evidente que tais documentos e informações vinculam a responsabilidade da Administração”. E arrematam afirmando que “caso se verifiquem erros nas quantidades definidas pelo edital e por seus anexos, a Administração poderá corrigi-los mediante alteração de projeto, [...] o que exigirá em todos os casos o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato”. Moreira e Guimarães estendem o alcance dessas observações à empreitada integral. Como se vê pelo exposto no texto, discordamos desse posicionamento. Nesses regimes, os custos são estimados com uma margem de incerteza que será coberta pela alíquota de riscos incluída no BDI, ou seja, variações menores nos quantitativos já fazem parte do arranjo contratual, por isso mesmo chamado de “preço global”. Não é à toa que o próprio Decreto n. 7581/2011, em seu § 4º, III, plasmou que, quando adotada a EPG, alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico, não poderão ultrapassar, no seu conjunto, 10% do valor total do contrato. Ou seja, foi estabelecida uma margem (10%) de imprecisão considerada inerente ao ajuste.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, 2012. Op. cit.

⁸⁹ PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações Lei 12.462/11 – Uma perspectiva gerencial. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, 2015. p. 102.

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013. p. 158.

⁹¹ Art. 2º, I. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

É indicada para projetos complexos, que exigem conhecimentos e tecnologias que não estão disponíveis em uma única empresa, sendo comuns vários subcontratos, celebrados pela empresa de engenharia principal, ou “integradora”, com diversos fornecedores, prestadores de serviço, projetistas e subempreiteiros. São exemplos de objetos que se encaixam nessas características: subestações de energia, refinarias, plantas petroquímicas, instalações industriais, oleodutos, gasodutos, usinas nucleares, usinas hidroelétricas e estações de bombeamento.⁹²

Destaca-se, nesse regime, o alto grau de responsabilidade atribuído ao contratado, que se incumbe de garantir a pontualidade da entrega de equipamentos, da montagem e da conclusão de obras civis e mecânicas; de garantir a solidez e segurança das estruturas e construções, em razão tanto dos materiais, como do solo; e de obedecer às especificações técnicas, normas de segurança e padrões de qualidade especificados. Além disso, responsabiliza-se por bens ou equipamentos utilizados ou adquiridos e compromete-se com o desempenho da planta, que será mantida por um período definido. Na EI é proibida a licitação de quantidades indefinidas, o que enseja, mesmo nos casos em que inexistam condições técnico-científicas para uma definição precisa das quantidades, a realização de estimativas dentro das possibilidades técnicas.⁹³

O quadro a seguir sintetiza, na visão do TCU, as principais vantagens e desvantagens das empreitadas até aqui explanadas:

⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, 2012. Op. cit.

⁹³ Ibidem.

QUADRO 2 – VANTAGENS E DESVANTAGENS: EI, EPG, EPU

	Vantagens	Desvantagens
Empreitada por preço unitário	> Pagamento apenas pelos serviços efetivamente executados; > Apresenta 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 > A obra pode ser licitada com um projeto com grau de detalhamento inferior ao exigido para uma empreitada por preço global ou integral.	> Exige rigor nas medições dos serviços; > Maior custo da Administração para acompanhamento da obra; > Favorece o jogo de planilha⁹⁴; > Necessidade frequente de aditivos, para inclusão de novos serviços ou alteração dos quantitativos dos serviços contratuais; > O preço final do contrato é incerto, pois é baseado em estimativa de quantitativos que podem variar durante a execução da obra; e > Exige que as partes renegociem preços unitários quando ocorrem alterações relevantes dos quantitativos contratados. > O construtor não tem incentivo para concluir a obra no menor prazo possível. > Há maior dificuldade para a Administração controlar o cumprimento de prazos.
Empreitada por preço global	> Simplicidade nas medições (medições por etapa concluída); > Menor custo para a Administração Pública na fiscalização da obra; > Valor final do contrato é, em princípio, fixo; > Restringe os pleitos do construtor e a assinatura de aditivos; > Dificulta o jogo de planilha; > O construtor tem incentivo para concluir a obra no menor prazo possível; e > Há maior facilidade para a Administração controlar o cumprimento de prazos.	> Como o construtor assume os riscos associados aos quantitativos de serviços, o valor global da proposta tende a ser superior se comparado com o regime de preços unitários; > Tendência de haver maior percentual de riscos e imprevistos no BDI do construtor; e > A licitação e contratação exige projeto básico com elevado grau de detalhamento dos serviços (art. 47 da Lei 8.666/1993).
Empreitada integral	> As mesmas da empreitada por preço global; > O empreendimento é entregue pronto para operação; > O proprietário da obra tem garantias sobre o desempenho/funcionamento do projeto; > O contratante tem maior garantia sobre o prazo de entrega da obra; > Facilita a interface entre projetistas, executores de obras civis, fornecedores de equipamentos e responsáveis pela montagem; > Diminui o número de litígios entre as partes e pleitos do construtor; e > Há clara definição da responsabilidade pela perfeita execução contratual.	> As mesmas da empreitada por preço global; > O preço final do contrato tende a ser mais elevado, pois o construtor assume riscos diversos: geológico, hidrológico, de performance do empreendimento e de desempenho dos equipamentos; e > O preço final do contrato também é mais elevado devido à necessidade de o construtor gerenciar o empreendimento como um todo.

Fonte: Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, Tribunal de Contas da União, 2012.

Por fim, a **contratação semi-integrada (CSI)** consta da Lei n. 13.303/2016 e, por ser extremamente nova, ainda não é tema de acórdãos do TCU.⁹⁵ Esse regime de execução é

⁹⁴ “Jogo de planilha” é o artifício por meio do qual o preço global de uma proposta é reduzido de forma irregular, com alteração de itens específicos que viabilizem lucros maiores para a empresa, devido à antecipação de pagamentos referentes a serviços iniciais com sobrepreço e busca de aditivos contratuais para itens posteriores,

indicado quando for possível definir previamente, no PB, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser realizado com diferentes metodologias ou tecnologia.⁹⁶

A CSI envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.⁹⁷

Como dito, no instrumento convocatório que utilize a CSI, deve constar projeto básico. No entanto, a grande diferença dessa modalidade reside no fato de que o PB poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.⁹⁸

Trata-se de regime que se situa, num espectro de transferência de riscos relacionados ao PB, entre a CI e a EI, ou seja, é uma CI mais rigorosa, com maior detalhamento no anteprojeto, ou uma EI com menor detalhamento no PB, com maior margem para soluções alternativas por parte do particular.

Passa-se agora ao regime mais complexo e polêmico do RDC, a contratação integrada, objeto desta dissertação.

1.4 A CARACTERIZAÇÃO DA CONTRAÇÃO INTEGRADA E SUA LÓGICA ECONÔMICA

A contratação integrada é um regime que abrange a execução da obra ou serviço de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e qualquer outro serviço necessário à entrega final do objeto e sua entrada em operação (até aqui, idêntico à empreitada integral) e agrega a essa gama de responsabilidades a elaboração e desenvolvimento do projeto básico. A CI equivale, portanto, a uma contratação simultânea dos projetos básico e executivo com execução da obra no regime da EI,⁹⁹ e licitação com base em um anteprojeto de engenharia.

com subpreço. O intuito é recompor os valores apresentados com descontos artificiais por meio de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, ou até mesmo o abandono da obra.

⁹⁵ Considerando a data de 26 jun. 2018.

⁹⁶ Art. 43, V. BRASIL. Lei Federal n. 13.303/2016. Op. cit.

⁹⁷ Art. 42, V. Ibidem.

⁹⁸ Art. 42, §1º, IV. Idem.

⁹⁹ BAETA, André Pachioni. Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aplicado às licitações e contratações de obras públicas. 3. ed. São Paulo: Pini, 2016, p. 140.

Esse regime foi idealizado para extrair *know-how* do setor privado, tirando proveito de uma criatividade inexistente no setor público e capaz de render a esse último algum benefício. Seu objeto precisa, pois, viabilizar uma competição em termos de metodologia, guardando coerência entre anteprojeto, distribuição de riscos e cobertura de seguros, proporcionando, assim, segurança ao empreendimento, com a devida sinergia entre concepção e execução,¹⁰⁰ em busca da “melhor engenharia”.¹⁰¹

Quando da licitação, os concorrentes apresentam propostas técnicas, com as soluções imaginadas, mas não propriamente um projeto básico. Essa incumbência só será exigível após a contratação. Caso fosse exigido PB de cada licitante, haveria ônus excessivo, uma vez que é significativo o custo para a elaboração desse documento, o que comprometeria a universalidade da licitação.¹⁰²

Alguns aspectos citados pela doutrina como característicos da CI são: o *Single Point Responsibility*, que significa concentrar a responsabilidade no executor do projeto, que também será o elaborador do design, evitando o comum “jogo de empurra” entre o Poder Público e o empreiteiro (*buckpassing*); o maior controle da execução por parte do empreiteiro, que, uma vez que elabora o projeto básico, tem o comando do processo de execução; e maiores incentivos à cooperação, tendo em vista a necessidade de aprovação do PB pela Administração.¹⁰³

Ademais, por força do art. 9º Lei do RDC¹⁰⁴, a adoção desse regime deve ser técnica e economicamente justificada. A justificativa **sob o aspecto econômico** deve restringir-se apenas ao escopo do objeto licitado, comprovando que o empreendimento, se contratado em sua integralidade, agregando-se o encargo de elaborar os projetos básico e executivo com liberdade de propor soluções e metodologias diversas, poderá ter seu custo global reduzido quando comparado com os demais regimes de execução.¹⁰⁵ Ou seja, consiste na comprovação de que a concentração de todas as etapas do empreendimento, com os riscos inerentes, nas mãos de um único contratado, ensejará vantagem financeira para o Poder Público, em comparação à opção

¹⁰⁰ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 296.

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.850/2015. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 29/07/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=530471>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁰² MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vemalha. Op. cit.

¹⁰³ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

¹⁰⁴ 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 [...]. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1510/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 19/06/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=474304>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

de licitar separadamente as diversas parcelas do objeto.¹⁰⁶ Como se verá mais à frente, essa comprovação não precisa ser cabal. Pode ser uma expectativa de vantagem, baseada em estimativas metodologicamente consistentes.

Já a motivação **sob o aspecto técnico** deve demonstrar que as características do objeto licitado permitem real competição em termos de metodologias e/ou tecnologias que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.¹⁰⁷ A esse respeito, são válidas as considerações do Acórdão 1510/2013-TCU-Plenário, que considerou suficiente justificativa técnica apresentada pela INFRAERO que abarcava: a elevada complexidade do objeto; a necessária capacidade gerencial e operacional envolvida; a necessidade de aplicação de soluções técnicas específicas e inovadoras; a necessidade do atendimento dos prazos, em virtude de compromissos assumidos com o Governo Federal; a centralização/otimização do gerenciamento de todos os processos envolvidos; a possibilidade de redução dos impactos operacionais pela presença de uma única contratada; e a redução dos entraves relativos aos conflitos de responsabilidades que costumeiramente ocorrem na contratação parcelada.¹⁰⁸

Trata-se, portanto, de tarefa árdua ao contratante, que possui racionalidade limitada, e terá dificuldades em antever, no momento licitatório, eventuais prejuízos que podem ocorrer caso tivesse optado por outro regime contratual.¹⁰⁹

No intuito de melhor caracterizar a CI e as ideias básicas que a embasam, esta seção contará, ainda, com três tópicos, quais sejam: a transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico; a transferência de riscos ao particular; e o escopo de aplicação da CI delimitado pelo critério de julgamento. Os dois primeiros tópicos possuem subdivisões.

1.4.1 A transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico

A transferência do encargo da elaboração do PB ao contratado é fator apontado pela doutrina especializada como uma das principais vantagens da CI, sendo uma “nova forma de

¹⁰⁶ VITA, Pedro Henrique Braz de. Cabimento e requisitos para utilização da contratação integrada no âmbito do RDC. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 238, p. 1239-1244, dez. 2013.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1850/2015. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 29/07/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=530471>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ BENATTI, Roberta Moraes Dias. Op. cit.

lidar com a deficiência crônica de projetos básicos com que se defronta a Administração Pública brasileira”.¹¹⁰

Problemas relacionados à elaboração de projetos básicos são uma preocupação deveras disseminada. A NT n. 126/2011, da Consultoria Legislativa do Senado Federal, é um exemplo, afirmando que persiste no setor público quantidade considerável de obras executadas com base em projetos básicos desatualizados, omissos, deficientes e incompletos.¹¹¹ Vai na mesma linha o voto do Ministro do TCU Walton Alencar, no Acórdão 2.888/2009-Plenário, quando, avaliando as principais obras aeroportuárias geridas pela INFRAERO, proclama que acabaram por reclamar revisões amplas e profundas do objeto contratado e elaboração de incontáveis termos aditivos em razão de não contarem com projetos básicos consistentes. Assevera o Ministro que “a principal causa de irregularidades foi a deficiência na elaboração dos projetos”.¹¹²

A deficiência dos projetos, no contexto de obras públicas, é demonstrada pelo predomínio de irregularidades nessa etapa, como se observa no quadro abaixo, baseado no Plano de Fiscalização de Obras (Fiscobras) de 2017, do TCU:

¹¹⁰ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. Op. cit. p. 232.

¹¹¹ BRASIL. Senado Federal. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Nota Técnica 126/2011. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/lido/2012/elaboracao/projeto-de-lei/440-notas-tecnicas-e-estudos/450-nota-tecnica-126_2011-pdf/at_download/file>. Acesso em: 23 maio 2018.

¹¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.888/2009. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar. Sessão de 02/12/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=28669>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

QUADRO 3 – ACHADOS MAIS RECORRENTES POR FISCALIZAÇÃO

Área de ocorrência	Ocorrências
Projeto inexistente, deficiente ou desatualizado	36
Sobrepço/superfaturamento	29
Descumprimento do cronograma físico-financeiro do objeto	29
Outras irregularidades na execução do contrato	26
Aditivos irregulares, injustificados ou não celebrados	22
Fiscalização contratual inexistente ou deficiente	20
Objeto entregue com qualidade deficiente ou em desacordo com o licitado e com a legislação	19
Liquidação e/ou pagamento irregular da despesa	14
Gestão temerária	12
Atraso ou paralisação da obra por ação ou omissão do gestor	10
Garantia contratual inexistente	9
Outros	101

Fonte: adaptação de Fiscobras 2017, TCU¹¹³

Corroborar essa representatividade estudo realizado por Bruno Cesar Gurski e José Edmilson Souza-Lima que, analisando os Fiscobras de 2011 a 2016, encontraram mais de 109 achados¹¹⁴ relacionados a projetos básico e executivo, número inferior apenas aos achados referentes à execução de obras (124,5), num total de 10 áreas de ocorrência.¹¹⁵

Argumenta-se que os problemas enfrentados pela Administração no âmbito dos regimes tradicionais decorrem frequentemente do fato de o projeto e a execução propriamente dita serem realizados por pessoas distintas, o que implica menor responsabilidade do projetista ante o produto final recebido pelo Poder Público. Isso ocorre devido ao “jogo de empurra” entre aquele que elabora o projeto básico e aquele que o executa, que possuem interesses desalinhados.¹¹⁶ Lembrando que o elaborador do projeto básico pode ser tanto o Poder Público quanto outra empresa privada.

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.449/2017. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 08/11/2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A26023389001611E01F6B40A3E>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹¹⁴ Achado é qualquer fato significativo, digno de relato, e decorre da comparação da situação encontrada (ou condição, o que é) com o critério (o que deveria ser), e deve ser devidamente comprovado por evidências. O achado normalmente é negativo, quando revela impropriedade ou irregularidade. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Glossário de Termos do Controle Externo. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBAC9E2994CFD>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹¹⁵ GURSKI, Bruno Cesar. SOUZA-LIMA, José Edmilson. Grandes obras públicas no Brasil: situação e implicações na governança brasileira. Revista de Direito da Cidade, vol. 10, n. 1, 2018. p. 200-201.

¹¹⁶ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

Em vista da complexidade e tecnologia existentes no mercado, o servidor público não consegue adquirir o conhecimento suficiente para produzir um PB com o nível de detalhamento exigido pela lei e pelos órgãos de controle e termina sendo multado por inadequação dos projetos. Entende-se, portanto, que a elaboração de PB e execução da obra pela mesma empresa passou a ser permitida na CI por uma grave carência na elaboração do projeto básico.¹¹⁷

A transferência do encargo de elaborar o PB ao particular, contudo, traz diversos desafios. No intuito de melhor explorá-los, esta seção será dividida em três tópicos, quais sejam: os desafios do julgamento das propostas, os desafios da aprovação do projeto básico e os problemas de licitar com anteprojeto.

a) Os desafios do julgamento das propostas

Alega-se que a escolha pela CI traz implícito o reconhecimento de que a Administração não tem condições de elaborar, com seus próprios meios, o projeto básico, mas que possui a necessária capacidade – na figura dos agentes públicos – para arcar com a responsabilidade pela confecção do correspondente anteprojeto.¹¹⁸

Contudo, esse entendimento, largamente citado na doutrina,¹¹⁹ vai de encontro ao que relata o estudo empreendido pela CGU. De acordo com o órgão, a maior parte dos anteprojetos utilizados nos certames em regime de CI foram licitados, ou seja, elaborados por particulares, à similaridade do que ocorria com o PB nos regimes tradicionais.¹²⁰

Seguindo o raciocínio, o fato de a Administração licitar a confecção do anteprojeto atesta que não há a estrutura devida ou a necessária qualificação de seu próprio pessoal para

¹¹⁷ 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: 18 jul. 2018.

¹¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A contratação integrada no RDC e seus regimes preferenciais de execução de obra ou serviço. Op. cit.

¹¹⁹ “(...) **incumbirá a eles (agentes públicos) a elaboração do anteprojeto de engenharia** que balizará as propostas dos licitantes, bem como o julgamento das propostas apresentadas (...) não está clara qual a distância entre o anteprojeto de engenharia elaborado pelo Governo e o projeto básico confeccionado pela empresa” (grifo nosso). NÓBREGA, Marcos. Op. cit. “Tal inovação faz com **que a Administração Pública seja responsável apenas pela elaboração e disponibilização do anteprojeto**” (grifo nosso). MASTRODI, Josué; SOUZA, Juliana Simões de. Da Lei Geral de Licitações ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas: um estudo sobre a modalidade e contratação integrada. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 177-196, abr./jun. 2016. “**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” (grifo nosso). PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A contratação integrada no RDC e seus regimes preferenciais de execução de obra ou serviço. Op. cit.

¹²⁰ “[...] em todas as contratações integradas analisadas até a presente data, os anteprojetos foram desenvolvidos, ao menos em parte, por empresas contratadas”. BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

que o elabore por seus próprios meios. Sem essa capacidade, corre-se risco de que, quando adotada a CI, modalidade associada a metodologias inovadoras de projeto e execução, o julgamento das propostas por parte da Administração careça de qualidade, tornando-se precário. Manifesta-se nesse sentido a Câmara dos Deputados, na NT n. 21/2015, quando alerta para eventuais deficiências organizacionais e de pessoal qualificado nos órgãos para fazerem a adequada avaliação dos projetos apresentados, tarefa que exige a comparação de soluções de engenharia desenvolvidas com outras apenas concebidas.¹²¹

De fato, os concorrentes não serão avaliados pela execução de um mesmo objeto, já que cada um apresentará proposta para uma obra a ser realizada conforme seu próprio projeto. Mesmo que todos tenham se baseados no anteprojeto da Administração, não há nenhuma relação direta entre as propostas. Cada uma apresentará singularidades, parâmetros técnicos e preço, estipulados de acordo com seu projeto, que pouca relação possui com os demais,¹²² uma vez que há várias formas de atender aos requisitos de performance estabelecidos pelo Poder Público.¹²³ Tudo isso torna a tarefa de avaliação muito mais complexa.

A falta de expertise suficiente, por parte do Poder Público, para detectar o grau de acuidade dos designs apresentados enseja o risco do *subdesign*, quando uma empresa elabora um projeto pouco aperfeiçoado e de confecção mais barata devido ao risco de não se sagrar vencedora do certame pela ausência de capacidade de compreensão de seus métodos diferenciados pelo julgador.¹²⁴ O *subdesign* decorre, também, da própria estrutura de incentivos da CI, que sugere um **conflito de interesses** entre Administração e particular, por ser fixo o preço do empreendimento. O construtor deseja executar o objeto ao menor custo possível, já o órgão deseja a maior qualidade, durabilidade e desempenho.¹²⁵

É diferente o caso da CI e o das concessões de serviço público. Apesar da transferência da responsabilidade pela elaboração do PB ao particular ocorrer em ambas, nessas, as próprias concessionárias irão manter o objeto por todo o contrato, sendo elas as primeiras interessadas na qualidade do empreendimento, arcando com seus custos de manutenção e operação.¹²⁶ Há,

¹²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

¹²² MASTRODI, Josué; SOUZA, Juliana Simões de. Op. cit.

¹²³ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 168.

¹²⁶ André Baeta entende que apesar de não haver previsão legal nesse sentido, tal possibilidade não é vedada. Ressalta-se, apenas, que a possibilidade de o particular ser responsável pela manutenção e operação do empreendimento por até cinco anos na CI foi objeto de discussões no parlamento brasileiro, estando presente na

portanto, um desincentivo natural ao subinvestimento e uma expectativa de que o concessionário calcule, utilizando-se de sua expertise no setor, a melhor relação entre investimento inicial e investimento posterior – um *trade off*¹²⁷ – gerando ganhos de eficiência.

Na CI, após a obra e a entrega do objeto em pronta operação, o Poder Público passa a ser o responsável por todas as despesas¹²⁸, ou seja, o contratado não é responsável pela manutenção e operação do empreendimento ao longo de sua vida útil, sem incentivos, portanto, à realização de um empreendimento de boa qualidade. Logo, como apenas os encargos de conceber e construir a infraestrutura são transferidos ao contratado, ele tenderá a optar por soluções que lhe tragam vantagens econômicas imediatas, ainda que isso se dê em detrimento da posterior manutenção.¹²⁹

Entende-se que uma forma de tornar a contratação integrada técnica e economicamente justificável é transferir ao contratado a responsabilidade por manter e operar a obra por algum tempo, pois esse seria o modo de compensar a falta de projeto básico e proteger o Poder Público contra a delegação de decisões importantes ao particular.¹³⁰ A Administração pode utilizar, portanto, a coordenação dos encargos contratuais, especialmente a manutenção e operação, como mecanismo de incentivo ao comprometimento mais intenso do parceiro privado. Como não há vedação legal a essa prática, parece deveras salutar e coerente com o modelo essa ampliação de responsabilidades. Em outras palavras, não se faz, aqui, proposta *de lege ferenda*, uma vez que o atual ordenamento jurídico permite a mencionada conjunção de responsabilidades.

Exemplo disso são os contratos Crema do DNIT, que conjugam intervenções de restauração nos pavimentos com a posterior conservação e manutenção dos trechos rodoviários. Tais contratos jamais tiveram sua legalidade questionada pelo TCU nesse aspecto.¹³¹ Contudo,

MP n. 630/2013, mas quando da conversão em lei, tal dispositivo foi rejeitado (a MP como um todo foi rejeitada). Ibidem. p. 170.

¹²⁷ Uma relação de troca, na qual para aumento de uma das variáveis, ocorrerá a redução da outra.

¹²⁸ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 318.

¹²⁹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. in JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 164-165.

¹³⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 41.

¹³¹ BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 169-170.

no caso específico do RDC, por força do art. 39¹³² dessa Lei, que faz alusão à LGL¹³³, incide, em regra, a limitação de 60 meses como prazo contratual máximo.¹³⁴

Realizado o julgamento das propostas e finalizada a licitação, surge um novo desafio, que é analisar e aprovar o projeto básico apresentado pelo licitante vencedor.

b) Os desafios da aprovação do projeto básico

Além do julgamento das propostas, outra fase de suma importância no processo da contratação integrada é aprovação do projeto básico. O ato de aprovação deve explicitar os seus motivos de forma clara e congruente, em virtude do princípio da motivação obrigatória, sob a forma de declaração de concordância fundamentada em pareceres, informações, laudos e relatórios técnicos, que passarão a integrar a estrutura do ato e o vinculam a sua veracidade e idoneidade.¹³⁵ A esse respeito, o Decreto n. 7581/2011 assim dispõe:

Art. 66. Nos contratos de obras e serviços de engenharia, a execução de cada etapa será precedida de projeto executivo para a etapa e da conclusão e aprovação, pelo órgão ou entidade contratante, dos trabalhos relativos às etapas anteriores.

§ 2º No caso da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei n. 12.462, de 2011, a análise e a aceitação do projeto deverá limitar-se a sua adequação técnica em relação aos parâmetros definidos no instrumento convocatório, em conformidade com o art. 74, devendo ser assegurado que as parcelas desembolsadas observem ao cronograma financeiro apresentado na forma do art. 40, § 3º.

§ 3º A aceitação a que se refere o § 2º não enseja a assunção de qualquer responsabilidade técnica sobre o projeto pelo órgão ou entidade contratante.¹³⁶

Os dois parágrafos transcritos devem ser lidos com cuidado e merecem maior detalhamento. O §2º, que restringe a análise e aceitação do projeto à sua adequação técnica a parâmetros definidos no instrumento convocatório, não afasta uma verificação mais abrangente da pertinência do que foi projetado às necessidades do Poder Público, sendo perfeitamente possível sua rejeição. O princípio valorado é a obtenção da proposta mais vantajosa. Um projeto com tecnologia ou metodologia que apresente comprometimento de desempenho ou de

¹³² Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

¹³³ Art. 57, II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses. BRASIL. Lei Federal n. 8666/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017.

¹³⁴ PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Op. cit. p. 165.

¹³⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, DOTI, Marinês Restelatto. Regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia no RDC: o “Padrão FIFA” é legítimo?. Op. cit.

¹³⁶ BRASIL. Decreto n. 7581/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

segurança, ou que se desvie dos comandos do edital, não deverá ser aprovado.¹³⁷ Existe o risco, portanto, de o PB elaborado pelo licitante vencedor não apresentar soluções técnicas, operacionais ou de manutenção compatíveis com aquelas concebidas nos estudos preliminares e no anteprojeto.¹³⁸

Ao obter a aprovação do PB pela Administração, o contratado terá espaço para alegar que a responsabilidade pelo não atendimento de determinados parâmetros não é sua, mas do Poder Público.¹³⁹ Isso leva ao §3º, uma vez que a avaliação de responsabilidade do administrador público, não obstante o comando legal, deve plasmar-se num juízo de boa-fé objetiva, analisando-se se um fiscal mediano e diligente seria capaz de observar os erros constantes do projeto no ato de aprovação.¹⁴⁰

Há quem se posicione, inclusive, pela responsabilidade solidária da autoridade que aprova o projeto básico. Alega-se que o ato de aprovação do PB, ao atestar que os respectivos termos e condições são aptos à consecução das finalidades almejadas, traz a responsabilidade solidária com os elaboradores por vícios existentes.¹⁴¹ Entende-se, aqui, que não há como firmar esse entendimento *a priori*, sendo necessária análise específica dos casos concretos e da possível ocorrência de má-fé, mas, de fato, a responsabilização solidária, em situações extremas, é possível.

Tanto o dever de cuidado na aprovação do PB quanto o conflito de interesse relacionado ao *subdesign* estão bem demonstrados no Acórdão 1671/2017-TCU-Plenário, segundo o qual determinado consórcio de engenharia encaminhou ao DNIT projeto básico que não atendia aos níveis de serviço e condições operacionais de segurança da rodovia BR-381/MG.¹⁴²

O PB apresentado continha curvas mais perigosas, vinte delas com raio inferior a 230 metros (relativo ao padrão da via), quando o anteprojeto continha apenas duas. Além disso, o projeto básico apresentava maior quantidade de subidas e descidas, com aumento de sua inclinação além do máximo permitido, sendo, em determinados trechos, inferior às condições

¹³⁷ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 318.

¹³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

¹³⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 50.

¹⁴⁰ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 318.

¹⁴¹ Ibidem, p. 318.

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1671/2014. Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Sessão de 25/06/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=501520>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

da estrada antes da obra. Tal configuração acarretou maior custo aos usuários, tanto em retenções de tráfego quanto em aumento de consumo de combustível, pelo maior esforço dos motores dos veículos.¹⁴³ Essas alterações, naturalmente, diminuiriam os custos do contratado.

No caso apresentado, o DNIT foi capaz de detectar a inadequação do projeto e, conseqüentemente, não o aprovou, mas, dependendo da estrutura do órgão público, pode ser necessário empregar consultores privados para ajudar tanto na escolha da proposta mais vantajosa quanto na aprovação posterior do PB, enfraquecendo a economia de tempo e recursos supostamente ocasionada pela concentração design-construção estabelecida pela CI.¹⁴⁴

A aprovação, portanto, exige a necessária qualificação dos profissionais responsáveis, para que sejam capazes de avaliar propostas complexas e com metodologias distintas e inovadoras.¹⁴⁵ A esse respeito, assevera a CGU que essa tarefa é, inegavelmente, um desafio para a equipe responsável, uma vez que o contratado tentará adotar soluções mais arrojadas a fim de diminuir seus custos com a obra, cabendo ao corpo técnico zelar para que essas alterações não comprometam os parâmetros de desempenho previstos no edital.¹⁴⁶ Contudo, mesmo nos entes governamentais com maior capacidade técnica não há incentivos ou preparação para a análise adequada dos projetos.¹⁴⁷

Pelo exposto, vê-se que tanto a análise das propostas, na fase de julgamento, quanto a posterior aprovação do PB são atribuições deveras desafiadoras à Administração, que fragilizam os supostos benefícios da transferência do encargo de elaboração do PB na CI. Contudo, não são apenas esses os problemas. A licitação com anteprojeto também é objeto de polêmica.

c) Os problemas de licitar com anteprojeto

Além dos desafios relacionados ao julgamento das propostas e à posterior aprovação do projeto básico, o simples fato de licitar apenas com anteprojeto já traz certos problemas.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

¹⁴⁵ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 318.

¹⁴⁶ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 42.

A PGR, na ADI n. 4655¹⁴⁸, insurgiu-se contra a realização de licitações baseadas em anteprojeto, associando a ausência de projeto básico à ausência de clareza na definição do objeto da licitação, o que atentaria contra os princípios da isonomia e da proposta mais vantajosa para o Poder Público.¹⁴⁹ A ausência de projetos básicos desenvolvidos a partir de programas de necessidades consistentes suprimiria informações relevantes aos interessados para avaliação de riscos e dos reais custos do empreendimento,¹⁵⁰ trazendo maior imprecisão dos orçamentos, menos informações aos concorrentes e, conseqüentemente, mais riscos e incertezas quanto ao real valor da obra.¹⁵¹

De fato, tanto a realização quanto a licitação do anteprojeto apresentam-se como pontos problemáticos da contratação integrada. O estudo empreendido pelo TCU mostrou que aproximadamente 38% de todas as irregularidades verificadas em processos que envolveram a CI estavam relacionadas ao anteprojeto de engenharia, envolvendo deficiências técnicas do objeto a ser contratado e indícios de fragilidades no orçamento, com possibilidade de sobrepreço e superfaturamento.¹⁵²

Já de acordo com a CGU, um dos maiores riscos da contratação integrada, ao menos do ponto de vista do controle, é a dificuldade de se obter um preço de referência adequado, partindo-se de um anteprojeto pouco desenvolvido. A falta de profundo conhecimento sobre as características topográficas, geotécnicas, hidrológicas, ambientais, populacionais, econômicas, além da pouca maturidade do projeto, podem levar à escolha de soluções distantes das mais vantajosas. Segundo o órgão, a possibilidade de se incorrer em erros de estimativa de custos em projetos menos desenvolvidos é muito mais significativa.¹⁵³

Para melhor compreender os riscos relacionados à orçamentação no anteprojeto, é mister explicar de que forma esse processo ocorre nos demais regimes. A regra geral de

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.655/DF. Relator: FUX, Luiz. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁴⁹ Visão oposta é colocada por Roberta Benatti: “[...] não é falta de projeto básico que se apresenta como fator de aumento ao grau de incertezas entre partes, mas sim a licitação apoiada em instrumento referencial deficitário”. BENATTI, Roberta Moraes Dias. Op. cit.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Romiro. O calcanhar de Aquiles do regime diferenciado de contratações - RDC. Nota Técnica n. 13/2013 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21279/calcanhar_aquiles_ribeiro.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 jul. 2018.

¹⁵¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

¹⁵³ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

orçamentação no RDC (que exclui a CI) aponta que o custo global de obras e serviços de engenharia será obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no **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.

Caso não seja possível estimar os custos da forma supracitada, poderão ser utilizados 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.¹⁵⁴

Nesses regimes, o instrumento convocatório será integrado por projeto básico, do qual constará **orçamento detalhado** do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, baseados, majoritariamente, no Sicro e no Sinapi. Esse será o parâmetro de aceitabilidade das propostas dos licitantes, com alguma variação entre os regimes.¹⁵⁵

Na CI, porém, uma vez que não há PB no momento da contratação, o **orçamento estimativo** é que servirá como critério de aceitabilidade das propostas, e será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento

¹⁵⁴ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

¹⁵⁵ Priorizam-se os custos unitários na EPC e há maior flexibilidade nos regimes por preço global fixo, como EPG e EI. No caso específico da CI, deverão ser previstos no instrumento convocatório critérios de aceitabilidade por etapa, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado e compatíveis com o cronograma físico do objeto licitado. Para uma explicação sucinta da forma de precificação nos demais regimes, vide MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit.

sintético¹⁵⁶ ou metodologia expedita¹⁵⁷ ou paramétrica.¹⁵⁸ Além disso, o licitante que ofertar a melhor proposta deverá apresentar o valor do lance vencedor distribuído pelas etapas do cronograma físico, definido no ato de convocação.¹⁵⁹

Sobre a utilização desses métodos, assenta a jurisprudência do TCU que, na CI, nos casos em que o anteprojeto assim o permitir, as estimativas de preço devem se basear em orçamento sintético tão detalhado quanto possível, balizado no Sinapi ou no Sicro, devidamente adaptadas às condições particulares da obra. Ou seja, esse método é preferencial, devendo a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada baseada em outras obras similares serem utilizadas somente nas frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.¹⁶⁰

Contudo, para a CGU, apesar de salutar, essas determinações do TCU não são suficientes para vencer o problema, porque a maior parte da incerteza relacionada aos custos na CI advém da falta de estudos e desenvolvimento das soluções de projeto, e não da metodologia de orçamentação em si.¹⁶¹ Argumenta-se que a ausência de projeto básico prévio pode propiciar dificuldades em relação ao dimensionamento dos custos envolvidos na contratação, impedindo a confecção de orçamentos confiáveis, gerando efeitos desastrosos se aplicado sem certas

¹⁵⁶ Como a Lei não conceitua os tipos de orçamentação, utiliza-se os parâmetros da Orientação Técnica (OT) IRB 004/2012, segundo a qual o orçamento sintético é “composto pela descrição, unidade de medida, preço unitário e quantidade dos principais serviços da obra, elaborado com base no anteprojeto de engenharia. Pressupõe o levantamento de quantidades e requer pesquisa de preços dos principais insumos e serviços”. IBRAOP - Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas. Orientação Técnica OT-IBR 004/2012. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_IBR0042012.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018. Ou seja, dependendo do nível de detalhamento do anteprojeto, o orçamento sintético é verdadeira planilha orçamentária da obra, devendo ser balizado pelo Sicro e pelo Sinapi. Apenas quando não for possível a completa identificação, discriminação e quantificação dos serviços é que o valor estimado deve se utilizar das metodologias expeditas e paramétricas. BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 195.

¹⁵⁷ A metodologia expedita ou de ordem de grandeza é uma estimativa aproximada, sem utilização de dados detalhados de engenharia, baseada em custos de investimento por unidade de capacidade, normalmente realizada nas etapas iniciais do empreendimento e menos precisa que o orçamento sintético. Esse método usa macro indicadores de custos médios por unidade, como: custo por m² de área construída em uma edificação; custo por assento em um estádio de futebol; ou custo por MW de potência instalada em obras de geração de energia (hidroelétricas, por exemplo). Ibidem, p. 195-196.

¹⁵⁸ A metodologia paramétrica baseia-se em levantamentos preliminares obtidos com base no anteprojeto e utilização de bancos de dados alimentados com parâmetros de obras semelhantes ou outras referências de preço, no intuito de separar as principais parcelas ou etapas da obra em termos de custo. É utilizada quando em um estágio mais avançado que a metodologia expedita e, por isso, é mais precisa. Fica, portanto, entre os métodos apresentados anteriormente, em termos de precisão. Idem p. 196.

¹⁵⁹ BRASIL. Decreto n. 7581/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1510/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 19/06/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=474304>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁶¹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

cautelais fundamentais.¹⁶² A complicação adviria da imprecisão decorrente das formas de elaboração do orçamento (sintética, expedita ou parametrizada), que traz insegurança aos licitantes e aumenta a possibilidade de conflitos, podendo gerar subestimativa ou superestimativa do orçamento, que ocasionam desequilíbrio econômico-financeiro e superfaturamento, respectivamente.¹⁶³

Exemplo de concretização desse risco ocorreu na obra da BR-440/MG, cujo valor inicial estimado pelo DNIT era de R\$ 46.045.820,43. Posteriormente, a CGU orçou a obra novamente utilizando os mesmos preços unitários do DNIT, mas dessa vez com a solução proposta pelo particular. A diferença de preço entre o valor estimado pela CGU e o preço de referência da licitação foi R\$ 14.581.604,82.¹⁶⁴

De fato, a estimativa de custos com menor precisão, como ocorre na CI, pode redundar em solução inadequada e gastos desnecessários, que apenas beneficiam o particular. Isso decorre da ampliação da assimetria de informação entre as partes, o que é patente no exemplo acima citado uma vez que a empresa vencedora do certame executou anteriormente as obras de duplicação no trecho. No caso, como o desconto ofertado na licitação foi de apenas R\$ 145.820,43 (0,32% em relação ao valor inicial estimado), praticamente toda a economia beneficiou apenas o parceiro privado.¹⁶⁵

Em suma, além das dificuldades relacionadas ao julgamento das propostas e à posterior aprovação do PB, a licitação com base em anteprojeto também pode trazer problemas, especialmente relacionados a superestimativas de custos, que oneram o Poder Público excessivamente. Todos os pontos analisados nesta seção estão intimamente relacionados à transferência dos riscos da execução da obra ao particular, quesito analisado no item a seguir.

1.4.2 A transferência de riscos ao particular

A transferência ao contratado do encargo de elaborar o projeto básico, a partir das diretrizes do anteprojeto de engenharia fornecido pela Administração, ocasiona a transferência dos riscos correspondentes. Em contrapartida, possibilita a concepção de solução técnica mais adequada ao objeto, uma vez que reduz as assimetrias entre projeto licitado e projeto executado,

¹⁶² MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit.

¹⁶³ RIBEIRO, Romiro. A lenta evolução da gestão de obras públicas no Brasil. E-legis, v. 5, n. 8, 2012. p. 98-99.

¹⁶⁴ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

¹⁶⁵ Ibidem.

principalmente em obras que envolvam inovação tecnológica ou técnica, a possibilidade de execução com diferentes metodologias, ou com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Os riscos podem ser entendidos como a possibilidade de ocorrência de eventos desfavoráveis que oneram os encargos contratuais de uma ou ambas as partes e podem ser classificados em: riscos associados à deficiência nos projetos, riscos ambientais, riscos de variação cambial, entre uma infinidade de outros tipos.¹⁶⁶

Deve-se ter em mente, contudo, que as vantagens provenientes da adoção da CI devem compensar a transferência de riscos, uma vez que mais riscos transferidos significam, em geral, custos maiores. O empreendimento deve apresentar uma complexidade mínima que viabilize a apropriação da expertise do particular e que enseje uma real competição, em termos de solução, capaz de render benefícios para o setor público.¹⁶⁷ Essa demonstração é fundamental para motivar a utilização do novo regime, sendo que, no caso de obra ou serviço de engenharia com uma simplicidade que permita à própria Administração chegar à solução ideal, não se justifica esse direcionamento de riscos ao particular.¹⁶⁸

A Administração deve buscar a expertise do particular e remeter a ele os riscos ligados à concepção do que será contratado, portanto, no caso de prestações de maior complexidade.¹⁶⁹ Essa ideia está em consonância com a alocação eficiente dos recursos, quando os riscos são assumidos pelo *cheapest cost avoider*, ou seja, a gestão do risco é direcionada para aquele que pode gerenciá-lo com o menor custo.¹⁷⁰

Para compensar a maior transferência de riscos ao particular, o Lei do RDC, em seu art. 9º, instituiu a taxa de risco:

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:

¹⁶⁶ BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 153-154.

¹⁶⁷ De acordo com o TCU, a CI “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”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2725/2016. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 26/20/2016. Disponível <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=547072>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹⁶⁸ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 290.

¹⁶⁹ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. Op. cit. p. 161-179.

¹⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. GUARISSE, João. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). O Direito e Economia no Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 168.

[...]

§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.¹⁷¹

Sobre esse instituto, o Decreto n. 7.581/2011 assim dispõe:

Art. 75. O orçamento e o preço total para a contratação serão estimados com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em contratações similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

§1º Na elaboração do orçamento estimado na forma prevista no caput, poderá ser considerada taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, devendo a referida taxa ser motivada de acordo com metodologia definida em ato do Ministério supervisor ou da entidade contratante.

§2º A taxa de risco a que se refere o § 1º não integrará a parcela de benefícios e despesas indiretas - BDI do orçamento estimado, devendo ser considerada apenas para efeito de análise de aceitabilidade das propostas ofertadas no processo licitatório.¹⁷²

O objetivo da taxa de risco, portanto, é compensar parcela do risco transferido ao contratado, decorrente das imprecisões do anteprojeto, como uma espécie de reserva de contingência em razão das possibilidades mais restritas de aditivos. Já sua não inclusão no BDI tem o propósito de afastar sua aplicação em eventuais reequilíbrios ou aditivos, hipótese em que, ocorrido evento superveniente que enseje a alteração contratual, os riscos existentes à época da contratação não devem ser considerados para formação de preços.¹⁷³

A jurisprudência do TCU tem se mostrado favorável a esse instrumento, como se percebe dos seguintes trechos dos Acórdãos n. 3170/2016 e n. 2980/2015, ambos do plenário:

(...) quando se utiliza da contratação integrada, as maiores restrições à celebração de aditivos acarretam maiores riscos para a contratada, a qual deverá assumir os respectivos ônus caso o necessário para a execução do objeto contratado seja além do previsto no anteprojeto de engenharia. **Esses riscos, por certo, deverão ser precificados** pelas licitantes de forma que suas propostas contemplem um adicional a respeito (grifo nosso).¹⁷⁴

A propósito, parece-me que o **legislador agiu acertadamente ao prever uma taxa de risco**, isto é, um montante a ser acrescido ao orçamento estimativo com o intuito de absorver as incertezas decorrentes do grau incipiente de conhecimento da obra, já que no regime de contratação integrada o certame ocorrerá em estágio de concepção anterior ao do projeto básico, o que não pode ser feito para os empreendimentos

¹⁷¹ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

¹⁷² BRASIL. Decreto n. 7581/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

¹⁷³ PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Op. cit. p. 154.

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2980/2015. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 18/11/2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=34015&p2=2012&p3=4>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

regidos pela Lei 8.666/1993, e que, em regra, nesse modelo, é vedada a celebração de aditivos, conforme prescrição do art. 9º, § 4º, da Lei 12.462/2011 (grifo nosso).¹⁷⁵

No âmbito da decisão referente ao último trecho transcrito, contudo, observou-se que, para o êxito da contratação, de nada adianta a previsão em abstrato de uma taxa de risco, se o seu cálculo não for adequado. Por isso, enfatizou-se a necessidade de aperfeiçoamentos da metodologia de estimativa de riscos utilizada pelo DNIT, entre os quais se destaca a necessidade de se excluírem da amostra as contratações por preço unitário, pois seguem uma dinâmica diversa, inserindo falhas no sistema de análise.¹⁷⁶

Deve o DNIT, também, ampliar a base de dados de contratações integradas, para que sejam consideradas peculiaridades das obras executadas nesse regime, tal como a tendência de ocorrência do chamado aditivo negativo – estratégia do contratado de minimizar os custos da execução, aproveitando-se de lacunas do anteprojeto, cuja propensão à ocorrência é significativa.¹⁷⁷

Conclui-se, portanto, que a taxa de riscos necessita de fundamentação adequada, de forma a justificar a despesa pública proposta, não podendo equivaler a uma “verba” para o que vier a ocorrer.¹⁷⁸ Além disso, a taxa de riscos não deve se basear na média histórica dos aditivos obtidos nos demais regimes, pois estará, nesse caso, apenas reproduzindo o modelo anterior, deixando inócua a diretriz de redução de aditivos.¹⁷⁹

O estabelecimento da taxa de risco e a alocação de responsabilidades como um todo, na CI, precisam de algum parâmetro. Essa repartição de atribuições deve obedecer a certos contornos, constantes da matriz de riscos, objeto do próximo tópico.

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3170/2016. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 07/12/2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=564331>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2312/2017. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman. Sessão de 11/10/2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=602760>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

¹⁷⁹ Essa preocupação decorre da leitura de trecho de matéria publicada no jornal Folha de São Paulo em 13 de maio de 2013: “A partir de agora, o governo insere, já no orçamento do edital, um valor extra para compensar custos que eventualmente surjam durante a execução obra. Esse valor extra, que varia de acordo com o risco estimado pelo governo, é adicionado ao custo da obra e é desembolsado independentemente da ocorrência dos obstáculos. No Dnit (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes), primeiro órgão a adotar a novidade, o extra vai girar em torno de 17%, percentual que é uma média histórica dos aditivos anteriores”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/05/1277581-pressionadoogoverno-aceita-pagar-mais-por-grandes-obras.shtml>>. Acesso em 10 jul 2018.

a) A matriz de riscos como elemento essencial da contratação integrada

Um elemento essencial, quando se trata da repartição dos riscos na contratação integrada, que inclusive aparece no dispositivo referente à taxa de risco, transcrito acima, é a **matriz de riscos**, que pode ser definida como a cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação.¹⁸⁰ Esse instrumento deve conter, no mínimo, as informações constantes do quadro abaixo:

QUADRO 4 – INFORMAÇÕES MÍNIMAS DA MATRIZ DE RISCOS

Listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência.	Estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.	Estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.
--	---	---

Fonte: elaboração própria a partir da Lei n. 13.303/2016, art. 42, X.

A matriz de riscos começou a ser pontuada como elemento importante da contratação integrada, no âmbito da Corte de Contas, no Acórdão 1465/2013-Plenário, que afirmou, quando adotado esse regime, ser **recomendável** inserir matriz de riscos no instrumento convocatório e na minuta contratual, o que tornaria o certame mais transparente e isonômico, assim como conferiria maior segurança jurídica ao contrato.¹⁸¹ A obrigatoriedade ou não da matriz de riscos oscilou na jurisprudência do TCU. Além do posicionamento acima citado, a faculdade da

¹⁸⁰ Nesse ponto, apesar de o DNIT ser uma autarquia e, por isso, não se inserir no âmbito de aplicação da Lei das Estatais, utiliza-se o conceito dessa norma por falta de definições no âmbito do RDC. Além disso, entende-se que há possibilidade de aplicação dessa parte da Lei das Estatais às contratações via RDC por analogia, até porque boa parte dos conceitos constantes da Lei n. 13.303/2016 se basearam em decisões do TCU muitas vezes direcionadas ao DNIT. Por fim, o PL 6814/2017, que, caso aprovado, aplicar-se-á ao âmbito do DNIT, apresenta, em seu art.5º, XXV, conceitos quase idênticos aos aqui transcritos. BRASIL. Lei Federal n. 13.303/2016. Op. cit.

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 1465/2013. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 12/06/2013. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

adoção desse instrumento também se encontra plasmada no Acórdão 2172/2013-TCU-Plenário.¹⁸²

Já o Acórdão 1510/2013-TCU-Plenário se manifestou pela **obrigatoriedade** da matriz de riscos, apontando-a como **requisito** da CI.¹⁸³ No mesmo sentido, foi ainda mais enfático o Acórdão 2980/2015-TCU-Plenário, que asseverou ser **imprescindível**, na CI, a inclusão de matriz de risco detalhada no instrumento convocatório, com alocação a cada signatário dos riscos inerentes ao empreendimento.¹⁸⁴

Interessante observar que, apenas um dia após a prolação do último acórdão citado, a Lei n. 13.190/2015, de forma diversa, selou a **facultatividade**¹⁸⁵ da matriz de riscos: “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 [...]” (grifo nosso).¹⁸⁶

Em que pese o comando legal, entende-se que essa faculdade é inadequada. Uma CI sem a devida elaboração de matriz de riscos fica prejudicada, uma vez que esse instrumento confere segurança jurídica e simetria de informações ao contrato, definindo de maneira clara e objetiva as consequências de eventos futuros, ou seja, se determinado risco consta da matriz como de responsabilidade da Administração, ensejará aditivo; se consta como de responsabilidade do particular, não. Sua ausência, portanto, enseja dúvidas sobre a

¹⁸² “Nos casos em que há incertezas relevantes e mesmo assim se opta pela contratação por preço global, é **recomendável** que, a exemplo da contratação integrada - e, por semelhança, do EPC (Engineering Procurement and Construction) -, a Administração elabore uma matriz de riscos, com vistas à objetivação dos eventos que podem afetar o empreendimento, tais como as imprecisões de projeto ou anteprojeto, prevendo contratualmente a quem caberá suportá-los, se ocorrerem na fase de execução (grifo nosso).” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 2172/2013. Plenário. Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho. Sessão de 14/08/2013. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

¹⁸³ “Nas licitações pelo regime de contratação integrada do RDC há necessidade de utilização de matriz de risco, na repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação” (grifo nosso). BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 1510/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 19/06/2013. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 2980/2015. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 18/11/2015. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

¹⁸⁵ A facultatividade é atestada pela jurisprudência do TCU: “Na contratação integrada do RDC, eventuais ganhos ou encargos oriundos das soluções adotadas pelo contratado na elaboração do projeto básico devem ser auferidos ou suportados única e exclusivamente pelo particular, independentemente da existência de uma matriz de riscos disciplinando a contratação” (grifo nosso). BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 2591/2017. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 22/11/2017. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

possibilidade de realização de aditivos contratuais de forma muito mais acentuada que nos regimes tradicionais, tendo em vista o pouco detalhamento – e consequente maior margem de imprecisão – do anteprojeto. Portanto, em uma proposta *de lege ferenda*, sugere-se que a matriz de riscos se torne obrigatória nas contratações integradas.¹⁸⁷

QUADRO 5 – NÍVEL DE PRECISÃO DE PROJETOS

Precisão	Margem de Erro	Projeto	Elementos Necessários
Baixa	30%	Anteprojeto	Área construída, padrão de acabamento e custo unitário básico
Média	10 a 15%	Projeto Básico	Plantas principais, especificações básicas e preços de referência
Alta	5%	Projeto Executivo	Plantas detalhadas, especificações completas e preços negociados

Fonte: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Obras Públicas, 2013.

Além de dúvidas relacionadas a aditivos, existe um problema anterior. Caso a matriz de riscos não conste do anteprojeto, haverá impacto nas propostas das licitantes, que, diante de situações duvidosas, não saberão se, em suas propostas de preço, alocam determinados riscos para si ou para o Poder Público, o que pode dar ensejo à **seleção adversa**, em que a Administração Pública contratará a pior empresa, justamente aquela que avaliou de forma precária os riscos envolvidos no empreendimento, formulando proposta inexecutável.¹⁸⁸

A seleção adversa é um tipo de assimetria informacional que teve entre seus mais destacados investigadores o economista norte-americano George Akerlof¹⁸⁹ e ocorre quando uma das partes, em um momento pré-contratual, tem dificuldade de obter informações sobre a qualidade específica de um produto ou serviço, conhecendo apenas a qualidade média de determinado mercado. Diante dessa dificuldade, a parte mal informada exigirá um prêmio ou desconto maior para realizar a transação e os vendedores que dispuserem dos melhores produtos não conseguirão o preço devido, e terminarão por sair do mercado, levando a uma queda de sua qualidade média. Esse ciclo continua até que restem apenas os ofertantes de pior qualidade.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Como será relatado adiante, o PL n. 6814/2017 atende, de certa forma, a essa sugestão.

¹⁸⁸ BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 142.

¹⁸⁹ Vide ACKERLOF, George A. The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism. Quarterly Journal of Economics. The MIT Press, vol. 84, n. 3, 1970, p. 488-500

¹⁹⁰ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João. Op. cit. p. 167.

Aplicando esse conceito à CI, a má distribuição de riscos, ou a falta dela, leva à saída dos melhores ofertantes, que provavelmente cobrarão mais caro em vista da sua melhor capacidade de precificar os riscos.¹⁹¹ Os contratados terminarão sendo os piores ofertantes do mercado, que mensuram seus riscos de forma precária e cobram mais barato, levando a consequências indesejadas como: obras inacabadas, construtores em dificuldades financeiras e celebração de aditivos sem amparo legal.¹⁹²

Outro tipo de assimetria informacional cujo entendimento é útil, quando se trata da CI, é o **risco moral**. Esse fenômeno, que ocorre após a celebração do contrato, significa a existência de incentivos para que uma das partes altere seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, sem que essa última possa impedir esse fato de forma efetiva.¹⁹³

Aplicando esse conceito à da CI, após a realização do contrato e devido à imprecisão inerente ao anteprojeto, criam-se incentivos para que o particular não arque com os custos advindos de seus encargos, exigindo aditivos ou utilizando materiais de baixa qualidade, ou seja, comportando-se de forma oportunista. Essa preocupação foi manifestada pela doutrina¹⁹⁴ e também em estudo com construtoras, projetistas e supervisoras, relacionado à CI, no qual os entrevistados afirmaram que, quando adotado esse regime, a construtora poderia elaborar o projeto fazendo uso de equipamentos inadequados, materiais de baixa qualidade e mão de obra desqualificada, tudo para minimizar seus custos.¹⁹⁵

A Lei das Estatais, que não se aplica ao DNIT, levou em conta os pontos aqui discutidos e plasmou a **obrigatoriedade da matriz de riscos** no inciso I, §1º de seu art. 42.¹⁹⁶ Da mesma forma, o Projeto de Lei n. 6.814/2017, que pode vir a ser a nova lei de licitações e contratos, substituindo a LGL, o RDC e a Lei n. 10.520/2002 (Pregão), revogando-os de forma expressa,

¹⁹¹ BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 142.

¹⁹² Ibidem, p. 142.

¹⁹³ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João. Op. cit., p. 167.

¹⁹⁴ Maurício Portugal et al. pontuam que no caso das obras públicas que utilizem a CI, é a Administração que irá mantê-las e operá-las, o que incentiva o uso de insumos de baixa qualidade pelo contratado, com o objetivo de baratear seus custos. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 41. Já Marcelo Dantas Rocha afirma, em relação à CI, que: “as críticas têm seu âmago na questão econômica, especialmente a assimetria de informações, pelo temor de que a imaturidade do anteprojeto possa resultar em obras mais caras, lentas e até mesmo de pior qualidade”: ROCHA, Marcelo Dantas. A proposta da nova Lei Geral de Licitações (PLC n. 6.814/2017) e a experiência da Contratação Integrada. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, p. 30-39, jan. 2018.

¹⁹⁵ ALBUQUERQUE, Ana Elisabete Cavalcanti de; PRIMO Marcos André de Mendes; PEREIRA, Felipe Augusto. Vantagens, Riscos e Desvantagens na Adoção do Método de Contratação Design-build pelo Setor Público Brasileiro. Revista Brasileira de Gestão de Negócios, São Paulo, v. 17, n. 54, p. 828-838, jan./mar. 2015.

¹⁹⁶ BRASIL. Lei Federal n. 13.303/2016. Op. cit.

assevera a obrigatoriedade desse instrumento para obras de grande vulto, ou seja, de valor superior a cem milhões de reais (art. 5º, XX).¹⁹⁷

Contudo, deve-se frisar, ainda, que mesmo a elaboração qualificada da matriz de riscos, com repartição de responsabilidades completa e deferente à lógica econômica, de nada adianta caso litígios administrativos e judiciais sejam decididos de forma irresponsável. É necessário respeitar a repartição de riscos realizada na matriz quando houver conflitos, afinal essa é a função da definição prévia de responsabilidades. Isso é o que se denomina barganha efetiva¹⁹⁸, que consiste nas condições negociadas pelas partes.

Além disso, por óbvio, nem todos os riscos podem ser previstos de maneira prévia, em face da infinidade de intempéries a que está sujeita a relação contratual. Mesmo riscos que são imaginados pelas partes podem não ser explicitados no contrato tendo em vista os custos de negociação. Caso os riscos não tenham sido previamente definidos, ou o tenham sido de forma incompleta, judiciário e órgãos administrativos devem respeitar a lógica econômica da contratação e não distorcer incentivos.

Uma maneira de se fazer isso é recorrendo ao que se denomina barganha hipotética, que consiste nas condições de repartição de riscos que as partes teriam alcançado se houvessem preenchido as lacunas contratuais mediante negociação, transferindo-os para aquele que arca com a responsabilidade de maneira mais eficiente ou menos custosa, de modo que se impute ao contrato as condições que as partes teriam acordado se tivessem barganhado todo o risco relevante.¹⁹⁹ Esse exercício da parte do julgador nem sempre é fácil, mas possibilita resultados melhores que uma simples ponderação de princípios, sem deferência aos aspectos econômicos.

Além da matriz de riscos, outro elemento importante em contratações de maior complexidade são os seguros, que além de possuírem estreita relação com a matriz, servem para “fechar o sistema” da gestão de riscos na contratação.

¹⁹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 6.814/2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/201>. Acesso em: 15 jan. 2018.

¹⁹⁸ Conceito usado por COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2010. p. 226.

¹⁹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2010. p. 226.

b) Os seguros como forma de mitigar os riscos da contratação integrada

A Lei do RDC, em seu art. 4º, inciso IV, traz a seguinte diretriz: “Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) IV - condições de aquisição, **de seguros**, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado (...)” (grifo nosso).²⁰⁰

A utilização de seguros é importante tendo em vista, novamente, a imprecisão decorrente de licitação baseada em anteprojeto e a majoração dos riscos assumidos pelo particular, que, caso não sejam bem dimensionadas – tanto nas propostas dos licitantes quanto pelo próprio Poder Público – podem ocasionar falta de capacidade financeira da empresa para arcar com suas responsabilidades. Os seguros podem contrapor as maiores incertezas, o que é comum no setor privado.²⁰¹

Impõe-se esclarecer que o seguro aqui referido diz respeito ao Seguro Risco de Engenharia (SRE), que não equivale ao Seguro Garantia, previsto na Lei n. 8.666/1993. Esse último é definido no art. 6º, IV, da LGL, como “o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos”.²⁰² Isso significa que a seguradora, em caso de impossibilidade de cumprimento do objeto contratual por parte do particular, tomará as devidas providências para adimplir a obrigação até o limite do termo de seguro. Ou seja, quem é segurado – ou protegido de intempéries –, de fato, é a Administração. Além disso, deve obedecer aos limites de 5% e 10%, previstos na LGL.²⁰³

Já o Seguro Risco de Engenharia é modalidade oferecida pelo mercado privado que **protege a própria empresa de engenharia**, buscando preservar seu patrimônio. O particular resta protegido de eventuais prejuízos ocorridos durante a execução contratual, como: danos a terceiros, incêndio, erros de projeto, responsabilidade civil, entre outros.²⁰⁴ Nesse caso, quando

²⁰⁰ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

²⁰¹ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. RDC e Contratação Integrada na prática: 250 questões fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 304.

²⁰² BRASIL. Lei Federal n. 8666/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017.

²⁰³ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: [...] II - seguro-garantia; [...] § 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. § 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. Ibidem.

²⁰⁴ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 304-308.

houver a devida motivação, baseada na proporcionalidade aos riscos assumidos, não serão aplicáveis os limites de 5% e 10% da LGL.²⁰⁵

Ressalta-se que o PL n. 6.814/2017 inovou nesse aspecto ao prever que a matriz de riscos deve abarcar a contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado. Além disso, ampliou o limite do seguro-garantia para 30% do valor inicial do contrato nas obras e serviços de engenharia de grande vulto, hipótese em que o edital poderá prever a obrigação de apresentação de seguros adicionais.²⁰⁶

Contudo, não basta apenas contratar o SRE. Este documento deve ser suficientemente detalhado, de modo a contemplar os aspectos relevantes do caso concreto. O estudo empreendido pela CGU mostrou que a utilização de SRE pelo DNIT padece de certos problemas, começando pela exigência de que o beneficiário das apólices seja o próprio órgão, quando, como já se disse, esse instituto protege, primariamente, o contratado. Além disso, uma fragilidade sistêmica constatada nos orçamentos do DNIT foi a incidência reiterada da superestimativa dos custos das apólices.²⁰⁷

Outro exemplo de problemas com o SRE consta das obras de restauração e duplicação da BR-163/364/MT, analisadas pelo TCU. Segundo a Corte de Contas, as informações constantes do edital, no tópico referente ao SRE, não possibilitaram visualizar circunstâncias específicas do empreendimento rodoviário, que deveriam compor a apólice de seguro. Essa situação ensejou dúvidas quanto à concretização da vontade da Administração de se resguardar de riscos intrínsecos à contratação da obra.²⁰⁸ Como resposta ao problema, o TCU delineou os contornos devidos de uma apólice de SRE, enumerando vários aspectos e particularidades adotados em modelos do setor privado, apresentados no quadro abaixo:

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2745/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 09/10/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=486492>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

²⁰⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 6.814/2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/201>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²⁰⁷ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1465/2013. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 12/06/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=475003>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

QUADRO 6- CONDIÇÕES DE APÓLICE DO SEGURO RISCOS DE ENGENHARIA

Elementos da apólice de seguro riscos de engenharia
Objetivo do seguro e definições
Riscos cobertos e excluídos
Valores do risco declarado
Limites máximos de indenização
Âmbito geográfico da cobertura
Formas de contratação e limites de responsabilidade
Bens e coisas não compreendidas no seguro
Aviso e procedimentos para reclamação de sinistro
Liquidação de sinistros/indenização
Omissões ou declarações inexatas
Agravação do risco e prazos prescricionais
Aceitação, vigência e cancelamento do contrato
Pagamento do prêmio
Início e fim de responsabilidade
Prejuízos e despesas indenizáveis e não indenizáveis

Fonte: elaboração própria a partir do Relatório do Acórdão 1465/2013-TCU-Plenário

Além de contrapor eventual inadimplemento do objeto, auxiliando a Administração em caso de problemas relativos à capacidade financeira da empresa, trazendo estabilidade para a relação contratual, a utilização de seguros privados serve de **parâmetro para a precificação** dos riscos, contribuindo para a segurança da melhor proposta.²⁰⁹ De fato, precificar os riscos em projetos complexos é um desafio e as seguradoras são *experts* nessa atividade, podendo contribuir para uma diminuição da assimetria informacional enfrentada pela Administração. O valor do risco será, portanto, o quanto é cobrado pelo mercado de seguros para acautelar a incerteza.²¹⁰

A relação entre matriz de riscos, elementos de anteprojeto e seguros forma, nas palavras do Ministro Valmir Campelo, “um tripé de coerência na concepção dos empreendimentos”. Esses itens devem ser idealizados de forma integrada, com planejamento cuidadoso, de forma a, em conjunto, diminuir os riscos da contratação. Quanto maior a liberdade conferida ao particular para inovar e assumir riscos, menor será a necessidade de detalhamento do anteprojeto e maior deverá ser a cobertura de seguros, para contrapor o potencial inadimplemento.²¹¹

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2745/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 09/10/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=486492>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

²¹⁰ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 330.

²¹¹ Ibidem.

Espera-se, ainda, que a seguradora, pelo notório conhecimento do negócio, da expertise em repartição e gerenciamento de riscos e da sua responsabilidade financeira na avença, possa se tornar um agente atuante no âmbito do empreendimento e contribuir para o cumprimento das atribuições por parte do executor da obra.

Após a licitação com base em anteprojeto, com matriz de riscos bem delineada e coerente com a cobertura de seguros, é mister analisar os desafios relacionados à etapa de fiscalização contratual.

c) Os desafios atinentes à fiscalização contratual na contratação integrada

Outro problema associado à transferência de riscos ao particular diz respeito à **fiscalização do contrato**. A fiscalização é um dever da Administração a ser exercitado em prol do interesse público e indispensável ao exercício da cidadania, uma vez que é o meio de garantir o acesso a informações confiáveis à sociedade, além de necessária à execução do objeto com a devida qualidade e aderência às previsões editalícias. Argumenta-se que a contratação integrada, por compreender todas as etapas da obra (do projeto à entrega em operação), transfere o poder fiscalizatório da Administração ao licitante, o que enseja evidente conflito de interesse, uma vez que o particular tem interesse direto na execução ou inexecução do contrato.²¹²

Na verdade, não há, de fato, transferência desse encargo. Ocorre que a fiscalização se torna mais complexa e requer pessoal mais qualificado. O desafio reside na assimetria informacional decorrente da escolha da metodologia pelo contratado, que dispõe de mais informações relativas à execução do objeto e *know-how* para confeccioná-lo, estando em situação favorável em relação ao Poder Público. Logo, na CI, o contratante terá menos condições de fiscalizar o comportamento e o nível de esforço empreendidos na prestação da obrigação.²¹³

Esse conflito encontra assento na teoria da agência, segundo a qual uma parte, denominada agente, deve agir em prol do interesse de uma outra parte, denominada principal, representando-a em um contexto de tomada de decisões, como ocorre em quase todas as estruturas contratuais, por exemplo: relação empregador-empregado, Governo-administrado e administrador-acionista.²¹⁴ Em determinadas situações, o agente tem incentivos para agir

²¹² MASTRODI, Josué; SOUZA, Juliana Simões de. Op. cit.

²¹³ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Op. cit.

²¹⁴ ROSS, Stephen. The Economic theory of Agency: the Principal's Problem. American Economic Review. n. 3, p. 134-139, 1973.

contrariamente ao interesse do principal, sem que este último consiga monitorar ou reprimir adequadamente essa conduta. Quando isso ocorre, o principal acaba por despender recursos no controle do agente, o que aumenta o custo dessa relação.²¹⁵

Isso é exatamente o que ocorre no caso da CI, quando a empresa apresenta projeto – cujos detalhes e repercussões ela conhece melhor que o principal (Poder Público) – que atende primordialmente a seus interesses, como menor custo, e isso dá ensejo a gastos com controle, como capacitação de pessoal ou até contratação de consultores.

Corroborar esse entendimento estudo realizado com gestores do Instituto Federal de Alagoas (IFAL) e da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), que afirmaram, em entrevistas e questionários, que o grau de detalhes do anteprojeto e o trabalho da fiscalização para que todas as especificações sejam cumpridas, quando adotada a CI, é muito maior do que quando se licita com os projetos de engenharia elaborados. Para eles, a grande dificuldade na CI é a fase pós-contratual, ou seja, a fiscalização.²¹⁶ Da mesma forma, pesquisa realizada com o objetivo de facilitar o ranqueamento das empresas de *design-build*, modelo diferente da CI (objeto do item 2.1.1), mas cujas semelhanças aplicam-se ao ponto ora analisado, atestou que, entre as desvantagens desse regime, está o risco de a qualidade do processo e do produto final não poder ser garantida, uma vez que o monitoramento da qualidade não é tão transparente quanto em contratações mais tradicionais.²¹⁷

Em suma, a fiscalização dos contratos na CI é um grande desafio, tendo em vista as metodologias inovadoras e o conhecimento reprimido na empresa gestora do empreendimento. Diante dessa dificuldade, a CGU recomenda atenção e cuidado na elaboração de editais de contratação integrada, especialmente com os critérios de desempenho e como “travar” esses critérios, para evitar a descaracterização do objeto no exclusivo interesse da contratada.²¹⁸

Outra possibilidade de mitigar esse problema é utilizar o instituto da 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

²¹⁵ TIMM, Luciano Benetti. GUARISSE, João. Op. cit. p. 168.

²¹⁶ COSTA, Antônio. SILVA, Mariana. ASSUMPÇÃO, Cleverton. ALMEIDA, Daniel. O regime diferenciado de contratação sob a ótica dos atores envolvidos – dois estudos de caso. Revista Eletrônica de Administração, v. 16, n.1, ed. 30, Jan-Jun 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unifacel.com.br/index.php/rea>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

²¹⁷ ARDITI, David; LEE, Dong-Eun. Assessing the corporate service quality performance of design-build contractors using quality function deployment. Construction Management and Economics, n. 21(2), 2003, p. 175-185.

²¹⁸ Ibidem.

convocatório e no contrato²¹⁹, constante do art. 10 da Lei do RDC. A remuneração variável²²⁰ respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação e será motivada quanto aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado, ao valor a ser pago e ao benefício a ser gerado para a Administração Pública.²²¹

Para que a transferência de riscos gere benefícios, integrando elaboração cuidadosa do anteprojeto, matriz de riscos, detalhada cobertura de seguros e cuidadosa fiscalização contratual, a CI deve ser aplicada apenas a determinados objetos, de complexidade considerável. A delimitação desse escopo de utilização, demonstrada pelo critério de julgamento a ser adotado, é o objeto do próximo tópico.

1.4.3 O escopo de aplicação da contratação integrada

O escopo de aplicação da CI é um de seus pontos mais polêmicos. Foi moldado pela jurisprudência do TCU e, posteriormente, pela Lei n. 12.980/2014, que criou a possibilidade de uso de **outros critérios de julgamentos (a)**, além da técnica e preço; e assentou a hipótese de adoção do regime para objetos com possibilidade de execução por diferentes metodologias, causando dúvidas a respeito do **nível de complexidade (b)** exigido nos empreendimentos licitados.

a) O escopo de aplicação da contratação integrada delimitado pelo critério de julgamento

Uma forma de compreender a celeuma em torno do escopo de aplicação da CI é investigar a evolução da discussão em torno do critério de julgamento a ser adotado quando utilizado esse regime.

Por força do art. 9º da Lei do RDC (§2º, III), então vigente, esse critério deveria ser técnica e preço²²², no qual serão avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório. Por conseguinte, a CI deveria se restringir aos casos abrangidos pelas exigências desse critério:

²¹⁹ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

²²⁰ O aprofundamento desse instituto, especialmente em conjunto com a CI, foge ao escopo desse trabalho. Para uma visão completa do assunto, vide ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit.

²²¹ BRASIL. Decreto n. 7581/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

²²² §2 No caso de contratação integrada: (...) III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

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.²²³

Contudo, a AGU, no Parecer n. 03/2012-AGU/RA,²²⁴ consignou entendimento de que a Administração poderia usar a CI para a contratação de obras e serviços de engenharia, desde que essa opção fosse técnica e economicamente justificável, sendo essa a única condição *sine qua non* para se adotar esse regime e, portanto, não estaria sua utilização condicionada à subsunção às hipóteses dos incisos I e II do art. 20, § 1º do RDC, supratranscritos.²²⁵

No momento da prolação do parecer, vale reforçar, ainda vigia o mencionado inciso III do art. 9º, § 2º, do RDC (nota 220), o que torna a interpretação da AGU *contra legem* e até mesmo curiosa. Explica-se. O dito parecer assume que a Lei “exige que a Administração ao licitar utilize como critério de julgamento a técnica e preço, pois diante da complexidade das propostas (...) seria faticamente impossível (...) apreciá-las de forma objetiva e isonômica caso viesse a utilizar outra forma de julgamento”. Porém, em sua conclusão, de forma contraditória, afirma que as condicionantes desse critério (incisos I e II do art. 20, § 1º), constantes da mesma lei, poderiam ser afastadas, pois teriam o condão de restringir excessivamente o uso da CI.

O TCU posicionou-se de forma diversa. No Acórdão 1510/2013-Plenário, afirmou que para as licitações baseadas no regime de contratação integrada a obra ou o serviço de engenharia

²²³ Ibidem.

²²⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer n. 3/2012 AGU/RA. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/parecer-agu-rdc-contratacao-integrada.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

²²⁵ Posição diametralmente oposta é a assentada por Juliano Heinen: “[...] consideramos impossível que se opte pela contratação integrada. Ela reclama, como condição inexorável, que, para confeccionar o projeto básico, a Administração Pública necessite aplicar tecnologia de que não dispõe. Ou mesmo o referido objeto detenha, em seu contexto, inovações ou conhecimentos técnicos não suportados pelos recursos humanos do Poder Público. Eis porque a contratação integrada não pode ser utilizada somente baseada em um ganho de economicidade”. HEINEN, Juliano. Op. cit.

deve preencher pelo menos um dos requisitos elencados no art. 20, § 1º, da Lei 12.462/2011.²²⁶

Posteriormente, a Lei n. 12.980/2014 revogou a exigência de utilização do critério técnica e preço (inciso III, § 2º, art. 9º da Lei do RDC), possibilitando o uso de outros critérios de julgamento. A alteração legislativa foi justificada da seguinte forma: “a premência da alteração ocorre em função da plena utilização do RDC pelas entidades federais e dos Estados que têm empreendimentos inseridos no PAC, conferindo maior segurança jurídica no uso do referido regime”.²²⁷ A esse respeito, asseverou o TCU que, com a revogação do dispositivo, a CI pode adotar outros critérios de julgamento, não mais se limitando à técnica e preço, sendo possível, **inclusive, o julgamento por menor preço.**²²⁸

Concorda-se com o TCU de que existe a possibilidade legal, mas entende-se que o critério menor preço não condiz com a natureza do regime. Apesar de vozes de peso em contrário,²²⁹ entende-se que a adequação da CI a objetos complexos e a metodologias inovadoras deve se refletir no critério de julgamento, que deve abranger exame detalhado da técnica constante das propostas, não sendo o menor preço critério adequado.

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1510/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 19/06/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=474304>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²²⁷ BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 630/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Exm/EMI-00287-MP-CDU-MJ-SDH-Mpv-630-13-em.doc>. Acesso em: 07 jul. 2018.

²²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1399/2014. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman. Sessão de 28/05/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=495094>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

²²⁹ Como Maurício Portugal et al.: “(...) afirmamos que a exigência de realizar licitações com julgamento de técnica e preço para todas as contratações integradas é fútil como contrabalanço da insegurança criada pela possibilidade de iniciar a licitação com estudos com grau de detalhamento menor que o projeto básico (anteprojeto). Estaríamos melhor se, ao invés de se exigir licitações de técnica e preço, fosse deixado à discricionariedade dos agentes públicos responsáveis por modelar a licitação a definição dos critérios de julgamento”. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 34. E André Baeta “A nosso ver, tal mudança é positiva, na medida em que o uso da licitação do tipo técnica e preço possibilita a adjudicação do objeto a uma licitante que não tenha necessariamente cotado o menor preço no certame, tendo se sagrado vencedora apenas por ter obtido uma elevada nota técnica. Muitas vezes o critério de pontuação estabelecido no instrumento convocatório para o julgamento da proposta técnica nem sempre representa uma real vantagem para o órgão licitante. Em tais situações, a Administração pode escolher uma proposta menos vantajosa, caso o preço da licitante com melhor técnica não for [sic] aquela de menor preço. Troca-se, assim, uma vantagem econômica líquida e certa (o preço) por uma vantagem puramente virtual (a técnica), cuja pontuação foi estabelecida a partir de critérios subjetivos ou baseada em mera apresentação de documentos, que podem não assegurar que a licitante vencedora execute o objeto de forma mais apropriada que a licitante de menor preço”. BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 144.

Nesse ponto, é cabível analogia com a LGL, que só admite licitação de obras por técnica e preço para objetos de grande vulto, majoritariamente dependentes de tecnologias sofisticadas e de domínio restrito, que admitam soluções alternativas e variações significativas em qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis.²³⁰

Esse é justamente o escopo devido da CI, restrita a situações excepcionais, abrangendo particularmente obras de grande vulto e complexidade, em especial aquelas que utilizam tecnologia de ponta,²³¹ corroborando a necessária utilização do critério técnica e preço. Esse critério é único capaz de examinar metodologias diferenciadas de execução e soluções técnicas múltiplas, que serão desenvolvidas posteriormente à licitação e cuja utilização não deve ser indiferente para o Poder Público.²³² Portanto, não apenas os custos de execução das soluções apresentadas devem ser analisados, mas diversos outros encargos, como sua operação e manutenção.²³³

Além disso, a utilização do critério menor preço só é vantajosa, em regra, para objetos idênticos ou de proeminente semelhança²³⁴, o que não é o caso da contratação integrada. No âmbito desse regime, o referido critério traz ao contratante alto risco de inadimplemento, pois abre espaço para a contratação de empresas ou consórcios aventureiros²³⁵, que tenderão a apresentar menores preços ou maiores descontos na fase de lances ou de negociação, em detrimento de concorrentes com maior solidez financeira e participação de mercado, que efetivamente buscarão verificar as condições de exequibilidade da avença.²³⁶ Isso contribui para a antes mencionada seleção adversa, pois esse rol de incentivos acaba por expulsar as melhores empresas e cancelar ofertas abaixo dos custos suportáveis pelo particular, que oferece proposta de reduzido preço na esperança de um aditivo contratual ou da recomposição de suas margens de lucro.²³⁷

Logo, entende-se, fazendo proposta *de lege ferenda*, que a utilização do critério técnica e preço deveria ser obrigatória. A elevação dos riscos transferidos ao particular, que enseja preços mais altos, só se justifica ante outras possibilidades de ganho, necessariamente qualitativos e corolários de uma competição em termos de metodologia, o que só se faz presente

²³⁰ BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 145.

²³¹ Ibidem. p. 148.

²³² ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. Op. cit. p. 127.

²³³ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 253.

²³⁴ Ibidem, p. 42.

²³⁵ BENATTI, Roberta Moraes Dias. Op. cit.

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

apenas no aludido critério, o qual separa a análise técnica da de preço e representa o contrapeso da realização de licitação sem projeto básico.²³⁸

O Acórdão 2507/2016-TCU-Plenário, que analisou as obras da Ferrovia Norte-sul, extensão sul, reforça a linha aqui defendida. O edital referente a essas obras, que optou pela CI, não permitiu a ocorrência de real competição entre as licitantes para concepção de metodologias distintas, pois o critério escolhido foi o de menor preço. Por isso, durante a disputa, não houve formas de se avaliarem melhores soluções ou metodologias e a VALEC (a contratante) terminou por firmar contrato com a empresa que ofereceu o menor preço, independentemente da solução técnica. Ou seja, o TCU atribuiu, nesse caso, a impossibilidade de competição por diferentes metodologias à escolha do critério técnica e preço, o que coloca em xeque a utilização desse critério na CI.²³⁹

Seguindo adiante, um aspecto aventado como problemático na utilização do critério técnica e preço é a suposta subjetividade do julgamento, que poderia ocasionar direcionamentos.²⁴⁰ A esse respeito, é válida a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando afirma que a objetividade absoluta só é garantida, *a priori*, nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando for necessário avaliar qualidade, técnica e rendimento, **muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas**, nem sempre será possível atingir o ideal da extrema objetividade pois, quando as propostas forem muito parecidas nestes atributos, a

²³⁸ Para André Rosilho, uma vez que o edital deve conter anteprojeto de engenharia, que se limita a trazer definições básicas do objeto, e “passa a exigir dos licitantes que suas propostas contemplem os meios para atingir os fins fixados pelo Poder Público (metodologias de execução, etc.), a técnica do proponente passaria, quase que naturalmente, a ser ingrediente fundamental para a seleção da melhor proposta”. ROSILHO, André. Op. cit. Partilham dessa posição, também, Ronny Charles e Michelle Marry: “(...) parece evidente que as nuances de uma pretensão contratual compatível com o regime de contratação integrada envolvem relativa complexidade e apontam certa necessidade de exame específico das soluções técnicas apresentadas, o que justifica a dissociação do julgamento das propostas técnicas e de preço”. MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit. p. 115. Por fim, filiam-se a esse entendimento Daniel Ferreira e José Anacleto Abduch Santos, que antes mesmo da edição da Lei n. 12.980/2014, e se referindo à própria Lei do RDC, já diziam que “Se a nova lei tivesse previsto a possibilidade de emprego do regime de contratação integrada para licitações cujo critério de julgamento fosse o de menor preço, não se hesitaria em afirmar que a norma seria inconstitucional, por risco de violação dos princípios da eficiência, do julgamento objetivo, da impessoalidade, da moralidade, e da economicidade. Constituiria uma impossibilidade jurídica, desvirtuadora do princípio licitatório e da isonomia decidir pelo preço propostas com características técnicas absolutamente diversas”. FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações para a Copa do Mundo e Olimpíadas: comentários sobre algumas inovações da Lei n. 12.462/2011. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 10, n. 117, set. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42726>>. Acesso em 05 jul. 2018.

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2507/2016. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman. Sessão de 28/09/2016 Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=571070>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

²⁴⁰ PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Op. cit. p. 168.

primazia de um deles depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.²⁴¹

Pelo exposto, entende-se que o único critério adequado à CI é a técnica e preço, e que a Lei deveria ser modificada nesse sentido. Passa-se, agora, a outro efeito da Lei n. 12.980/2014.

b) O escopo de aplicação da contratação integrada delimitado pela complexidade do objeto

Além de revogar o III, §2º, do art. 9º da Lei do RDC, a Lei n. 12.980/2014 deixou claro que a **possibilidade de execução com diferentes metodologias** poderia, por si só, justificar a utilização da CI. Reforça-se que antes do advento dessa Lei, a redação então vigente causava dúvidas sobre essa possibilidade, uma vez que remetia o escopo de utilização da CI aos requisitos do critério técnica e preço, que reuniam sob apenas um inciso a “possibilidade de execução com diferentes metodologias” e o “uso de tecnologias de domínio restrito no mercado”.²⁴² A nova, redação, porém, resolveu a questão:

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:

I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias;

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.²⁴³

Ao autorizar, cabalmente, o uso da contratação integrada apenas com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias, dada a excessiva abertura desse comando, a nova Lei desencadeou o delineamento de certas exigências por parte do TCU para a utilização dessa condição.

Em decisão com o qual se está plenamente de acordo, o Ministro do TCU Augusto Sherman assinalou a inadequação de se conferir interpretação literal ao novo dispositivo, uma vez que bastaria a presença de diferenças metodológicas mínimas ou em menor intensidade

²⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 529.

²⁴² §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. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

²⁴³ Ibidem.

entre as diversas soluções possíveis para justificar a utilização da CI. Como praticamente todas as obras e serviços de engenharia podem ser realizados com alguma variação metodológica, em maior ou menor grau, tal interpretação conduziria ao enquadramento de quase todas as obras ou serviços de engenharia no escopo da CI, com generalização do uso desse regime, além de praticamente dispensar a aplicação dos I e III do art. 9º, acima transcritos.²⁴⁴

Nessa linha, resolveu o Plenário do TCU que, para o enquadramento da obra ou serviço de engenharia ao disposto no mencionado inciso II, a “possibilidade de execução mediante diferentes metodologias” deve corresponder a diferenças metodológicas em ordem maior de grandeza e qualidade, capazes de ensejar real concorrência entre as propostas, com ganhos para a Administração, que devem compensar o maior direcionamento de riscos aos particulares, não se prestando tal enquadramento a situações nas quais as diferenças metodológicas sejam mínimas, pouco relevantes ou muito semelhantes, como ocorre nos casos de serviços comuns.²⁴⁵

A Corte de Contas foi ainda mais enfática no Acórdão 2242/2014–Plenário, asseverando que um dos pressupostos necessários para a adoção da CI é que as obras e os serviços de engenharia a serem contratados sejam de alta complexidade.²⁴⁶ Uma vez que praticamente todas as obras e serviços de engenharia podem ser realizados mediante alguma variação de metodologia de execução, a simples presença de diferenças metodológicas nessa fase não justifica o uso da CI. **“Obras de baixa complexidade, portanto, afastam a possibilidade do uso do regime de contratação integrada”** (grifo nosso).²⁴⁷

Essa posição é adequada. A contratação integrada é regime indicado para objetos complexos²⁴⁸ e sem paralelo na experiência usual das atividades de engenharia,²⁴⁹ que demandem metodologias inovadoras, para que haja real benefício na integração entre projeto e construção e possibilidade de absorção de expertise por parte do Poder Público. Exemplos de objetos complexos e específicos são plataformas de perfuração e de extração de petróleo no mar, que envolvem circunstâncias anômalas. Nesses casos, que representam uma pequena fração do total das obras pública, mais razoável do que desenvolver diretamente uma solução

²⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1399/2014. Op. cit.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 2242/2014. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 27/08/2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Posição oposta é apresentada por Juliano Heinen: “[...] a contratação integrada pode ser utilizada quando a obra pode ser feita por duas metodologias, mesmo que ela não seja complexa”. HEINEN, Juliano. Op. cit.

²⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 180-206.

técnica apropriada é atribuir a um particular, titular de conhecimento e experiência específicos, o encargo de conceber a solução integral.²⁵⁰

Em outras palavras, a CI tem um espectro reduzido de utilização, e a opção por esse regime passa necessariamente por uma valoração, que deve mostrar que a possibilidade de execução com metodologias diferenciadas é relevante ao ponto de permitir que as vantagens auferidas pela Administração sobrepujem as incertezas intrínsecas ao modelo, que serão precificadas pelo particular. Essa avaliação está amalgamada às justificativas técnica e econômica e, caso não haja essa ligação entre as metodologias diferenciadas e as justificativas, torna-se prejudicado o cabimento da CI.²⁵¹

A complexidade necessária para que a CI possa ser utilizada se reflete nos **requisitos da motivação** desse regime. Contudo, há certa divergência na Corte de Contas nesse âmbito.

Para os Ministros Walton Alencar e Augusto Sherman, há necessidade de grande rigor na comparação a outros regimes, com exigência, inclusive, de quantificação monetária das vantagens na adoção da CI, como se depreende dos seguintes trechos, extraídos dos acórdãos n. 2725/2016 e n. 1569/2017, respectivamente, ambos do Plenário:

A opção pelo regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias, art. 9º, inciso II, da Lei 12.462/2011, (...) **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 [...] (grifo nosso).²⁵²

A opção pelo regime de contratação integrada exige (...) 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**. (grifo nosso).²⁵³

Considera-se, aqui, que há rigidez exagerada por parte dessa corrente. É mais adequado o entendimento segundo o qual é necessária fundamentação em estudos objetivos que

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ Baseado no parecer do então Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Paulo Bugarin, no âmbito do Acórdão 1388/2016-TCU-Plenário. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1388/2016. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 21/06/2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=547070>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

²⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 2725/2016. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 26/10/2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

²⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 1569/2017. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman. Sessão de 19/07/2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

justifiquem técnica e economicamente a escolha pela CI, mas que não exija quantificação monetária ou demonstração cabal de que os gastos globais com a CI seriam menores que os obtidos com outros regimes. Esse ônus resultará em enorme dificuldade de motivação ao gestor público. Essa posição é compartilhada pelo Ministro-Substituto André de Carvalho:

A opção pelo regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias (art. 9º, inciso II, da Lei 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 (grifo nosso).²⁵⁴

Destaca-se o uso das expressões “expectativa de vantagem” e “quando possível” que melhor se enquadram na realidade da Administração Pública, trazendo em seu bojo a necessária flexibilidade de justificação para a escolha da contratação integrada.²⁵⁵

*

Do exposto, conclui-se que a contratação integrada é regime excepcional, cujo escopo de utilização está restrito a objetos de maior complexidade, sendo inadequada a objetos de simples concepção. Além disso, deve ser utilizado o critério de julgamento técnico e preço, que permite análise mais detida da parte técnica e da diferenciação metodológica de cada concepção proposta, corolário de um regime de execução que tem como principal função a apreensão de qualidade, expertise e inovação do setor privado.

Os três tópicos analisados nesta seção apresentaram a teoria atinente à CI, sempre com a manifestação da opinião do autor sobre cada ponto. Viu-se que a utilização da CI é imbricada, difícil e requer qualificação técnica dos agentes públicos, sendo pertinente apenas em casos

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 460/2017. Plenário. Relator: Ministro-Substituto André de Carvalho. Sessão de 15/03/2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

²⁵⁵ A esse entendimento, mais maleável, filiam-se, também, Ronny Charles e Michele Marry: “Deve-se firmar entendimento de que a justificativa técnica e econômica não necessitará demonstrar que a contratação integrada é o melhor regime ou o único compatível com a pretensão contratual, mas sim pontuar os motivos que conduziram à decisão de atribuir ao licitante contratado a confecção tanto do projeto básico como [sic] o executivo”. MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit. p. 113. Além do Ministro Valmir Campelo, para quem “é necessária a verificação dos ganhos proporcionados pela CI do ponto de vista técnico, comparando-a aos demais regimes, além de “demonstrada — ainda que de forma estimativa e não meramente em forma de declaração — a vantagem econômica auferida, também quando comparada com os demais regimes de execução”. Essa decisão tratava especificamente da contratação integrada, mas o entendimento é passível de extrapolação aos outros regimes preferenciais. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1510/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 19/06/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=474304>>. Acesso em: 19 mar. 2018

muito específicos. O uso desse regime, no entanto, a par de toda a complexidade da teoria aqui apresentada, se dá com base em pressupostos bem objetivos. Passa-se, agora, à investigação desses pressupostos.

Capítulo 2

A VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE ADOÇÃO DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Os principais pressupostos utilizados para embasar a ampliação do uso da CI são: o alinhamento às melhores práticas internacionais; a ausência de aditivos; a redução de prazos das contratações; e a redução de custos para o Poder Público. Contudo, a alusão a esses pontos é feita sem o necessário embasamento empírico. Por isso, decidiu-se testá-los.

A escolha desses pressupostos se baseou, essencialmente, na manifestação da AGU no âmbito da ADI n. 4645, que representa a opinião jurídica do Poder Executivo sobre o então novo regime. Chega-se aos citados quatro pressupostos a partir do seguinte recorte da mencionada manifestação:

QUADRO 7- OS PRESSUPOSTOS DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA NA MANIFESTAÇÃO DA AGU

Trecho da manifestação da AGU	Pressuposto relacionado
[...] percebe-se que o legislador nacional, inspirado em boas práticas do direito comparado, bem como em recomendações de órgãos internacionais, optou por estabelecer um novo marco regulatório para as vultosas contratações necessárias à realização dos citados eventos desportivos, sem incidir em qualquer inconstitucionalidade. Outro ponto, alvo de críticas dos impetrantes, refere-se à contratação integrada prevista no artigo 9º da lei atacada [...]. A inovação desse dispositivo refere-se à possibilidade de a contratação prescindir da elaboração do projeto básico. Trata-se de inovação inspirada no direito norte americano [...].	Alinhamento às melhores práticas internacionais
[...] as contratações integradas implicam ganho de tempo, algo extremamente necessário, considerando a proximidade dos eventos esportivos.	Redução de prazos nas contratações
[...] em vez de dois processos licitatórios – o primeiro tendo por objeto a elaboração do projeto básico e o segundo a execução da obra – tem-se apenas um, para a contratação da empreiteira, fundamentado no anteprojeto de engenharia. Percebe-se, claramente, que a inovação trazida pelo diploma legal importará em ganho de tempo e economia ao erário.	Redução de prazos e de custos nas contratações
[...] a contratação integrada possui uma grande vantagem, pois inviabiliza a celebração de termos aditivos, frequentemente solicitados com base em falhas do projeto básico.	Ausência de aditivos

Fonte: elaboração própria

Esses trechos serão repetidos quando da análise de cada um dos pressupostos, que, salienta-se, são reprisados por parte considerável da doutrina. Contudo, antes de adentrar à verificação dos pressupostos, ressalta-se, preliminarmente, que, apesar de defendida por alguns órgãos públicos, a exemplo de DNIT e AGU, a CI possui críticos contumazes.

A insatisfação com a adoção do regime é manifestada de forma veemente em documento intitulado “As obras públicas e o Direito à Cidade”. Assinado por dez entidades de arquitetura e engenharia, afirma o documento que a falta de projeto completo na licitação de obras é fator determinante para a baixa qualidade e para aumentos de custo e prazo. Alega-se, ainda, que a utilização da CI é o melhor caminho para a consagração da corrupção nos contratos de obras, logo, um erro grave, que não deve ser patrocinado pelo Congresso Nacional.²⁵⁶

Para essa corrente, a CI não trará redução perceptível nos prazos de implantação das obras públicas e reflete a consagração do “jeitinho” brasileiro de fazer obras: sem projeto, planejamento, engenheiro ou qualidade; e com atraso e estouro no orçamento.²⁵⁷ Argumenta-se que a CI foi criada por conveniência e não inspira qualquer preocupação com a proteção à coisa pública. Dotada de inconstitucionalidades, em especial a material, esta modalidade contraria os princípios da universalidade de competidores e da isonomia, devendo ser extirpada em vez de estendida a outras finalidades.²⁵⁸

Também há, contudo, quem defenda esse regime no âmbito doutrinário. Para essa corrente, a contratação integrada apresenta-se como regime potencialmente vantajoso em termos econômicos, uma vez que, apesar do maior esforço para a redação do contrato e da menor competitividade, os custos de transação mais elevados na fase pré-contratual são compensados pela redução de sua materialização, apresentando-se esse regime como potencial redutor de incertezas. Logo, o risco da transferência integral de responsabilidades ao contratado por todo o empreendimento é menor do que o risco de incompletude ou inadequação do anteprojeto e do que o risco de interface entre projeto básico e executivo contratados em licitações distintas.²⁵⁹

Ainda para essa vertente, a contratação integrada pode ser considerada uma evolução no âmbito das contratações, sendo perceptíveis, nas obras de infraestrutura dos grandes eventos esportivos, a eficiência e agilidade dela provenientes.²⁶⁰

²⁵⁶ CAU/BR, et al. As obras públicas e o Direito à Cidade. Disponível em: <<http://www.iab.org.br/sites/default/files/DOCUMENTO%20-%20Proposta%20de%20revis%C3%A3o%20da%208.666.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

²⁵⁷ BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 152.

²⁵⁸ MASTRODI, Josué; SOUZA, Juliana Simões de. Op. cit.

²⁵⁹ BENATTI, Roberta Moraes Dias. Op. cit.

²⁶⁰ 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: 24 abr. 2017.

No intuito de apresentar, investigar e contestar ou confirmar as ideias e opiniões que embasam a adoção desse instituto, este capítulo será dividido da seguinte forma: primeiramente, será abordada a menção a boas práticas internacionais como argumento de defesa da adoção da CI. Esse pressuposto será contestado. Após, será investigado o pressuposto da redução de prazo, que será contestado, assim como, logo em seguida, o pressuposto da redução de custos. Por fim, verificar-se-á o pressuposto da ausência de aditivos, que, após ajustado para apenas uma redução de aditivos, será confirmado.

2.1 A VERIFICAÇÃO DO PRESSUSSPOSTO QUE RELACIONA A CI A BOAS PRÁTICAS INTERNACIONAIS

A manifestação da AGU no âmbito da ADI n. 4645 assevera que o legislador nacional se inspirou em boas práticas do direito comparado e em recomendações de órgão internacionais quando adotou o RDC, sendo que diversas práticas adotadas na novel legislação são usuais na União Europeia e nos Estados Unidos. Especificamente em relação à contratação integrada, diz tratar-se de inovação inspirada no direito norte americano.²⁶¹ Entende-se, aqui, que há problemas nessas considerações.

Segundo a AGU, nos Estados Unidos há duas modalidades principais de contratações de obras públicas, o *design-bid-build* (DBB), semelhante à LGL; e o *design-build* (DB), tido como equivalente à CI.²⁶² A indistinção entre DB e contratação integrada é apontada, também, por parte da doutrina²⁶³, e pelo DNIT²⁶⁴.

O *design-build* (DB) é modelo no qual há integração das responsabilidades de elaboração dos projetos básico e executivo e execução da obra em um único contrato, sob o comando de uma única empresa. Normalmente o DB é contraposto ao DBB, no qual a empresa

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645/DF. Op. cit.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Entre os quais, cita-se Marcos Nóbrega; Ronny Charles e Michelle Marry; e José Antônio Pessoa Neto e Marcelo Correia. “A Contratação Integrada – mais conhecida como Design-Build (DB) – é um método alternativo de execução de determinado objeto”. NÓBREGA, Marcos. Op. cit. “Pode-se dizer que o sistema supramencionado (design-build) equivale à contratação integrada presente na Lei do RDC”. MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit. p. 105-106. A contratação integrada da Lei 12.462/11 corresponde ao modelo contratual conhecido internacionalmente como ‘design-build’”. PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Op. cit. p. 114

²⁶⁴ O DNIT também vê equivalência entre design-build e contratação integrada: “para projetos cujo regime contratual seja o **design-build (contratação integrada)** não se faz necessária a análise qualitativa, ou seja, parte-se da identificação de riscos diretamente para a análise quantitativa” (grifo nosso). 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: 01 de jun. 2018.

contratada para elaborar o projeto não participa da execução da obra, como ocorre na Lei n. 8.666/1993.

Afirma-se, ainda, que esse modelo de contratação (DB) tem ampliado seu espaço nas contratações públicas em âmbito internacional nas últimas décadas.²⁶⁵ A disseminação do DB é evidenciada em publicação intitulada *Design-build becoming a revolution*, do *Hanscomb Means Report*, datada de 2004, que mostra a crescente presença dessa modelagem de contratação em países como França, Grã-Bretanha, Grécia, Estados Unidos, entre outros, inclusive no setor público.²⁶⁶

A possibilidade de contratação conjunta de projeto e execução de obra aparece, também, no item 10 da Diretiva 2014/25/UE, do parlamento europeu e do Conselho da União Europeia:

(...) dada a diversidade dos contratos de empreitada de obras, as entidades adjudicantes deverão poder prever tanto a adjudicação separada como a adjudicação conjunta de contratos de concepção e a execução das obras. A presente diretiva não tem por objetivo prescrever a adjudicação conjunta ou separada de contratos.²⁶⁷

Está disposta, ainda, no Direito Colombiano, como se depreende do seguinte trecho, constante da Lei n. 1.474/2011:

Quando o objeto do contrato inclui a realização de uma obra, (...) a entidade contratante deve possuir estudos e projetos que permitam estabelecer a viabilidade do empreendimento e seu impacto social, econômico e ambiental. Essa condição será aplicável mesmo para **contratos que incluam o projeto em seu objeto** (grifo nosso).²⁶⁸

Já nos Estados Unidos, o *design-build* foi incluído na legislação do FAR (*Federal Acquisition Regulation Act*) em 1997 e estudo publicado em janeiro de 2006, requerido pelo *Transportation Equity Act for the 21st Century* (TEA-21), mostrou, compilando pesquisas anteriores, o seguinte:

²⁶⁵ PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa, Op. cit. p. 114.

²⁶⁶ HANSCOMB Means Report: International Construction Intelligence, Vol. 16, No. 6, Jan-Feb 2004. Disponível em: <<http://www.icoste.org/Roundup1204/Hanscomb-Means-Oct04.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/25/UE, do parlamento europeu e do Conselho da União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0025>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

²⁶⁸ No original: Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, (...) la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los **contratos que incluyan dentro del objeto el diseño** (grifo nosso). COLOMBIA. Ley de nivel nacional n. 1.474/2011. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

QUADRO 8 – COMPILAÇÃO DE CONFRONTAÇÕES EMPÍRICAS ENTRE DB E DBB

Infraestrutura Vertical – Prédios	N. de projetos ou agências na amostra	% de redução de custo contratual em comparação ao DBB	% de redução de prazos contratuais comparação ao DBB
J. Bennett, E. Potheary & G. RFobinson, <i>Designing and Building a World-Class Industry</i> , University of Reading Design and Build Forum Report, Centre for Strategic Studies in Construction, Reading, United Kingdom, 1996.	330	13%	30%
Victor Sanvido & Mark Konchar, <i>Selecting Project Delivery Systems: Comparing Design-Bid-Build, Design-Build, and Construction Management at Risk</i> , The Project Delivery Institute, State College, PA., 1999.	351	6%	33%
<i>Design-Build 101: Basics of Integrated Service Delivery</i> , Design-Build Institute of America/American Institute of Architects Professional Design-Build Conference, Chicago, Illinois, Outubro 14, 1998.	DOD	14%	18%
<i>Design-Build 101: Basics of Integrated Service Delivery, DBIA</i>	GSA	3%	N/A
<i>Design-Build 101: Basics of Integrated Service Delivery, DBIA</i>	NAVFAC 1	12%	15%
<i>Design-Build 101: Basics of Integrated Service Delivery, DBIA</i>	Vet. Admin.	0%	28%
Linda N. Allen, <i>Comparison of Design-Build to Design-Bid-Build as a Project Delivery Method</i> , Master's thesis, Naval Postgraduate School, Monterey, CA, Dezembro de 2001.	NAVFAC 2	18%	60%
Infraestrutura Horizontal – Estradas	N. de projetos ou agências na amostra	% de redução de custo contratual em comparação ao DBB	% de redução de prazos contratuais comparação ao DBB
Illinois DOT Study by SAIC, 2002	11 estados	3 de 11 estados reportaram custos menores	10 de 11 estados reportaram prazos menores
New York State DOT Design-Build Practice Report, 2002	9 agências	5 de 9 agências reportaram custos menores	9 de 9 agências reportaram prazos menores
Arizona DOT Study: Design-Build vs. Design-Bid-Build - Comparing Cost and Schedule. Jim Erzen, Ron Williams, and Debra Brisk, TRB Paper 2004.	13	4%	22%
Ralph Ellis, Zahar Herbsman, & Ashish Kumar, <i>Evaluation of the Florida Department of Transportation's Pilot Design/Build Program</i> , University of Florida, College of Engineering, Gainesville, FL., agosto de 1991.	11	11%	36%
Washington State DOT Study. Design-Build Pilot Project Evaluation: A Measurement of Performance for the Process, Cost, Time, and Quality - SR500 Thurston Way Interchange. Dr. Keith Molenaar, University of Colorado, Boulder, CO, janeiro de 2003.	1	-23%	16%
Jim Erzen and Tom Feeney, <i>Contractor Led Quality Control and Quality Assurance Plus Design-Build: Who is Watching the Quality?</i> Transportation Research Board Paper, 2000 Annual Meeting, Washington, D.C., janeiro 2000.	1	N/A	30%
<i>Bulk of Ambitious \$1.6 Billion Design-Build Job Complete</i> , Engineering News Record, May 14, 2001, Page 13. (Utah I-15 Design-Build Project)	1	0%	9%
<i>ODOT Experience on Six Design-Build Projects</i> , Ohio Department of Transportation, Columbus, OH., 1999.	6	Baixos custos administrativos; poucos/nenhum pedido(s) de alterações	Significativa redução de prazo

Fonte: Tradução livre de Design-Build Effectiveness Study, da FHA, p. II-15.

Em suma, esses resultados, que abrangem construções nos Estados Unidos e na Inglaterra, demonstram que, em comparação ao modelo DBB, o DB apresentou vantagens significativas na redução de prazos, de até 60%, tanto em construções verticais quanto em estradas. Além disso, foram constadas reduções de custo de até 18% (à exceção SR500 *Thurston Way Interchange*, que apresentou elevação de 23%).²⁶⁹

Em outro relevante estudo, que comparou modelagens de construção, selecionou-se uma amostra de 38 projetos DB e 39 projetos DBB, todos administrados pela *Naval Facilities Engineering Command* NAVFAC, dos Estados Unidos, com alto grau de homogeneidade. A pesquisa demonstrou que o método DB se saiu melhor em edificações, com menores prazos totais e uma tendência, sem significância estatística, a um custo total menor. Além disso, os projetos DB apresentaram menor crescimento de despesa e tempo ao longo do projeto. Por fim, os pesquisadores recomendam o uso da modelagem DB pelo setor público, tendo em vista o potencial de reduzir custos e prazos.²⁷⁰

As impressões de gestores de projetos, nos Estados Unidos, vão na linha dos levantamentos empíricos anteriormente citados. Esses profissionais estimaram, com base em sua experiência, que a utilização do modelo *design-build* representa um ganho médio de 14,1% em redução de prazos e 2,6% em redução média de custos, sem alteração na qualidade.²⁷¹

À primeira vista, os estudos realizados em relação ao DB, especialmente nos Estados Unidos, com resultados favoráveis a esse regime, poderiam parecer suficientes para embasar sua adoção no Brasil. A defesa da contratação integrada baseada em estudos de *design-build* é feita por doutrinadores²⁷² e integrantes do setor público²⁷³. Porém, para além de considerações relacionadas a diferenças de estrutura da máquina administrativa e do contexto das contratações norte-americanas, europeias e brasileiras, que fogem ao escopo desse trabalho, existem duas razões que fragilizam o uso desses dados no debate nacional: a diferença conceitual entre

²⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f). Jan. 2006. Disponível em: <<https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2018. p. II-14-II-15.

²⁷⁰ HALE, Darren. R.; SHRESTHA, Pramen. P.; GIBSON, G. Edward.; MIGLIACCIO, Giovani. C. Empirical comparison of design/build and design/bid/build project delivery methods. *Journal of Construction Engineering and Management*, 2009. Vol. 135(7), 579-587.

²⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Op. cit. p. IV-11.

²⁷² Por todos, vide PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Op. cit.

²⁷³ Vide 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: 01 de jun. 2018.

design-build e contratação integrada (tópico 2.1.1); e os requisitos da utilização de institutos similares em países da União Europeia e do próprio *design-build* nos Estados Unidos (tópico 2.1.2).

2.1.1 As distinções entre *design-build* e contratação integrada

O primeiro ponto a ser analisado diz respeito à definição de *design-build*. Esse regime de execução de obra, de acordo com o mencionado relatório do FAR, é um sistema de contratação no qual uma entidade é reponsável tanto pela arquitetura e engenharia (projeto ou design) quanto pela construção do empreendimento, em único contrato. Nesse arranjo contratual, utiliza-se comumente algo parecido com o critério técnica e preço para a seleção do contratado, que assume o risco do projeto. Partes da empreitada podem ser terceirizadas.²⁷⁴

Esse conceito definitivamente se aproxima da contratação integrada, porém há diferenças que tornam inadequado considerá-los equivalentes. O fato é que o *design-build* abrange menos etapas do processo de construção que a CI, como se depreende de uma comparação da definição do DB pelo FAR (parágrafo anterior) com a definição legal da CI, constante do RDC ou da Lei das Estatais:

(...) contratação que envolve 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 as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto** (grifo nosso).^{275 276}

O trecho em negrito representa a diferença essencial entre o *design-build* e a contratação integrada, com acréscimo de atividades, o que enseja diferenças de prazo e custos, quando comparados vis-à-vis os regimes. A contratação integrada mais se assemelha ao denominado *EPC Turnkey Lump Sum*²⁷⁷, que amplia o escopo do DB ao adicionar às responsabilidades da

²⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f). Jan. 2006. Disponível em: <<https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2018. p. II-1-II-2.

²⁷⁵ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

²⁷⁶ BRASIL. Lei Federal n. 13.303/2016. Op. cit.

²⁷⁷ Visão compartilhada por Rafael Freitas e Rafael Oliveira: “Trata-se de contratação na modalidade turn key ou EPC (Engineering, Procurement and Construction), similar ao que ocorre na empreitada integral, na qual o contratado fica obrigado a entregar a obra em condições de pleno funcionamento”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=76296>>. Acesso em: 5 jul. 2018 e por André Baeta: “a contratação integrada é equivalente ao turn-key ou EPC”. BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 139.

construtora a montagem e o comissionamento dos equipamentos, uma vez que o empreendimento deve ser entregue em condições plenas de operação.²⁷⁸

A sigla EPC significa *Engineering, Procurement and Construction*, ou engenharia, suprimento e construção. Nessa modalidade, a contratada é responsável pelo fornecimento integral do objeto, incluindo materiais e equipamentos, construção, montagem e colocação em operação, podendo incluir no escopo da avença a elaboração do projeto básico ou não. No primeiro caso, mais comum, a EPC aproxima-se da contratação integrada. No segundo caso, equivale à empreitada integral.²⁷⁹

Na iniciativa privada, são comuns contratações do tipo EPC nas quais são apenas estabelecidos os parâmetros técnicos e econômicos do empreendimento, com o desenvolvimento da melhor solução e do projeto básico sendo de responsabilidade do contratado.²⁸⁰

Já quando se fala em *turn key*, a referência é a “chave na mão”²⁸¹ ou “só girar a chave”, o que significa “pronto para uso”. Tanto a empreitada integral quanto a CI podem ser consideradas *turn key*, quando o contratado é responsável por executar a obra física, realizar todas as instalações necessárias para que o empreendimento entre em operação e assumir a responsabilidade de todas as interfaces existentes e do relacionamento com os diversos fornecedores.²⁸² Assim como ocorre quando se utiliza o termo EPC, ao se falar em *turn key*, é comum, na iniciativa privada, ocorrer a transferência ao particular da responsabilidade pela elaboração do projeto básico.²⁸³

Finalmente, *lump sum* quer dizer preço global, preço fechado ou preços certos e totais, o que representa a transferência dos riscos referentes aos quantitativos dos serviços ao contratado.

²⁷⁸ 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.

²⁷⁹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. Op. cit. p. 231.

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, 2012. Op. cit.

²⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2246/2012. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 22/02/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=573366>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

²⁸² ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. Op. cit. p. 238.

²⁸³ 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.

O trecho a seguir, constante do Acórdão 2246/2012-TCU-Plenário, bem sintetiza o significado da expressão ora em comento: “o EPC (*Engineering, Procurement and Construction*)/*turn-key/lump sum*, ou seja, contratação da engenharia (tecnologia, soluções e projetos), do fornecimento e da construção, com a entrega em pleno funcionamento (*turn key*) e a preços certos e totais (*lump sum*).”²⁸⁴ A mesma decisão crava a equivalência entre EPC e contratação integrada:

O contrato analisado é do tipo EPC/Turn-key/Lump-sum (contratação integrada). Nesse regime de contratação há transferência de riscos de projeto, execução e performance ao contratado, sendo, portanto, os aditivos contratuais de aumento de custo e prazo situação extraordinária (grifo nosso).²⁸⁵

Reforça-se que a diferença entre a contratação integrada e o *design-build* reside no fato de que o DB se encerra com a entrega da execução da obra. Serviços complementares, necessários à operação do empreendimento, não constam do escopo do contrato inicialmente firmado. Isso termina por aproximar a CI do EPC²⁸⁶ ou *turn key*,²⁸⁷ uma vez que a responsabilidade do particular compreenderá não apenas o desenvolvimento dos projetos e a execução, mas também a entrega de um empreendimento pronto e testado, arcando com as consequências (econômicas, inclusive) do seu funcionamento.²⁸⁸

Em outras palavras, tanto no DB quanto no EPC e na CI, o Poder Público define o projeto (ou anteprojeto) e contrata todas as etapas, até o término da construção, porém nos contratos EPC e CI há um alargamento do escopo de atribuições do particular, pois ele assume

²⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2246/2012. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 22/02/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=573366>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ Concordam conosco Rafael Freitas e Rafael Oliveira que, referindo-se à CI, afirmam: “Trata-se de contratação na modalidade *turn key* ou EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), similar ao que ocorre na empreitada integral, na qual o contratado fica obrigado a entregar a obra em condições de pleno funcionamento”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. Op. cit. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=76296>>. Acesso em: 5 jul. 2018. Da mesma forma, assenta André Baeta que “a contratação integrada é equivalente ao *turn-key* ou EPC”. BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 139. Por fim, Augusto Neves Dal Pozzo pontua que: “Para se referir a essa modalidade de contratação [contratação integrada], é comum a utilização da expressão norte-americana ‘EPC Turn Key’”. As iniciais significam “*engineering* (engenharia), *procurement* (procura e compra) e *construction* (construção civil e montagem)”. E a expressão *turnkey* é utilizada “para demonstrar, de forma ilustrativa, que o contratante do empreendimento deve apenas “virar a chave” para que o empreendimento opere de imediato”. 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 n. 12.462/11; Decreto n. 7.581/11): aspectos fundamentais. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 73-87.

²⁸⁷ SILVA, André Vilanova. Contratação integrada: uma avaliação de sua efetividade por meio da análise dogmática, jurisprudencial e empírica. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário de Brasília - Uniceub, 2017.

²⁸⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit.

a responsabilidade de comissionar a obra concluída do empreendimento e fazer o *start up* (dar a partida). Nesse regime, a contratada não fica obrigada a operar o empreendimento, mas garante seu desempenho, devendo entregar a obra pronta e em funcionamento, como definido no contrato.²⁸⁹

Além da diferença de escopo, há maior detalhamento nos anteprojetos da modelagem DB, sendo normalmente os contratos EPC *turn key lump sum* caracterizados por ainda mais flexibilidade metodológica; e, como consequência, maior transferência de risco ao construtor, em vista do menor detalhamento fornecido.²⁹⁰

Conclui-se, portanto, que, apesar de DB e CI envolverem uma integração, em apenas um contrato e sob coordenação de um único construtor, das responsabilidades pelo projeto e pela execução; e de haver transferência de riscos a esse construtor em magnitude maior que no DBB, há distinções que tornam inapropriadas as alusões ao DB, comuns no debate nacional, para a defesa de uma ampliação da contratação integrada. Em suma, são as seguintes: o EPC *turn key lump sum*, que equivale à CI, envolve a entrega de um empreendimento pronto para uso, com montagem e todos os testes realizados, sendo que o DB se aproxima mais de um contrato clássico, quando as responsabilidades posteriores à execução recairão sobre o contratante; além disso, o nível de transferência de riscos ao contratado é maior no EPC, em razão do menor detalhamento do anteprojeto.

2.1.2 A redução da utilização do *design-build* e seus rigorosos requisitos

Explicadas as diferenças conceituais entre *design-build* e contratação integrada, passa-se a investigar se, mesmo extrapolando a semelhança entre esses regimes, há, de fato, ampliação do uso internacional do DB. Sem adentrar nos aspectos específicos de cada instituto, será visto que modelagens que atrelam concepção e construção na Itália, na França e em Portugal ou estão sendo abandonadas, ou tiveram seu uso restringido, com ampliação de requisitos.

Após, será analisado o procedimento específico dos EUA, onde o DB é extremamente popular e, como se viu, estudos empíricos mostram um bom desempenho desse modelo.

²⁸⁹ BUCKER, Maurício Brun. Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil. Dissertação de Mestrado. Escopa Politécnica da Universidade de São Paulo, 2010.

²⁹⁰ MANSUKHANI, Gordon Rees Scully. Differences between EPC and design-build delivery. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7e8d69d7-b936-4891-aab8-d69690c3cc71>>. Acesso em 20 jul. 2018.

Entende-se que há três hipóteses para a diferença de resultados empíricos entre CI e DB: a maior maturidade dos projetos quando do término da licitação nos EUA, com maior participação do setor privado (não apenas do vencedor do certame) na concepção do empreendimento, possibilitando uma sobreposição das fases de concepção e execução; a maior capacitação dos agentes públicos norte-americanos e a institucionalização do aprendizado; e a maior possibilidade de *enforcement* de punições nos EUA, por conta da maior previsibilidade do judiciário naquele país.

a) A redução da utilização do *design-build* e seus rigorosos requisitos na Itália, na França e em Portugal

Na Itália, um regime parecido com a contratação integrada chama-se *appalto integrato complesso*. Ele estava previsto no primeiro Código de Contratos Públicos de obras, serviços e fornecimentos italiano, o Decreto Legislativo n. 163/2006, que regulamentou as Diretivas n. 17 e 18, de 2004, do então Conselho Europeu.²⁹¹ No entanto, a utilização desse modelo no direito italiano não surtiu os efeitos esperados, acarretando concentração de mercado e aumento considerável do número de aditivos contratuais.²⁹²

Posteriormente, houve uma guinada em direção à valorização dos projetos prévios, como se depreende de diretriz constante do art. 1º, n. 1, da Lei n. 11/2016, que prega o aprimoramento da fase de projeto em licitações públicas e contratos de concessão de obras, promovendo a qualidade arquitetônica e técnico-funcional por meio da **limitação radical à utilização de contratos integrados** e da **exclusão da realização de obras com base apenas em projeto de nível preliminar**.²⁹³

²⁹¹ ITÁLIA. Decreto Legislativo n. 163/2006. Disponível em: <http://www.mit.gov.it/mit/mop_all.php?p_id=09168>. Acesso em 24 mai. 2018.

²⁹² MIRANDA, Henrique Savonitti. Contratação integrada: o Brasil na contramão da história? Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 4, n. 1, p. 59-91, 2017.

²⁹³ No original: “valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione e il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione elettronica e informativa per l’edilizia e le infrastrutture, limitando radicalmente il ricorso all’appalto integrato, tenendo conto in particolare del contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto dell’appalto o della concessione in rapporto al valore complessivo dei lavori e prevedendo di norma la messa a gara del progetto esecutivo; esclusione dell’affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare, nonché, con riferimento all’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e di tutti i servizi di natura tecnica, del ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d’asta”. ITÁLIA. Legge 28 gennaio 2016, n. 11. Disponível em: <http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0011.htm>. Acesso em 24 mai. 2018.

No mesmo sentido vai o atual Código de Contratos Públicos e Concessões italiano, que, em seu art. 59, § 1º, estabelece que todas as obras públicas serão licitadas com base em projeto executivo aprovado. Exceção a essa regra são os *general contractors* (muito raros) e obras financiadas com recursos privados, como é o caso das concessões e das parcerias público-privadas, que utilizam modelagem DBB.²⁹⁴

Por fim, o novo Código de Contratos Públicos italiano, de abril de 2016, não prevê a *appalto integrato complesso*²⁹⁵, mantendo, tão-somente, a possibilidade de recorrer-se a algo semelhante à contratação semi-integrada²⁹⁶, em situações muito específicas.

Já **na França**, o Código de Contratos Públicos, instituído por meio do Decreto n. 975/2006, contemplava a *marché de conception-réalisation*, similar ao *design-build*.²⁹⁷ Entretanto, a falta de uma regulamentação mais minuciosa acabou propiciando diversas situações de utilização indevida do instituto.²⁹⁸ Diante disso, a *marché de conception-réalisation* aparece com nova roupagem no novo Código de Contratos Públicos francês²⁹⁹, que possibilita sua adoção nos seguintes casos: quando estiverem presentes razões de ordem técnica relacionadas às condições de concepção, realização e implementação; nas hipóteses de contratações caracterizadas por dimensões incomuns ou dificuldades técnicas especiais; e nas contratações que tenham por objetivo uma melhoria da eficiência energética do empreendimento.³⁰⁰

Essa modelagem exige, ainda, a análise dos projetos por uma comissão independente, que se incumbe de elaborar parecer sobre as propostas classificadas e escolher o vencedor do certame, em decisão fundamentada. O Poder Público poderá, ainda, solicitar esclarecimentos e informações adicionais relacionadas às propostas apresentadas pelos concorrentes, sem que isso represente uma alteração dos elementos fundamentais da proposta ou das características essenciais do objeto.³⁰¹

²⁹⁴ MIRANDA, Henrique Savonitti. Op. cit.

²⁹⁵ ITÁLIA. Decreto Legislativo n. 18 aprile 2016, n. 50. Disponível em: <http://www.bosettiegatti.eu/public/2016_0050_codice_contratti.pdf>. Acesso em 24 mai. 2018.

²⁹⁶ MIRANDA, Henrique Savonitti. Op. cit. p. 75.

²⁹⁷ FRANÇA. Décret n° 2006-975 du 1er août 2006. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000264576&categorieLien=id>>. Acesso em 24 mai. 2018.

²⁹⁸ FRANÇA Conseil d'Etat. Requêtes n°s 155.573, 155.574 e 155.575. Data da Sessão: 17.3.1997. FRANÇA. Cour administrative d'appel de Nancy. Requête n° 01NC00110. Data da Sessão: 5.8.2004.

²⁹⁹ FRANÇA. Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032295952>>. Acesso em 24 mai. 2018.

³⁰⁰ MIRANDA, Henrique Savonitti. Op. cit.

³⁰¹ Ibidem, p. 76.

Em Portugal, instituto similar ao *design-build*, chamado *empreitada de concepção/construção* aparece no art. 43, item 3, do Decreto-Lei n. 18/2008 (Código dos Contratos Públicos – CPP), nos seguintes termos:

Em casos excepcionais devidamente fundamentados, nos quais o adjudicatário deva assumir, nos termos do caderno de encargos, obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar, ou nos quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela, a entidade adjudicante pode prever, como aspecto da execução do contrato a celebrar, a elaboração do projecto de execução, caso em que o caderno de encargos deve ser integrado apenas por um programa.³⁰²

O referido *projeto de execução* é conceituado na Portaria n. 701-H/2008 como o documento elaborado pelo projetista, a partir do estudo prévio ou do anteprojeto aprovado pelo contratante, destinado a fornecer todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar.³⁰³ Esse instituto se assemelha ao nosso projeto básico. Por sua vez, o *programa*, constante do citado Decreto-Lei significa o documento fornecido pelo contratante ao projetista para definição dos objetivos, características orgânicas e funcionais e condicionamentos financeiros da obra, bem como dos custos e prazos de execução a serem observados³⁰⁴, ou seja, molda apenas os contornos do que se deseja contratar.

Logo, nos casos em que o responsável pela obra não possuir meios humanos ou técnicos para a elaboração de um projeto de execução, poderá iniciar um procedimento licitatório para a contratação desse serviço ou divulgar o edital com apenas por um programa, ficando a elaboração do projeto sob responsabilidade do futuro contratado, à semelhança da contratação integrada.³⁰⁵

O uso restrito desse segundo tipo de contratação fica marcado na jurisprudência do Tribunal de Contas de Portugal, que assevera ser a empreitada de concepção/construção regime excepcional. Segundo o órgão, seu uso inadequado e ilegal ocasiona redução do universo de concorrentes, com o consequente risco de comprometimento do resultado financeiro do certame.³⁰⁶

³⁰² PORTUGAL. Decreto-Lei n. 18/2008. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa//search/248178/details/normal?l=1>>. Acesso em 24 mai. 2018.

³⁰³ PORTUGAL. Portaria n. 701-H/2008. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa//search/575341/details/maximized>>. Acesso em 24 mai. 2018.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ MIRANDA, Henrique Savonitti. Op. cit.

³⁰⁶ PORTUGAL. Tribunal de Contas. Jurisprudência da 1ª Secção do Tribunal de Contas relativamente a empreitadas de obras públicas. Disponível em: <<https://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/juris-op.shtm>>. Acesso em 24 mai. 2018.

Esse modelo, na visão daquela Corte, enseja limitação da concorrência em razão dos meios e conhecimentos adicionais que exige dos concorrentes, especialmente em planejamento e projeto, e ainda pelo fato de o risco por erros e omissões do projeto ser transferido ao particular.³⁰⁷ Por fim, a responsabilidade do construtor é reforçada no CPP, quando dispõe que o empreiteiro elaborador do projeto é o responsável por suprir os respectivos erros e omissões, exceto quando estes decorram de elementos elaborados ou disponibilizados pelo contratante.³⁰⁸

Logo, conclui-se que modelos similares à contratação integrada ou são usados de maneira excepcional (Portugal); ou foram abandonados (Itália); ou envolvem requisitos mais rigorosos (França) em relação aos impostos pelo ordenamento brasileiro³⁰⁹, que exige apenas justificativa técnica e econômica (art. 9º da Lei do RDC), comando subjetivo que possibilita uma série de interpretações; e restringe a CI a objetos que envolvam inovação tecnológica ou técnica ou com possibilidade de execução com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado (art. 9º, I, II e III), o que, dependendo da interpretação que se dê a “diferentes metodologias”, envolve uma enorme quantidade de objetos.

b) O rigoroso procedimento norte-americano e as hipóteses que explicam seu melhor desempenho

Nos EUA, o *design-build* surgiu na década de 1980 e em 1997 foi incluído no FAR, sendo que investigações sobre seus resultados, em geral positivos, foram apresentados anteriormente. Nesse ponto, será ressaltado o rigoroso procedimento desse instituto.

O regulamento 36.301 estabelece que o uso do *design-build* deve ser baseado em decisão fundamentada que considere a existência de três ou mais propostas, e que os projetos devem ser apresentados pelos ofertantes antes do desenvolvimento das composições de custos, o que irá onerá-los de forma considerável. Além disso, serão avaliadas: a extensão em que os requisitos do projeto foram adequadamente definidos; as limitações de tempo para a entrega do projeto; a capacidade e experiência de potenciais contratantes; a adequação do projeto para o uso do método de seleção de duas fases; e a capacidade da agência para gerenciar o processo de seleção de duas fases.³¹⁰ A primeira dessas fases consiste na verificação do preenchimento

³⁰⁷ Ibidem.

³⁰⁸ PORTUGAL. Decreto-Lei n. 18/2008. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?l=1>>. Acesso em 24 mai. 2018.

³⁰⁹ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

³¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Acquisition Regulation. Part 36, Subpart 36.3 - Two-Phase Design-Build Selection Procedures. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/48/part-36/subpart-36.3>>. Acesso em 24 mai. 2018.

de certas qualificações técnicas e requisitos por parte dos proponentes, que formarão um grupo reduzido com possibilidade de participação ao longo do certame; e a segunda consiste na avaliação técnica e de preço das propostas submetidas e à definição do vencedor da licitação.³¹¹

No DB norte-americano há possibilidade da ocorrência de aditivos nos contratos, que são divididos em dois tipos. No primeiro, as mudanças não envolvem variação no valor do contrato, na data de conclusão ou nos termos contratuais relevantes, ou seja, os aditivos são mais simples. São exemplos desse tipo de alteração: método revisado de medição; registros de trabalhos ou materiais não aceitos; substituição de materiais, métodos ou equipamentos; alterações no escopo do trabalho (sem tempo ou custos adicionados); registro de aumento ou diminuição de quantidades; pequenos ajustes às disposições e especificações especiais; e melhora na redação.³¹²

No segundo tipo, os aditivos envolvem mudanças no valor do contrato, em sua data de conclusão ou em termos contratuais significativos. São exemplos: mudanças no trabalho; alterações significativas às disposições e especificações especiais; mudanças no prazo contratual; revisões da seção estrutural do pavimento; revisões relevantes do desenho geométrico; e incorporação de conceitos técnicos alternativos de outras equipes.³¹³

As etapas do processamento do *design-build* norte-americano se cercam de inúmeros cuidados e rigor técnico e avaliativo.³¹⁴ A primeira delas – pedido de qualificações (PDQ) – objetiva selecionar os proponentes com as qualificações exigidas para executar o empreendimento, no intuito de que o número de participantes fique entre três e cinco, considerado razoável tendo em vista a carga de trabalho administrativo das fases seguintes. O resultado dessa fase é uma lista de candidatos pré-qualificados para continuar no certame.

Na segunda etapa – pedido de propostas (PDP) – são definidas as instruções para os licitantes, elaborada a minuta do contrato DB e desenvolvidos os requisitos técnicos (impacto ambiental e engenharia preliminar). Em seguida, ocorre a liberação da minuta da proposta para

³¹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f). Jan. 2006. Disponível em: <<https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2018. p. iii.

³¹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Minnesota Department of Transportation. Design-build contract changes. Disponível em: <<http://www.dot.state.mn.us/const/tools/dbcontractchanges.html>>. Acesso em 24 mai 2018.

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ A descrição dessas etapas se baseia em ALBUQUERQUE, Ana Elisabete Cavalcanti de; PRIMO Marcos André de Mendes; PEREIRA, Felipe Augusto. Op. cit.

conhecimento da indústria, que pode sugerir mudanças por escrito ou por meio de reuniões (dois a três *rounds*, a depender do projeto). Enquanto isso, são formadas as comissões e subcomissões de revisão técnica e desenvolvidas as regras para avaliação das propostas. O resultado dessa etapa é o pedido de proposta completo que, após a aprovação das autoridades competentes, é liberado para as empresas que integram a lista dos candidatos pré-qualificados.³¹⁵

A terceira etapa – de desenvolvimento das propostas (PDP2) – consiste na interação entre as empresas pré-qualificadas e a comissão, por meio de pedidos de esclarecimento, respondidos em reuniões com todos (em geral, duas ou três, podendo ser mais em empreendimentos complexos). Nesse momento, as empresas pré-qualificadas podem sugerir conceitos técnicos alternativos, que são avaliados pelas comissões e, se aceitos, ensejam alterações no pedido de proposta. O produto final dessa etapa é o recebimento das propostas técnica e de preço das empresas pré-qualificadas, em envelopes lacrados.³¹⁶

Quando da avaliação das propostas (PDP3), utiliza-se o método denominado melhor valor (*best value*), no qual são atribuídos pesos a técnica e preço, a critério do contratante, de maneira similar ao que ocorre nas licitações brasileiras (critério técnica e preço). Os envelopes recebem notas das respectivas comissões, após avaliação sigilosa. Essa etapa termina com o anúncio da proposta melhor classificada para contratação. Há, no setor público americano, a possibilidade de uma subfase nessa etapa, com negociação de preço e possibilidade de sanar irregularidades verificadas nas propostas. Só depois desses procedimentos as notas são calculadas, e o vencedor, anunciado.³¹⁷

A última etapa é a finalização do contrato, quando é possível negociar conceitos técnicos alternativos propostos por empresas pré-qualificadas que não venceram o certame, desde que o procedimento de negociação tenha sido aprovado anteriormente. Após a negociação, a empresa é compensada, e a comissão recalcula o preço final, englobando a mudança. Finalmente, a comissão conclui a contratação do licitante vencedor, e o contrato passa à etapa de administração.³¹⁸

A partir desse detalhamento das etapas do procedimento norte-americano, é possível levantar algumas **hipóteses** a respeito do melhor desempenho do DB quando comparado à CI.

³¹⁵ Ibidem.

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ Idem.

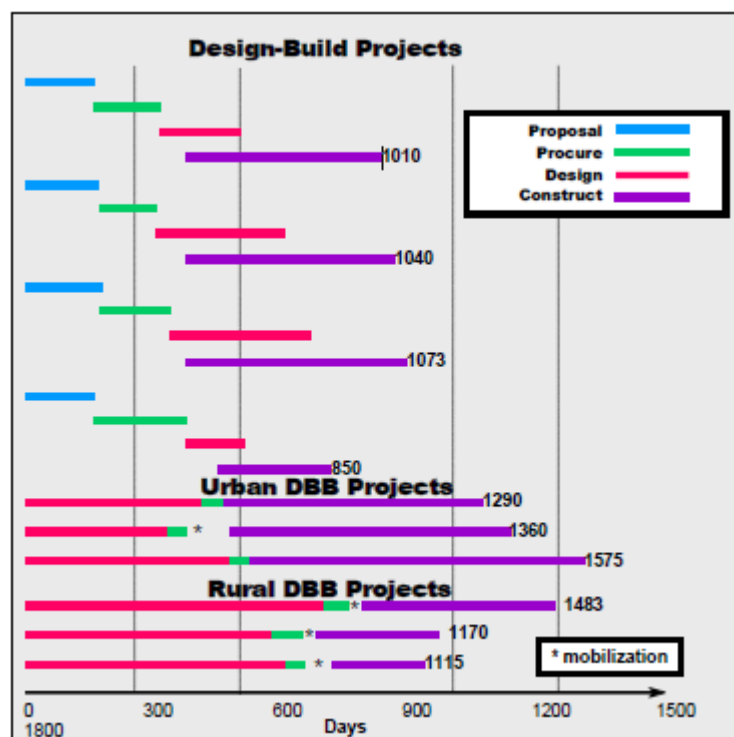
A **primeira delas** aponta que a grande interação entre os licitantes e o Poder Público anteriormente ao resultado final do certame, no caso dos EUA, possibilita que o projeto, quando do fim da licitação, esteja mais amadurecido e sujeito a menos imprecisões e alterações que no caso brasileiro.

No Brasil, a confecção do projeto básico terá início apenas após o final do certame, sujeito, ainda, a posterior aprovação do órgão público responsável, fase na qual serão dirimidos conflitos e esclarecidas questões atinentes às soluções; e só após todo esse trâmite terá início a execução da obra. Nos EUA, o aperfeiçoamento da concepção dá-se durante o certame e com a participação de outros licitantes (não apenas do vencedor), possibilitando a incorporação de ideias e o amadurecimento dos projetos. Isso mitigaria os problemas relacionados à licitação com anteprojeto (tópico 1.4.1, c)

A partir disso, a concepção e a execução se tornam fases sobrepostas, com ganho de tempo, como se depreende do gráfico abaixo, que mostra uma comparação entre projetos DB e DBB (rurais e urbanos) documentados pelo Departamento de Transporte do Arizona em 2004. Mesmo desconsiderando o tempo relacionado à contratação dos projetos (básicos) no DBB, o gráfico mostra prazos de entrega mais curtos no DB, especialmente para projetos urbanos. Ilustra-se o efeito do **sequenciamento simultâneo** das fases de projeto e desenvolvimento no DB, versus o **sequenciamento consecutivo** dessas fases no DBB.³¹⁹

³¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f). Jan. 2006. Disponível em: <<https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2018. p. II-2.

GRÁFICO 4 – LINHA DO TEMPO DE PROJETOS COMPARÁVEIS DB E DBB



Fonte: Design-Build Effectiveness Study, da FHA, p. II-2.³²⁰

Um dispositivo constante do PL n. 6.814/2017 tem o potencial de ajudar a diminuir as diferenças relacionadas ao DB nesse ponto. Trata-se da previsão do **diálogo competitivo**, prática na qual a Administração realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo. Similar ao procedimento norte-americano, esse instituto visa aproximar os setores público e privado e poderá ser mantido até que a Administração identifique a solução que atenda às suas necessidades, além de permitir esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou distorçam a concorrência.³²¹ O modelo adotado no PL é inspirado no regulamento de compras públicas da Comunidade Econômica Europeia, utilizado,

³²⁰ O gráfico foi retirado de: ERNZEN, Jim; WILLIAMS, Ron; BRISK, Debra: Arizona Department of Transportation. Design-Build vs. Design-Bid-Build: Comparing Cost and Schedule. 2004.

³²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 6.814/2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filenome=PL+6814/201>. Acesso em: 15 jan. 2018.

entre outras situações, nas hipóteses em que a especificação dos produtos ou serviços finais a serem adquiridos não puder ser desenvolvida previamente.³²²

A **segunda hipótese** diz respeito à capacitação dos agentes públicos envolvidos no processo de contratação. Uma das recomendações constantes do documento *Design–Build Effectiveness Study*, elaborado pelo Departamento de Transportes dos Estados Unidos, aponta que as agências de transporte devem investir massivamente em treinamento **antes** de executar seu primeiro empreendimento com o DB. Esse treinamento deve incluir a consulta a engenheiros e empreendedores que irão competir nas licitações. Além disso, o treinamento deve englobar práticas que institucionalizem o aprendizado, para que haja evolução ao longo do tempo.³²³

Estudo realizado na força aérea norte-americana, abrangendo 835 empreendimentos militares, coloca entre as características determinantes do sucesso de um empreendimento DB a experiência e capacitação do contratante. Essa preparação deve observar o nível adequado para a definição do escopo do contrato, que gerará ganhos proporcionais à maior experiência do contratante. O DB só deve ser usado por órgãos inexperientes com a ajuda de consultores externos.³²⁴

Outro estudo, realizado no Brasil – especificamente no Governo de Pernambuco –, concluiu que os profissionais envolvidos na contratação e na fiscalização das obras passíveis de utilizar a metodologia DB teriam que ser contratados e/ou capacitados de acordo com as demandas desse método anteriormente às avenças. Além disso, processos devem ser redesenhados, e recursos – como treinamento contínuo, estrutura organizacional, equipamentos, ferramentas de TI –, providenciados. É imprescindível, ainda, que, antes da adoção do método, as equipes de contratação sejam capacitadas e dotadas com toda a estrutura necessária para preparar especificações e editais de modo a minimizar ocorrências de recursos, bem como para respondê-los rapidamente. De toda forma, levaria certo tempo até que as vantagens fossem percebidas.³²⁵

³²² DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017.

³²³ Ibidem.

³²⁴ ROSNER, James. An Analysis of the design-build delivery approach in air force military construction. Air force Institute of Technology. Ohio, 2008. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a489495.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

³²⁵ ALBUQUERQUE, Ana Elisabete Cavalcanti de; PRIMO Marcos André de Mendes; PEREIRA, Felipe Augusto. Op. cit.

A análise empreendida pelos pesquisadores apontou que uma restrição considerável à adoção do DB no Brasil diz respeito à falta de planejamento e de controles sobre o desempenho, a qualidade e o escopo por parte do contratante. Essas deficiências devem ser corrigidas antes da adoção do método, pois o exercício do controle devido é um fator crítico de sucesso. Ao extrapolar as limitações mencionadas para todos os órgãos públicos, não seria aconselhável qualquer iniciativa para implantar o método DB no contexto brasileiro sem que antes fossem eliminados ou minimizados seus riscos e fraquezas.³²⁶

Infere-se, portanto, a partir do detalhamento das fases do procedimento norte-americano, da recomendação citada e dos estudos empíricos mencionados, que o fator capacitação é algo preponderante na adoção do DB. Aparentemente, essa questão não recebe a devida atenção no contexto brasileiro.

A **terceira hipótese** refere-se às estruturas de incentivos e desincentivos das contratações. De acordo com o *Design–Build Effectiveness Study*, 20% dos que responderam a questionário atinente ao DB informaram o uso de cláusulas contratuais de incentivo, enquanto 46% informaram o uso de cláusulas de desincentivos.³²⁷

As cláusulas de incentivo mais citadas foram benefícios por entrega em prazo menor que o estipulado e por maior qualidade do projeto e dos materiais. Já as principais cláusulas de desincentivo foram penalidades por atraso na entrega e multas por interromper o tráfego além do estipulado. O quadro a seguir detalha esses e outros incentivos e desincentivos:

³²⁶ Ibidem.

³²⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. Design–Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f). Jan. 2006. Disponível em: <<https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2018. p. II-2.

QUADRO 9 – INCENTIVOS E DESINCENTIVOS DO DESIGN-BUILD

Tipos de incentivo do modelo de contratação design-build	
Incentivo à conclusão antecipada • Incentivo tabelado para conclusão antecipada • Incentivo diário para conclusão antecipada • Conclusão dos elementos especificados, tais como iluminação de estradas e pontes	Qualidade do projeto • Sua vida de de pavimento ou qualidade de de rolamento • Qualidade dos materiais • Qualidade da mão de obra Outros incentivos • Concessão de prêmios por boa gestão, qualidade e cumprimento de prazos • Segurança do projeto • Programa de relações públicas
Gestão de tráfego • Disponibilidade de faixa auxiliar • Tempo de viagem	
Compartilhamento de receita • 70% da receita líquida de pedágios por conclusão antecipada da obra	
Tipos de desincentivo do modelo de contratação design-build	
Penalidades por conclusão fora do prazo • Atrasos no cronograma do projeto • Escalonamento de danos e prejuízos causados pelo atraso • Incapacidade de atender aos padrões exigidos para materiais e suavidade do pavimento	Prejuízos previamente estipulados • Atraso em adimplemento substancial • Atraso na aprovação final da obra
Outros desincentivos • Elegibilidade limitada para extensões de prazo • Taxas de aluguel de faixas em razão de fechamento de faixa e/ou acostamento existentes	

Fonte: Tradução livre de Design-Build Effectiveness Study, da FHA, p. IV-47.

No caso dos incentivos, a Lei do RDC prevê a possibilidade de 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. Logo, em nível de norma, há previsão que possibilita práticas similares às utilizadas nos EUA. Ademais, o Acórdão 1541/2014-TCU-Plenário³²⁸ retrata um caso bem-sucedido da utilização desse instituto, relacionado ao incremento do número de meses de manutenção de um empreendimento portuário por parte do particular ante a antecipação da entrega de projetos e da execução.

Contudo em relação aos desincentivos, o melhor desempenho do DB, quando comparado à CI, pode estar relacionado à possibilidade de *enforcement* das punições. A imprevisibilidade do judiciário, relacionada à ausência de incentivos aos magistrados brasileiros para a formação de jurisprudência dominante – o que leva ao anarquismo judicial³²⁹

³²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1541/2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 11/06/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=498845>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

³²⁹ O estado judicial não-cooperativo em que a cada caso podem ser aplicadas regras jurídicas diferentes, a depender das preferências do magistrado, sem que a jurisprudência caminhe para se tornar uniforme e dominante é o que chamamos anarquismo judicial, aqui entendido como a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de cultura e de mecanismos jurídicos de uniformização jurisprudencial, o que significa que há uma dificuldade de

– faz com que os particulares não se sintam obrigados a obedecer às cláusulas contratuais, uma vez que a discussão no judiciário é longa e aleatória. Isso mina a credibilidade das cláusulas de desincentivos no Brasil, e reduz a perspectiva de melhoria do desempenho da CI ao longo do tempo³³⁰, pois é improvável a formação de capital jurídico.³³¹

Quanto a este ponto, o novo Código de Processo Civil, de 2015, tende a reduzir o anarquismo judicial ao longo do tempo, em vista dos diversos mecanismos de uniformização constantes de seu texto. Vide

*

Do exposto, conclui-se que modelos similares à contratação integrada (cujas distinções, especificamente em relação ao *design-build*, foram elucidadas anteriormente) ou são usados de maneira excepcional (Portugal); ou foram abandonados (Itália); ou envolvem requisitos mais rigorosos (França e Estados Unidos) em relação aos impostos pelo ordenamento brasileiro. No caso dos EUA, o melhor desempenho empírico do DB pode estar relacionado à maturidade dos projetos quando do término da licitação, com maior participação do setor privado (não apenas do vencedor do certame) na concepção do empreendimento, possibilitando uma sobreposição das fases de concepção e execução; à maior capacitação dos agentes públicos norte-americanos e à institucionalização do aprendizado; e à maior possibilidade de *enforcement* de punições nos EUA, por conta da maior previsibilidade do judiciário naquele país.

Tais conclusões levam à contestação do pressuposto ora analisado, sendo inadequado referir-se a boas práticas internacionais ou à ampliação do uso do *design-build* para defender a ampliação da utilização da CI, tendo em vista que países que inspiraram boa parte do nosso Direito, como Itália, França e Portugal, vão na direção de redução e até extirpação de modelos similares à CI; e o *design-build* norte-americano apresenta uma significativa diferença

coordenação entre magistrados das diversas instâncias para a formação e respeito à jurisprudência e, portanto, de formação de capital jurídico. GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília - UnB, 2012. p. 48.

³³⁰ Quanto a este ponto, o novo Código de Processo Civil, de 2015, tende a reduzir o anarquismo judicial ao longo do tempo, em vista dos diversos mecanismos de uniformização constantes de seu texto. Vide. BRASIL. Lei n. 13105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

³³¹ O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento. Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes econômicos podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Op. cit. p. 2.

conceitual em relação à CI, pois engloba menos fases do empreendimento, e possui procedimento mais rigoroso que o utilizado no Brasil.

Passa-se, agora, à análise do pressuposto referente à redução de prazos CI.

2.2 A VERIFICAÇÃO DO PRESSUSSPOSTO DE REDUÇÃO DOS PRAZOS NA CI

Quanto à redução de prazos, é patente que a inversão de fases³³² constante do RDC apresenta enorme potencial em termos de celeridade. A habilitação de todos os concorrentes para posterior julgamento das propostas costuma travar o processo licitatório, não só pelo tempo de análise dos documentos, mas pelo incentivo a recursos administrativos e judiciais. O mesmo se dá com a fase recursal única³³³, que agrega as análises dos recursos referentes à habilitação e ao julgamento em apenas um momento, e com a forma eletrônica³³⁴, que permite uma ampliação do universo de concorrentes e acelera o procedimento licitatório. Tais vantagens ficarão claras quando da análise dos estudos empíricos, que mostram ganhos de tempo quando utilizados os regimes da parte geral do RDC (todos os regimes menos a CI) em relação à LGL.

Todavia, mesmo com esses fatores favoráveis, a CI não logra ser mais célere que a LGL, muito menos que os outros regimes do RDC. A realização de apenas uma licitação, comumente mencionada como fator favorável à CI, não se verifica na prática. Além disso, dificuldades relacionadas à avaliação das propostas e projetos do contratado prejudicam a celeridade da avença. Tais aspectos serão avaliados neste tópico, que se divide em: alusões à redução de prazos na CI (2.2.1); estimativas dos prazos na CI (2.2.2); e a contestação empírica do pressuposto (2.2.3).

2.2.1 Alusões à redução de prazo na CI

Um primeiro fator mencionado como potencial redutor de prazos na contratação integrada é a ocorrência de **uma única licitação**. Nos regimes tradicionais, há necessidade de realizar uma licitação para contratar empresa responsável pelo projeto básico, com observância de todos os tramites legais, para só então ter início o processo de licitação do empreendimento,

³³² Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I - preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV - julgamento; V - habilitação; VI - recursal; e VII - encerramento. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

³³³ Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor. Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor. Ibidem.

³³⁴ Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial. Parágrafo único. Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a administração pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico. Idem.

ou seja, ocorre a primeira licitação, é firmado o contrato, o projeto básico é confeccionado e só depois é que começa a segunda licitação. Isso é comum em obras mais complexas – quando o órgão público não detém, em seu quadro funcional, técnicos com expertise suficiente para elaborar o PB. Argumenta-se, pois, que o tempo duplicado pelos certames autônomos – um para a contratação do PB e outro para a licitação empreendimento – acaba sendo reduzido com a integração admitida na CI.³³⁵

Esse posicionamento é corroborado pela AGU, que, no âmbito da ADI n. 4645, assentou que as contratações integradas implicam “claramente” ganho de tempo, pois “em vez de dois processos licitatórios – o primeiro tendo por objeto a elaboração do projeto básico e o segundo, a execução da obra – tem-se apenas um, para a contratação da empreiteira, fundamentado no anteprojeto de engenharia”.³³⁶ A manifestação, nesse ponto, faz remissão a pronunciamento do então Ministro do Esporte, Orlando Silva, em audiência pública realizada em 29/06/2011: “Hoje, há elaboração de um projeto básico, que é resultado de uma licitação pública, com todo o seu rito e os seus prazos. A partir daí, há uma outra licitação, em que você faz a elaboração do executivo e a execução do empreendimento”. Já quando adotada a CI, asseverou Orlando Silva que “em vez de dois processos, será feito um processo só”.³³⁷

Para essa corrente, a CI tem o objetivo básico de reduzir o prazo de execução dos projetos, tornando-os operacionais no menor tempo possível.³³⁸ Afirma-se, ainda, que a transferência da incumbência de confecção do projeto básico para a contratada resulta em diminuição do tempo de execução do empreendimento como um todo³³⁹, ou seja, a redução de prazo não ocorreria apenas em relação ao procedimento licitatório, em razão da redução de dois para um, mas também na totalidade da execução contratual, em razão da integração de responsabilidades. Por fim, há quem atribua a redução de prazos ao fato de a seleção e aprovação dos equipamentos e a escolha de materiais serem feitas de maneira mais informal na CI e gerenciadas mais eficientemente do que na LGL³⁴⁰.

³³⁵ MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit. p. 122.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645/DF. Op. cit.

³³⁷ BRASIL. Senado Federal. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Nota Técnica 126/2011. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/lido/2012/elaboracao/projeto-de-lei/440-notas-tecnicas-e-estudos/450-nota-tecnica-126_2011-pdf/at_download/file>. Acesso em: 23 maio 2018.

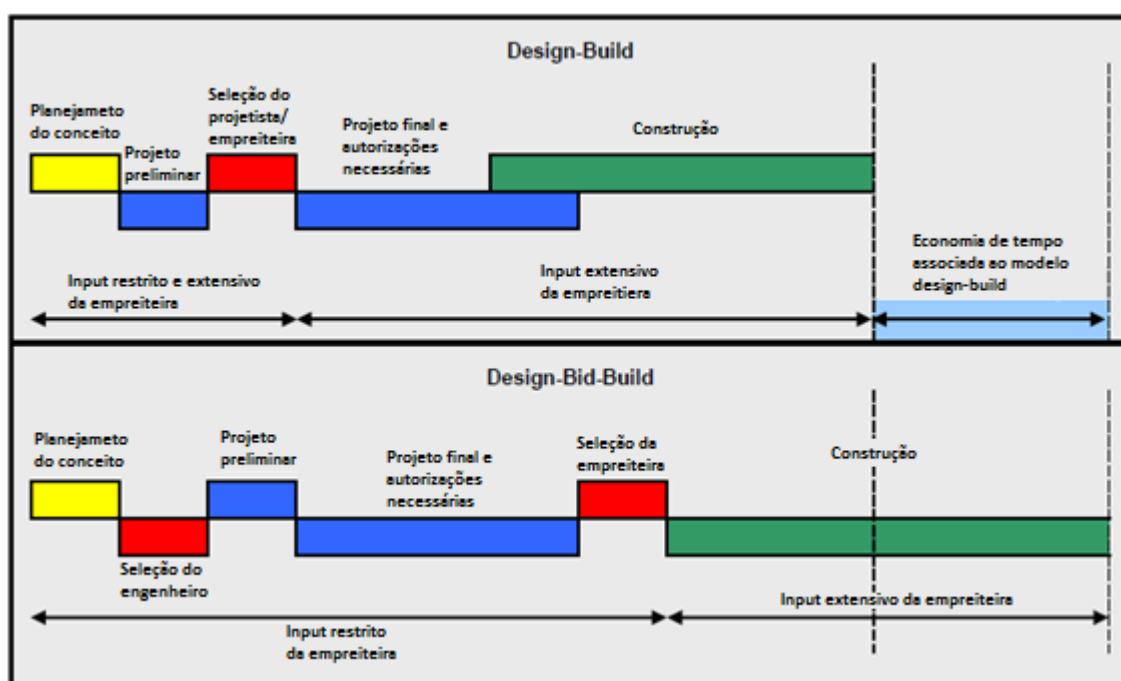
³³⁸ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

³³⁹ MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit. p. 122-123.

³⁴⁰ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

Filia-se à ideia de que a CI reduz o prazo das contratações públicas, no âmbito do poder público, o então Senador Inácio Arruda, que, em seu parecer quando da tramitação do RDC, asseverou que a contratação integrada torna mais céleres os certames.³⁴¹ Também o DNIT, em nota ao jornal O Globo, afirmou que licitar por CI resulta em economia de pelo menos dois anos ante o regime tradicional, em razão, especialmente, da economia de tempo entre a primeira licitação (projeto), a aprovação e a segunda licitação (execução da obra).³⁴² São inúmeras, ainda, as alusões aos estudos relativos ao *design-build*, com resultados positivos em termos de redução de prazo, bem sintetizada no quadro abaixo e cuja extrapolação à CI foi amplamente discutida no tópico 2.1.³⁴³

GRÁFICO 5 – GANHO DE TEMPO DO DB NA SEQUENCIA DE ATIVIDADES



Fonte: Tradução livre de Design-Build Effectiveness Study, da FHA, p. vii.

Há, também, tanto no âmbito do setor público quanto no âmbito doutrinário, aqueles que, em vez de simplesmente afirmar o potencial ganho de tempo decorrente da adoção da CI ou citar estudos internacionais, fizeram estimativas de prazos, com detalhamento por etapas do processo de contratação. Passa-se, agora, à apresentação e análise dessas estimativas.

³⁴¹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

³⁴² FARELLO, Danilo. No Brasil, governo tem três modelos de contratação para obras públicas. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/infraestrutura/no-brasil-governo-tem-tres-modelos-de-contratacao-para-obras-publicas-16152698>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

³⁴³ Cita-se, por todos, a alusão à redução de 3% no custo total das obras, estimada por gestores, quando adotado o DB, constante de PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa Op. cit. p. 118.

2.2.2 Estimativas dos prazos na CI

Serão analisadas três estimativas de prazo relacionadas ao uso da CI. As duas primeiras incorrem em no erro de exagerar na redução de prazo relacionada à transferência do encargo de elaborar o projeto básico ao particular. Verificações empíricas mostram que há, na verdade, majoração de prazo por conta dessa transferência de atribuição. Além disso, desconsideram o prazo necessário à aprovação do projeto básico, etapa que demanda certo tempo. A terceira estimativa é a que mais se aproxima da realidade, levando em conta os mencionados fatores, que serão analisados detalhadamente.

O DNIT, autarquia que está na vanguarda da utilização da CI,³⁴⁴ pontuou a redução de prazos proporcionada pela CI em apresentação realizada no 1º Seminário de Licitações e Contratos do DNIT³⁴⁵ posteriormente reprisada no âmbito da Comissão Especial para análise, estudo e formulação de proposições relacionadas à Lei n. 8.666/1993 (CELICITA)³⁴⁶:

³⁴⁴ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

³⁴⁵ BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. Regime Diferenciado de Contratações: lições aprendidas. 1º Seminário de Licitações e Contratos do DNIT, 2014. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/03-dnit-seminario-licitacoes-e-contratos-22-set-2014.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

³⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial para análise, estudo e formulação de proposições relacionadas à Lei 8.666, de 1993. A Lei de Licitações e Contratos e o Regime Diferenciado de Contratações, 2015. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/lei-das-licitacoes/documentos/audiencias-publicas/08-07.15/apresentacao-do-sr-tarcisio-gomes-de-freitas>>. Acesso em: 23 maio 2018.

QUADRO 10 – REDUÇÃO DE PRAZOS ESTIMADA PELO DNIT

Atividades	CI	Preço Global/Unitário	LGL
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: adaptação de DNIT, 2014 e de CELICITA, 2015.

Constata-se, da análise desses números, uma estimativa de redução de 420 dias no prazo total (até o início da obra) em decorrência da transferência do encargo de elaboração do PB ao particular (300 dias da desnecessidade de aprovação do projeto e 120 dias em ganho de tempo na elaboração). Haveria, em contraposição, um aumento de prazo de 120 dias (90 dias da elaboração do projeto e 30 dias da aceitação do projeto) atinentes à mencionada integração entre PB e execução da obra. Um cotejo entre esses dois prazos resultaria em um ganho de tempo da ordem de 300 dias (420 menos 120) quando adotada a CI, apenas em razão de questões ligadas aos projetos.

Por sua vez, Maurício Portugal Ribeiro et al. estimaram, com base em seus conhecimentos e experiência, prazos de contratações que utilizem o RDC (parte geral), a contratação integrada e o regime tradicional. Suas opiniões estão sintetizadas no quadro abaixo:

QUADRO 11 – REDUÇÃO DE PRAZOS ESTIMADA POR MAURÍCIO PORTUGAL ET AL.

Principais eventos para a contratação de uma obra	Tempo pela LGL	Tempo RDC	Tempo pela CI
Inclusão do objeto da obra no PPA	Feita geralmente no ano anterior	Feita geralmente no ano anterior	Feita geralmente no ano anterior
Inclusão no orçamento	Feita geralmente no ano anterior	Feita geralmente no ano anterior	Feita geralmente no ano anterior
Decisão administrativa de realizar a obra	.	.	.
Confecção do edital para contratar os estudos de engenharia	15-45 dias	15-45 dias	15-45 dias
Da publicação do edital até a assinatura do contrato	150 dias (se feita de forma expedita)	110 dias	110 dias
Elaboração do estudo de engenharia	120-270 dias corridos (projeto básico)	120-270 dias corridos (projeto básico)	40-90 dias corridos (anteprojeto)
Confecção do edital para contratar a obra	15-60 dias	15-60 dias	15-60 dias
Publicação e realização de audiência pública (só para obras acima de R\$ 150 milhões) até a publicação do edital	35-40 dias corridos (25 dias úteis)	35-40 dias corridos (25 dias úteis)	35-40 dias corridos (25 dias úteis)
Publicação do edital até a contratação	150 dias (se feita de forma expedita)	110 dias	110 dias
Total até a contratação (dias corridos)	485-715	405-675	325-495
Redução de prazo em relação à LGL (ponto médio)	.	10%	32%
Prazo, após a contratação, para iniciar a obra	30-60 dias para mobilização	30-60 dias para mobilização	60-120 dias para realizar projeto básico e mobilização
Total até início da obra (dias corridos)	515-775	435-735	385-615
Redução total de prazo em relação à LGL	.	9%	22%

Fonte: adaptação de PORTUGAL RIBEIRO, PRADO e PINTO JÚNIOR, 2012. p. 32-33.

Os autores atribuem a redução de prazo de 40 dias no evento “Da publicação do edital até a assinatura do contrato” à inversão de fases e à unicidade recursal, que reduziriam o prazo em 30 dias corridos; e à diminuição do tempo entre a publicação do edital e o recebimento das propostas, que reduziria o prazo em 10 dias corridos. Redução de prazo similar ocorre no evento “Publicação do edital até a contratação”, pelas mesmas causas.

Focando apenas nos pontos de redução de prazo obtida com o uso do RDC em relação à LGL, constata-se que a maior parte desse ganho adviria, na visão dos autores, da inversão de fases – algo em torno de 60 dias. Já em relação especificamente à CI, o maior ganho adviria da vantagem em transferir ao particular a elaboração do projeto básico, que, no ponto médio, demora 195 dias para ser elaborado sob a égide da LGL, contra 65 dias para a confecção do anteprojeto, também no ponto médio. Cotejando essa estimativa de ganho de tempo com o acréscimo proposto de 45 dias (relacionado ao tempo de elaboração do projeto básico pelo contratado), o resultado final seria de uma redução de prazo de 85 dias ($195-65+45$). Isso se deve, em parte, (na visão dos autores) à possibilidade de execução simultânea do projeto básico e da mobilização.³⁴⁷

A redução total de prazo, portanto, antes de se considerarem questões atinentes ao intervalo entre a contratação e o início da obra, seria de 32% na contratação integrada, em relação à LGL, conclusão citada até mesmo pela AGU, no Parecer n. 03/2012-AGU/RA³⁴⁸, no intuito de defender a ampliação das possibilidades de adoção da CI.

Após a contratação, como dito, ocorreria um acréscimo de 45 dias, no ponto médio, quando adotada a contratação integrada, devido à elaboração do projeto básico pela contratada. Isso resulta, por fim, em uma estimativa de redução de 22% no prazo total da contratação, quando utilizada a CI.³⁴⁹

Entende-se que **tanto as estimativas do DNIT quanto a de Maurício Portugal et al. estão distantes da realidade.**

Tanto a redução de 300 dias (DNIT) quanto a de 85 dias (Portugal et al.) no prazo total apenas por conta da transferência do encargo de elaborar o projeto básico ao particular – o que representa 58,6% (DNIT) e 75,9% (Portugal et al.) da diferença total de prazo entre CI e LGL – não encontra respaldo em verificações empíricas. O estudo realizado pela Câmara dos Deputados constatou que há redução de 64 dias na fase inicial, quando se transfere a elaboração do projeto básico ao particular; prazo esse mais que suplantado posteriormente, quando da efetiva elaboração do projeto básico pelo contratado, que leva, de acordo com o estudo da CGU,

³⁴⁷ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 34.

³⁴⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer n. 3/2012 AGU/RA. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/parecer-agu-rdc-contratacao-integrada.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

³⁴⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Op. cit., p. 34.

79 dias. Em suma, verificou-se empiricamente que, ao invés de um ganho de tempo por conta das responsabilidades relativas ao projeto básico e ao anteprojeto, a CI resulta, na verdade, em **aumento de prazo**, da ordem de **15 dias** (79-64). As verificações empíricas serão analisadas minuciosamente na seção seguinte.

Isso se deve, também, à desconsideração, nas duas estimativas, do tempo de aprovação do projeto básico pela Administração. Como se viu (1.4.1, b), essa fase não é simples e envolve a resolução de conflitos entre as partes. O Poder Público precisa debruçar-se sobre a solução proposta pelo contratado para se certificar de que atende aos requisitos do que foi pedido. Essa etapa demanda tempo considerável, estipulado nos editais do próprio DNIT em 60 dias (o que, como se verá, nem sempre é observado).

Muito mais próxima da realidade, portanto, é a estimativa feita por André Baeta, referente a uma edificação de 20 mil m², colocando, vis-à-vis, a CI e os demais regimes do RDC:

QUADRO 12 – AUMENTO DE PRAZO ESTIMADO POR BAETA

Etapas	CI	Demais Regimes
Levantamentos Preliminares	60 a 90 dias	60 a 90 dias
Plano de Necessidades	30 dias	30 dias
Estudo de Viabilidade	60 a 120 dias	60 a 120 dias
Licitação de Anteprojeto	90 a 180 dias	Etapa Inexistente
Licitação de Projetos	Etapa Inexistente	90 a 180 dias
Licenciamento e aprovação do projeto legal nos órgãos competentes	30 a 120 dias	30 a 120 dias
Licitação da obra e dos projetos, no regime de contratação integrada	120 a 240 dias	Etapa Inexistente
Desenvolvimento do Projeto Básico	60 a 120 dias	90 a 180 dias
Análise e aprovação do Projeto Básico	60 a 90 dias	30 a 60 dias
Licitação da obra nos demais regimes de execução contratual	Etapa Inexistente	60 a 120 dias
Elaboração do projeto executivo e Execução da obra	540 a 720 dias	540 a 720 dias
Prazo total	1050 a 1710 dias	990 a 1620 dias

Fonte: adaptação de BAETA, André Pachioni, 2016. p. 152-153.

Vê-se que o autor, ao contrário do que ocorreu nas estimativas anteriores, enxerga majoração do prazo total quando adotada a contratação integrada. No que concerne aos projetos,

os prazos para se licitar projeto básico e anteprojeto são similares, sendo a diferença de tempo apresentada relativa apenas ao desenvolvimento, à análise e à aprovação do PB (165 dias na CI e 180 nos demais regimes – considerando os pontos médios). Essa diferença seria de 25 dias (180-165) em favor da CI, num momento inicial.³⁵⁰

Posteriormente, no entanto, quando se agrega à estimativa de prazos questões relativas à licitação da obra, especialmente a complexidade do julgamento, característica da CI, o procedimento como um todo, na estimativa do autor, acaba por se tornar mais demorado quando adotado esse regime. No ponto médio, a CI apresenta prazo total de 1380 dias e os demais regimes, de 1305 dias. A diferença, em favor dos demais regimes, é, portanto, de 75 dias.

Passa-se, agora, às verificações empíricas realizadas por órgãos de controle, pela Câmara dos Deputados e entidades de arquitetura e engenharia. Esses estudos mostram que há, de fato, aumento de prazos quando utilizada a CI. Os prováveis motivos para isso serão detalhados após a apresentação dos estudos.

2.2.3 A contestação empírica do pressuposto de redução de prazos na contratação integrada

No que se refere à análise dos prazos, **o estudo do TCU** restringiu sua análise às fases interna e externa da licitação, que vai da autuação do processo à adjudicação do objeto. Foram desconsideradas as informações relativas aos prazos médios de elaboração dos projetos (projeto básico e anteprojeto), uma vez que parte considerável dos dados referentes à CI se referia a projetos antigos, até anteriores ao RDC, nitidamente envolvendo reaproveitamento de prospecções passadas, o que distorceria a análise.

O quadro geral da comparação mostra que o prazo médio da CI foi maior (421 dias) que o da LGL (325 dias) e que o dos outros regimes do RDC (279 dias), no caso das obras de duplicação e implantação. Já no caso das obras do Crema, o prazo médio da CI (240 dias) foi menor que o obtido pela LGL (344 dias) e maior que o dos outros regimes do RDC (182 dias).

³⁵⁰ BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 150-152.

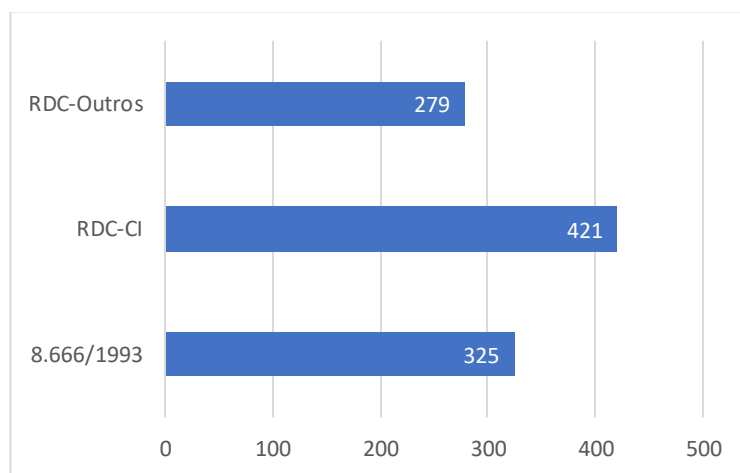
QUADRO 13 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS (RDC, CI E 8.666) PELO TCU

Tipo de Intervenção	Regime aplicável	Prazo relativo às fases interna e externa (dias)	Desvio Padrão	Número de Contratos
Duplicação e Implantação	8.666/1993	325	235	140
	RDC-CI	421	199	48
	RDC-Outros	279	192	34
Crema 2ª Etapa	8.666/1993	344	144	23
	RDC-CI	240	71	2
	RDC-Outros	182	61	38

Fonte: adaptação do Relatório do Acórdão 306/2017 – Plenário do TCU, p. 27.

Contudo, como ressalta o relatório do TCU, no caso das obras do Crema 2ª Etapa, o fato de haver apenas 2 contratos que utilizaram a CI prejudica a representatividade desse quesito na análise. Excluindo-se, portanto, as obras do Crema 2ª Etapa e tomando-se para análise apenas as obras de duplicação e implantação, pela similaridade entre os empreendimentos, chega-se ao seguinte gráfico (em dias):

GRÁFICO 6 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS (RDC, CI E 8.666) PELO TCU



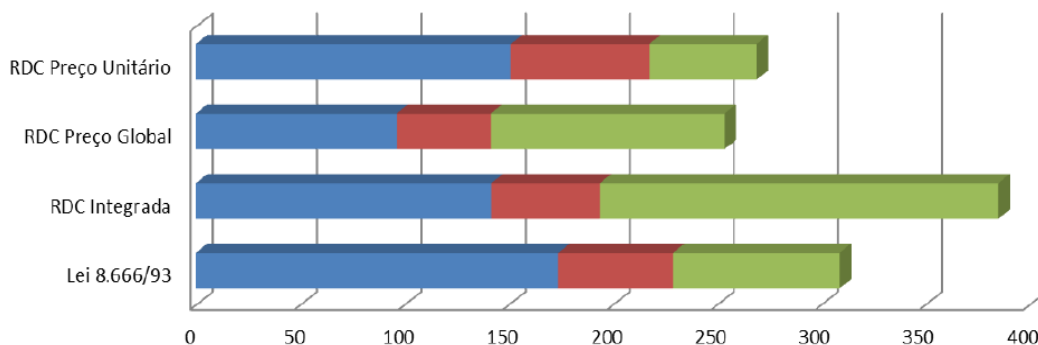
Fonte: adaptação do Relatório do Acórdão 306/2017 – Plenário do TCU, p. 27.

O TCU concluiu, em suma, que o prazo das fases externa e interna da CI supera o da Lei n. 8.666/1993, em média, em 96 dias e supera o do RDC (outros regimes) em 142 dias.

O estudo empreendido pela CGU dividiu a amostra da seguinte forma: prazo entre a primeira publicação e a homologação; prazo entre a homologação e a assinatura do contrato; e prazo entre a assinatura do contrato e o início das medições (o que marca o início da execução).

Comparou-se o desempenho da Lei n. 8.666/1993 com o RDC, regime de preço unitário; com o RDC, regime de preço global; e com a contratação integrada. Os resultados mostram que da primeira publicação ao início das medições, a contratação integrada apresenta prazos superiores aos dos demais regimes, com diferença (em média) de 76 dias em relação à Lei n. 8.666/1993, 132 dias em relação ao RDC-preço global e 116 em relação ao RDC-preço unitário.

GRÁFICO 7 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS (REGIMES) PELA CGU



Fonte: adaptação do Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 22.

QUADRO 14 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS E REGIMES PELA CGU

	Lei n. 8.666	CI	RDC-Preço Global	RDC-Preço Unitário	Cor
1ª publicação à homologação	174	142	96	151	Azul
Homologação à assinatura	55	52	45	66	Vermelho
Assinatura ao início das medições	80	191	112	52	Verde
TOTAL	309	385	253	269	

Fonte: adaptação do Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 22.

Tal fato merece atenção, pois corrobora o que foi colocado na parte teórica. O gargalo maior da CI, em relação a prazo, se concentrou na elaboração, análise e aprovação do projeto básico. Uma razão que pode explicar essa constatação, detalhada na parte teórica, é a maior complexidade das análises nessa etapa, em vista do critério de julgamento predominante – técnica e preço. Interessante observar que o prazo usual estipulado nos editais do DNIT para essa etapa é de 150 dias (90 dias para a elaboração do projeto básico e 60 dias para a aprovação), o que indica o descumprimento da avença ou por parte das contratadas ou por parte do próprio DNIT, uma vez que o prazo médio constatado foi de 191 dias.³⁵¹

³⁵¹ De acordo com a CGU: “Destaca-se também que o prazo médio entre assinatura do contrato e a primeira medição nos casos de contratação integrada, 191 dias, é maior que o usualmente concedido ao licitante vencedor para apresentação dos projetos, 90 dias, nos primeiros editais. Isso significa que estava havendo descumprimento

Já o **estudo empreendido pelo SINAENCO e pelo CAU/BR** aferiu a diferença de prazo entre os outros regimes do RDC e a CI, especificamente entre a data da publicação dos editais e a data da assinatura dos contratos. A conclusão foi que o prazo médio da publicação à assinatura dos ajustes na contratação integrada é de 252 dias e, nos outros regimes do RDC, de 199 dias, ou seja, o prazo médio da CI supera o dos outros regimes, em média, em **53 dias**.³⁵²

Por fim, o **estudo realizado pela Câmara dos Deputados** encontrou os seguintes prazos médios por regime: 504 dias para a CI, sendo 270 dias para a licitação do anteprojeto, 41 dias para a licitação da obra e 193 dias para a elaboração do projeto básico; 408 dias para o RDC-Preço Global, sendo 334 dias para a licitar o PB e 74 dias para a licitação da obra; e 451 dias para o RDC-Preço Unitário, com 334 dias para a licitação do PB e 117 para licitar a obra.

QUADRO 15 – PRAZOS MÉDIOS POR REGIME DE EXECUÇÃO (CD)

Fase	Contratação Integrada	RDC-Preço Global	RDC-Preço Unitário
Licitação do anteprojeto ou projeto básico	270	334	334
Licitação da obra	41	74	117
Elaboração do projeto básico (posterior)	193	.	.
TOTAL	504	408	451

Fonte: elaboração própria a partir de dados da NT n. 21/2015, da Câmara dos Deputados.

Da visualização do quadro, depreende-se que o prazo médio total necessário para licitar e adjudicar o objeto ao vencedor do certame na CI é superior prazo médio dos demais regimes em 75 dias ($504 - [(451 + 408) / 2]$). De acordo com a Câmara dos Deputados, a agilidade verificada no procedimento licitatório da CI é anulada, primeiro, pela necessidade de prévia licitação para contratar a elaboração do anteprojeto e de estudos preliminares e, em segundo lugar, pela concessão de prazo ao vencedor da licitação para elaboração do projeto básico, que deve ser posteriormente aprovado pelo Poder Público.³⁵³

de prazos pelas contratadas, ou mora do DNIT na aprovação dos projetos (prazo estipulado nos editais de 60 dias para aprovação dos mesmos pelo DNIT)". BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

³⁵² Dossiê DNIT: Dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/dossie-comprova-ineficia-da-contratacao-integrada-no-dnit/>>. Acesso em 28 mai 2018.

³⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

Em relação aos quatro estudos, cabe aqui um importante apontamento. O único que levou em conta o prazo entre a assinatura do contrato e o início das medições foi o estudo da CGU. Esse prazo tende a ser maior na contratação integrada, tendo em vista que o particular contratado para executar a obra terá de desenvolver o projeto básico, o que ocorre em momento anterior nos outros regimes. A diferença, para mais, entre os prazos médios, relacionada a esse quesito, considerando-se a CI, é de 79 dias em relação ao regime de preço global e de 139 em relação ao regime de preço unitário.

Tendo em vista essa discrepância, é possível afirmar que, caso fossem incluídos esses prazos nos estudos do TCU e das entidades de arquitetura e engenharia, as diferenças de prazo teriam sido ainda maiores.

Outra ressalva de suma importância para a análise desses estudos é que um dos objetivos da contratação integrada é a redução de prazo na fase de elaboração dos projetos/anteprojetos. Como o anteprojeto é mais simples que o projeto básico, intui-se que o tempo gasto nessa fase é menor que nos demais regimes, o que poderia compensar a majoração de prazo nas fases posteriores apontadas nos estudos. É necessário, pois, descontar o prazo “economizado” na fase de elaboração dos projetos.

Para possibilitar esse ajuste, utiliza-se informação constante do estudo da Câmara dos Deputados³⁵⁴. Como se observa no quadro 14, o prazo para elaboração/licitação do anteprojeto, na contratação integrada, é de 270 dias, em média. No caso do regime de preço unitário, esse prazo médio é de 334 dias, o mesmo do regime de preço global. Essa diferença, de 64 dias, pode ser usada como medida de desconto em relação às majorações de prazo presentes nos estudos do TCU e do CAU/BR e SINAENCO.

Dessa forma, utilizando-se a informação do valor de desconto (64 dias) e uma estimativa do valor de acréscimo (79 dias – levando-se em conta que o regime de preço global se aproxima mais da CI), chega-se ao seguinte (em dias):

³⁵⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

QUADRO 16 – ESTUDO DO CAU/BR E DO SINAECO COM AJUSTE DOS PRAZOS

	Contratação Integrada	RDC-Outros
Da publicação do edital à assinatura do contrato (dias)	252	199
Desconto (elaboração dos projetos)	(64)	0
Resultado	188	199
Acréscimo (elaboração do projeto posteriormente)	79	0
Prazo ajustado	267	199

Fonte: elaboração própria

QUADRO 17 – ESTUDO DO TCU COM AJUSTE DOS PRAZOS

	Contratação Integrada	RDC-Outros	Lei n. 8.666
Da autuação do processo à adjudicação do objeto (dias)	421	279	325
Desconto (elaboração dos projetos)	(64)	0	0
Resultado	357	279	325
Acréscimo (elaboração do projeto posteriormente)	79	0	0
Prazo ajustado	436	279	325

Fonte: elaboração própria

Apesar dos valores de acréscimos e descontos não serem perfeitamente precisos, uma vez que foram calculados sobre bases de dados diferentes das utilizadas nos estudos do TCU e do CAU/BR e SINAENCO, a similaridade do escopo de todas as informações analisadas nesse trabalho (obras do DNIT) e a representatividade das diferenças nas aferições (o prazo ajustado do estudo do CAU/BR e do SINAENCO resulta em aumento de 34,17% em dias, em relação aos outros regimes do RDC; já o estudo do TCU, quando trata desse mesmo ponto, resulta em aumento de 56,27% e, quando se considera a Lei n. 8.666/1993, aumento de 35,15%) permitem inferir que os prazos, no que se refere à utilização da contratação integrada, não foram reduzidos.

Entende-se que, primeiramente, isso decorre da necessidade de uma análise detalhada e minuciosa das propostas dos licitantes, que têm liberdade de propor qualquer solução que atenda aos parâmetros pré-definidos no anteprojeto, sendo o critério de julgamento adotado

preferencialmente técnica e preço.³⁵⁵ Essa tarefa é um desafio para a equipe responsável, que, apesar das limitações de responsabilidade na análise e aceitação dos projetos (decorrentes do art. 66, §2 e §3, do Decreto n. 7.581/2011), lidará com licitantes que tenderão a adotar soluções arrojadas a fim de diminuir seus custos com a obra, cabendo ao corpo técnico garantir que essas alterações não comprometam os parâmetros de desempenho requeridos no edital.³⁵⁶

O suposto ganho de tempo decorrente da desnecessidade de licitar ou elaborar projeto básico, portanto, acaba sendo suplantado pelas seguintes razões: mesmo sendo responsabilidade do contratado, o projeto básico ainda necessita de aprovação pela Administração, e a existência de metodologias inovadoras torna a complexidade dessa análise ainda maior que sob a égide dos regimes tradicionais; as lacunas deixadas propositalmente pelo anteprojeto podem ensejar a propositura de especificações de serviços e materiais de pior qualidade por parte do particular, demandando tempo para o encontro de solução conciliadora com o Poder Público; e a elaboração do edital é mais complexa, envolvendo detalhada repartição de riscos e condições de seguro.³⁵⁷

Além dessas razões, entende-se que há mais dois pontos fundamentais que suplantam, em geral, as possibilidades de redução de prazos na CI: **o primeiro**, bem ilustrado na estimativa de André Baeta, é o fato de que, ao contrário do que pressupõe parte da doutrina e a AGU, a Administração não se incumbe da preparação do anteprojeto de engenharia com seus próprios recursos, o que torna a suposta redução do número de licitações de duas para uma irreal. De acordo com a CGU, em todas as contratações integradas analisadas pelo órgão, os anteprojetos foram desenvolvidos, ao menos em parte, por empresas contratadas.³⁵⁸ Maurício Portugal et al., apesar dos problemas em sua estimativa, já anteviram essa circunstância³⁵⁹ em 2012.³⁶⁰

³⁵⁵ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Relatório de Auditoria OS n. 201505075. Disponível em: <<http://auditoria.cgu.gov.br/public/relatorio/consultar.jsf?rel=9107>>, p. 1. Acesso em: 11 mar. 2017.

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 294-295.

³⁵⁸ Para estabelecer um marco temporal, o estudo da CGU foi publicado em janeiro de 2017. BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

³⁵⁹ José Antônio Pessoa Neto e Marcelo Correia também se posicionam de maneira semelhante. Para eles, a CI demanda o mesmo conjunto de atividades que os demais regimes, com exceção da licitação do projeto básico, cujo prazo, contudo, acaba por ser compensado pela licitação do anteprojeto de engenharia, salvo nos casos em que for preparado pela Administração, “o que deve ser a menor parte dos casos diante do conjunto de informações demandadas”. PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Op. cit. p. 172.

³⁶⁰ “Note-se que a exigência de anteprojeto não necessariamente acaba com a necessidade da duplicidade de licitação para a realização da obra, porque mesmo exigindo-se apenas o anteprojeto como condição para o início da obra, muito provavelmente, a Administração Pública terá que contratar a realização do anteprojeto, para só depois contratar a realização da obra. Somente em situações raras a Administração Pública é capaz de realizar diretamente (sem contratar entre privado para tanto) o anteprojeto de obras”. RIBEIRO, Maurício Portugal;

Ressalta-se, entretanto, que licitar o anteprojeto não representa um problema por si só. O que se aponta, aqui, é apenas uma suposição irreal por parte dos que anteviam redução de prazo na CI por conta da redução do número de licitações.

Soma-se a isso o fato de os anteprojetos suprimirem informações relevantes, o que gera deficiências de precificação e demora na aprovação posterior do projeto básico.

O **segundo ponto** é que um gargalo das licitações que não é atacado pela CI reside nos procedimentos para a obtenção de licenças ou para a aprovação de projetos junto a inúmeros órgãos licenciadores, como alvará de construção e aprovação do corpo de bombeiros e das companhias de água e esgoto, que só podem ser solicitados após aprovação do projeto básico, não sendo passíveis de adiantamento. Também faz parte desse gargalo a resolução de questões fundiárias e relativas a desapropriações³⁶¹ dos imóveis, que podem levar ao ajuizamento de ações na justiça para a regularização dos terrenos e propriedades em que a obra será implantada, além do que as áreas a serem desapropriadas, geralmente, só são definidas após a concepção do projeto básico, o que pode atrasar o deslinde administrativo ou judicial dessa questão.³⁶²

Essa posição é similar à da Câmara dos Deputados, manifestada na NT n. 21/2015, quando afirma que licitar e contratar obras sem a Licença de Instalação significa desconhecer os reais custos do empreendimento, uma vez que ainda não foram definidas as medidas mitigadoras ou compensatórias e seus custos, que dependem do projeto básico para serem delineados. Além disso, questões relativas a desapropriações e remanejamentos de interferências, que costumam envolver equipamentos de responsabilidade de concessionárias de serviços públicos, também geram incertezas, pois somente com o detalhamento dos projetos será possível definir com clareza as áreas a serem desapropriadas e as interferências a serem remanejadas.³⁶³ Logo, licitar obras apenas com anteprojeto, sem as licenças ambientais e os

PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 30.

³⁶¹ O problema das desapropriações também é apontado como um dos entraves às contratações públicas por Antônio Carlos Amaral: “Na execução de obras públicas, é comum a interferência de três fatores que prejudicam o cumprimento do contrato exatamente nos termos em que foi pactuado pelas partes. Um é a necessidade de serem efetuadas alterações e adaptações no projeto original. Outro é o **atraso nas desapropriações de imóveis que serão afetados de alguma maneira pela construção**. O terceiro é o atraso na disponibilização dos recursos financeiros previstos” (grifo nosso). AMARAL, Antônio Carlos. Comentando as Licitações Públicas. Rio de Janeiro, Temas & Ideias Editora: 2002, p. 69-71.

³⁶² BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 150-152.

³⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

projetos de desapropriação e de remanejamento de interferências, aumenta demasiadamente as incertezas relacionadas aos custos e ao cronograma de execução do empreendimento.³⁶⁴

Ilustra os pontos citados nesta seção a obra de implantação e pavimentação da rodovia BR-487/PR, que deveria ter sido finalizada em 26 de maio de 2015, porém, com prorrogações que somavam 485 dias, a obra ainda não estava concluída. De acordo com a CGU, as motivações dessas prorrogações foram 119 dias de atraso no DNIT, por conta da aprovação do projeto básico, e demora na desapropriação das áreas.³⁶⁵

Portanto, quando a obra impuser prévia desapropriação como requisito da ordem de serviço é conveniente que a responsabilidade por sua geometria e localização seja alocada ao Poder Público na modelagem contratual, sendo condição de contorno do projeto básico.³⁶⁶

Quanto às licenças ambientais, na tentativa de diminuir os entraves a ela relacionados, o TCU determinou ao DNIT que apresentasse plano de ação com vistas a **exigir a obtenção da licença prévia ambiental antes da licitação de obras que adotem a CI**.³⁶⁷ Para que a determinação fique mais clara, esclarece-se que existem três espécies de licença ambiental:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.³⁶⁸

A decisão do TCU é acertada. Refere-se apenas à licença prévia, que deve ser de responsabilidade da Administração e cujos estudos afetos à sua obtenção devem ser realizados antes da licitação, como meio de ampliar a eficácia e a competitividade do certame. Já a licença de instalação deve ser obtida antes da ordem de serviço, não havendo problema em atribuí-la

³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

³⁶⁶ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 311.

³⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2725/2016. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 26/20/2016. Disponível <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=547072>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

³⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama. Resolução n. 237/1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

ao particular, no entanto algumas questões relativas à LI fogem às tratativas contratuais, podendo envolver providências onerosas. Por fim, a licença operacional pode ser risco do contratado.³⁶⁹

Entende-se que os motivos expostos acima esclarecem, se não totalmente, parte considerável da majoração de tempo relacionada à CI, levando, por consequência, à contestação desse pressuposto. Verifica-se, a seguir, o pressuposto relativo à redução de custos.

2.3 A VERIFICAÇÃO DO PRESSUPOSTO DE REDUÇÃO DOS CUSTOS NA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

As mesmas considerações feitas em relação aos prazos valem para o pressuposto ora em comento. A inversão das fases de habilitação e julgamento, a fase recursal única e a forma eletrônica contribuem para o melhor desempenho do RDC no que se refere à redução de custos. De forma similar ao que se deu com os prazos, a parte geral do RDC se mostrou vantajosa nesse aspecto. Contudo, mesmo com referida a melhoria procedimental, a CI não logrou se sair melhor que a LGL, e muito menos que os outros regimes do RDC, em relação aos custos.

Assim como a seção anterior, esta será dividida em dois tópicos, quais sejam: considerações teóricas e estimativas sobre a redução de custos na contratação integrada; e contestação empírica do pressuposto de redução de custos na contratação integrada.

2.3.1 Considerações teóricas sobre a redução de custos na contratação integrada

O pressuposto da redução de custos aparece, como o anterior, na mencionada manifestação da AGU, no âmbito da ADI n. 4.645, que aponta a CI como fator que importará em economia ao erário.³⁷⁰ Da mesma forma, a CGU, ao discorrer sobre os objetivos pelos quais a CI foi editada, cita, entre eles, a economia financeira.³⁷¹

Ainda no âmbito do setor público, a redução dos custos é citada pelo DNIT como vantagem da CI, em decorrência da já amplamente discutida associação entre esse regime e o *design-build*.³⁷²

³⁶⁹ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 310.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645/DF. Op. cit.

³⁷¹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

³⁷² “Em 2006, a Agência do Governo Federal Norte-Americano (FHWA, 2006) elaborou um relatório, cujo objetivo era aferir a efetividade do novo modelo de contratação – *design-build* (contratação integrada) – em obras de implantação, adequação da capacidade, restauração, túneis e pontes. Uma das conclusões do estudo foi de que

Contudo, diferentemente do que ocorre em relação à redução dos prazos, o pressuposto da diminuição de custos não é tão difundido. As vantagens da CI restringir-se-iam, para alguns, à melhoria da qualidade, à redução de prazos, à definição clara de parâmetros de performance e à flexibilidade para discutir rapidamente soluções inovadoras.³⁷³ Logo, a economia de recursos não deveria ser o foco do Governo ao adotar a CI.³⁷⁴

De fato, a redução nos custos parece, à primeira vista, contrária à lógica econômica da CI, uma vez que há maiores incumbências direcionadas aos particulares por fatos supervenientes ou desconhecidos, e maiores riscos repercutem em preços mais elevados. Há quem diga, inclusive, que a aferição de vantajosidade da CI não deve tomar como parâmetro os valores obtidos com outros regimes de execução, mas o conjunto da obra ou serviço de engenharia, em termos de qualidade, pois o custo das propostas, com a CI, será quase sempre maior, haja vista a maior transferência ao particular do risco negocial.³⁷⁵

Porém, não é desarrazoado pensar que uma análise detalhada de cada risco associado à contratação, com a consequente transferência à parte que melhor possa gerenciá-lo, associada à inovação tecnológica e metodológica proveniente dos particulares, pode ensejar redução de preços.³⁷⁶

A incerteza associada aos riscos transferidos aos particulares, apesar de impactar o orçamento da obra, deverá ser contrabalanceada com maior liberdade na busca da melhor solução quando da execução contratual. Para isso, as especificações do anteprojeto deverão se restringir aos critérios de qualidade, segurança e durabilidade do empreendimento. Essa maior liberdade poderá redundar em alternativas com menores custos do que aquela que eventualmente teria sido fixada no projeto básico, se fosse adotado o regime tradicional. Os menores custos, em decorrência do ambiente competitivo, deverão repercutir em propostas mais vantajosas, privilegiando o princípio da economicidade.³⁷⁷

A transferência de maiores responsabilidades ao contratado estaria acompanhada de estímulos à utilização de sua capacidade de engenharia e inovação para reduzir os custos do

(...) o custo dos projetos foi reduzido em 3% (grifos nossos)”. 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: 01 de jun. 2018.

³⁷³ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit. p. 114.

³⁷⁶ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 293-294.

³⁷⁷ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. Op. cit. p. 247.

empreendimento, pois parte dos ganhos de eficiência seriam a ele destinados, diferentemente dos demais modelos de obras públicas, que transferem esses ganhos integralmente ao Poder Público.^{378 379}

Além da maior transferência de riscos, outro motivo que torna esse pressuposto menos popular que a redução de prazos é a restrição à competitividade decorrente da integração de todas as etapas da solução. O parcelamento do objeto, cuja racionalidade reside na ampliação da competitividade ocasionada pela segmentação qualitativa e quantitativa do que se deseja contratar, ocasiona redução da dimensão dos requisitos de participação na licitação, ensejando a ampliação do universo de ofertantes, com ganhos econômicos para a Administração.³⁸⁰ A CI vai de encontro a essa lógica, pois restringe o escopo de agentes privados aptos a participar do certame. Esse efeito da integração entre projeto e execução é observado, inclusive, no *design-build* norte-americano, cuja redução do número de licitantes e majoração das chances de fracasso dos certames são apontados como riscos desse modelo.³⁸¹

Tal fato pode, ainda, ensejar uma ampliação do denominado “efeito cotação”, que surge em vista dos preços constantes das tabelas de preços oficiais, como Sicro e Sinapi, não considerarem fatores específicos das negociações, como parcelamento das compras e poder de barganha por grande escala, sendo normalmente maiores.³⁸² Uma competição acirrada entre as propostas, mais provável quando houver grande número de licitantes, mitiga esse efeito, o que, em vista do distanciamento da diretriz do parcelamento, pode não ocorrer na contratação integrada.

Porém, o parcelamento não é solução aplicável a todos os casos. Há hipóteses que ensinam a integração de prestações diversas, como forma de evitar perdas e ineficiência na execução contratual. Ou seja, razões de ordem econômica e técnica poderão recomendar a integração de escopos sob a mesma contratação, o que excepcionará o dever de

³⁷⁸ Ibidem. p. 247.

³⁷⁹ Para que de fato ocorra essa apropriação de ganhos de eficiência, pode ser necessário valer-se do instituto da remuneração variável, constante do art. 10 da Lei n. 12462/2011: 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. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

³⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206.

³⁸¹ PARK, Moonseo; JI, Sae-Hyun; LEE, Hyun-Soo; KIM, Wooyoung. Strategies for Design-Build in Korea Using System Dynamics Modeling. Journal of Construction Engineering and Management, 2009, vol. 135, p. 1125-1137.

³⁸² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, DOTI, Marinês Restelatto. Regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia no RDC: o “Padrão FIFA” é legítimo?. Op. cit.

fracionamento.³⁸³ A ampliação da competição é importante, mas não é o único objetivo do Poder Público com a licitação. A obtenção da proposta mais vantajosa vem em primeiro lugar. A divisão do objeto pode, inclusive, gerar atraso na execução, pois exige grande esforço na harmonização das partes, num país em que a responsabilidade pelo atraso enseja penalidades ínfimas e falta de qualificação dos gestores públicos.³⁸⁴

Nesse sentido, cita-se julgado do TCU relacionado a denúncia de possíveis restrições ao caráter competitivo das licitações empreendidas pela INFRAERO para a reforma e ampliação dos aeroportos Santa Genoveva, em Goiânia, de Vitória, no Espírito Santo e Santos Dumont, no Rio de Janeiro, no qual se assentou que, no âmbito de determinadas obras, nem sempre o parcelamento é tecnicamente viável, uma vez que as segmentações podem constituir um conjunto indissociável, sendo “elementos de um sistema”. Entendeu a Corte de Contas que obras aeroportuárias são complexas e de alto custo, com necessária integração entre as diversas etapas e setores envolvidos, em que soluções tecnológicas adotadas para um setor podem gerar reflexos no sistema como um todo, com grande interdependência.³⁸⁵

O fracionamento, pois, mostrou-se inadequado para empreendimentos do porte de construção de aeroportos, gerando carga de trabalho excessiva para o Poder Público, perda de tempo e insucessos dos processos.³⁸⁶ A ausência de um integrador definido termina por alocar essa responsabilidade à Administração e por isentar os contratados pelo insucesso no gerenciamento do conjunto de atividades. Por tudo isso, conclui o TCU que a decisão da INFRAERO de licitar as obras como um todo foi coerente com jurisprudência da Corte de Contas.³⁸⁷

Apenas para aclarar esse ponto, entende-se, aqui, que o fracionamento não é solução adequada a todos os casos, o que quer dizer que a diretriz do parcelamento pode ser mitigada. Contudo, isso não afasta a imprescindibilidade da maior competição. Apesar de ser inerente à CI um menor número de empresas aptas a concorrer, deve-se colocar em prática medidas que ampliem a competitividade nos certames, exigindo-se apenas a qualificação estritamente necessária à execução do empreendimento, afinal, o maior número de concorrentes é fator que

³⁸³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. Op. cit. p. 206.

³⁸⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; REOLON, Jaques Fernando. Op. cit.

³⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1692/2004. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 27/10/2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20041117/TC%20020.010.doc>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

³⁸⁶ Ibidem.

³⁸⁷ Idem.

possui forte correlação com menor preço. Uma medida possível é o estímulo à qualificação de construtoras para que se tornem aptas a projetar e executar obras, e assim participarem de certames sob esse regime.

Em suma, há, *a priori*, argumentos defensáveis e coerentes sugerindo a possibilidade de redução de custos quando utilizada a CI, tanto em termos da maior transferência de riscos, que seria compensada pela integração e pela liberdade referente à solução, quanto em relação à menor concorrência pelo não parcelamento das atividades, uma vez que nem todos os objetos devem ser fracionados. Vê-se, pois, que o pressuposto ora em comento não é de todo desarrazoado na teoria.

No entanto, assim como no caso dos demais pressupostos, as verificações empíricas realizadas no Brasil, que são o instrumento próprio para verificações de vantagens teóricas, demonstraram a inadequação de se defender esse regime com base na economia de recursos por ele gerada. Passa-se, agora, aos estudos.

2.3.2 A contestação empírica do pressuposto de redução de custos na contratação integrada

Os estudos empíricos aferiram as diferenças de custos na adoção dos regimes de execução de obras e serviços de engenharia. As verificações apontaram, em geral, no sentido do maior dispêndio de recursos na contratação integrada, quando comparada ao regime da LGL e à parte geral do RDC.

Um primeiro ponto que contribui para isso é o aumento da incerteza em relação aos custos dos empreendimentos, medida pela variação das propostas dos licitantes:

QUADRO 18 – VARIAÇÃO DA PROPOSTAS

	Diferença média entre o 3º e o 1º LANCE	
Empreitada por Preço Unitário	12,81%	26,92%
Contratação Integrada	18,36%	20,59%

Fonte: adaptação da NT n. 21/2015, da Câmara dos Deputados.

Quando se compara os valores da CI com a EPU, fica clara a maior variação das propostas na CI, de 18,36%, com desvio padrão de 20,59% (na EPU, a diferença entre a 3ª e a melhor proposta é, em média, de 12,81%, com desvio padrão de 26,92%). Há, portanto,

aumento da incerteza da ordem de 43% quando utilizada a CI (em oposição à EPU). Essas incertezas podem contribuir tanto para o menor número de licitantes, o que, como se viu, enseja menor competitividade e, conseqüentemente, menor desconto, quanto para o aumento do preço das propostas, pela precificação do risco.

A esse respeito, o TCU já havia constatado que a competitividade, avaliada pela maior quantidade de licitantes participando do certame, é fator que aumenta os descontos obtidos, corroborando a teoria:

(...) pode-se afirmar que as médias de desconto obtidas, na INFRAERO, aumentaram à medida que houve maior quantidade de licitantes participando do certame. (...) no grupo de RDCs que tiveram um ou dois licitantes, a média de desconto obtida foi de 3,28%. No grupo que tiveram três ou quatro licitantes participantes, a média foi de 4,03%, enquanto que no grupo que teve cinco ou mais participantes a média foi de 7,30%.³⁸⁸

No estudo ora analisado, tal correlação novamente mostrou-se presente, uma vez que maiores médias de licitantes na LGL (6,8) e nos outros regimes do RDC (6,7) estão acompanhadas de maiores descontos médios nas licitações (5,87% e 9,84%). Na CI, um menor número médio de licitantes (5,7) está correlacionado a um menor desconto médio (4,41%).

QUADRO 19 – DESCONTOS MÉDIOS POR REGIME DE EXECUÇÃO (TCU)

Regime de Execução	Média de licitantes	Desconto médio na licitação	Desvio padrão	N. de licitações
Contratação Integrada	5,7	4,41%	5,82%	50
RDC-Outros	6,7	9,84%	8,66%	74
Lei n. 8.666/1993	6,8	5,87%	6,61%	236

Fonte: adaptação do Relatório do Acórdão 306/2017 – Plenário do TCU, p. 15.

A partir desses dados, conclui-se que os descontos médios obtidos em licitações que utilizam a CI são menores, refletindo o menor número de participantes. Em relação ao preço médio por quilômetro das obras, os dados fornecidos pelo DNIT ao TCU não permitiram uma avaliação conclusiva desse quesito, ante problemas metodológicos.³⁸⁹

³⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1901/2016. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 20/07/2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/Acompanhar/Processo?p1=11751&p2=2016&p3=9>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

³⁸⁹ Vide itens 122 e 123 do Relatório do Acórdão 306/2017-TCU-Plenário.

O estudo realizado pela CGU reafirmou a conclusão do TCU de que existe correlação entre o número de licitantes e o desconto médio ofertado ao Poder Público, primeiramente no plano teórico:

Um dos indicadores de economicidade em compras governamentais é a existência de concorrência nos certames promovidos. No caso de obras públicas, considerando a hipótese que a mesma será concluída nos termos em que foi contratada, a existência de concorrência garante que o preço avençado corresponde ao efetivo preço de mercado, ressalvada a existência de cartel ou fraude.

E posteriormente, no plano empírico, quando constatou que o desconto obtido com o uso da CI é menor que o obtido com o regime de preço global, que é menor que o obtido com preço unitário, em variação inversa à média de licitantes, como se vê no quadro abaixo:

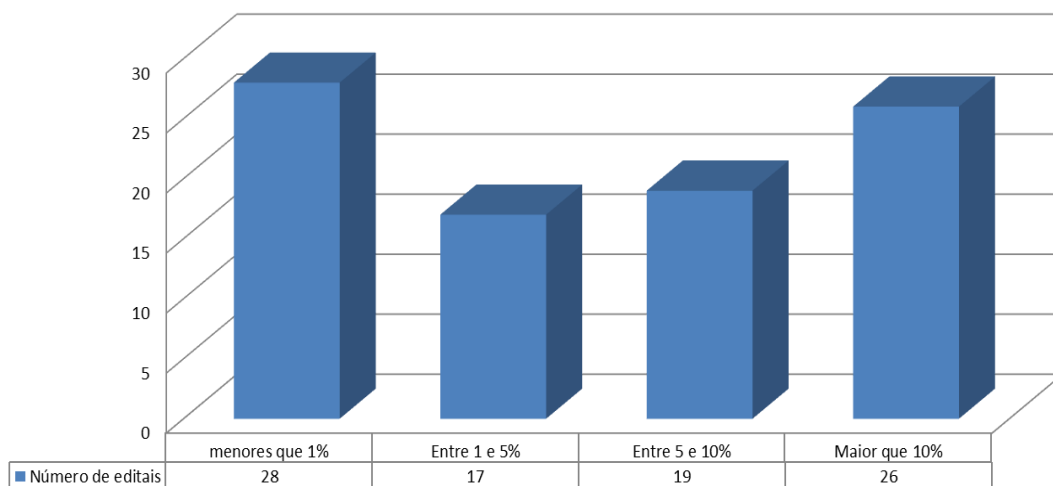
QUADRO 20 – DESCONTOS MÉDIOS POR REGIME DE EXECUÇÃO (CGU)

Regime de Execução	Desconto médio por edital	Média de licitantes
Contratação Integrada	6,56%	4,29
Preço Global	10,77%	4,47
Preço Unitário	15,87%	6,33

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU.

Esses percentuais de desconto foram analisados com mais detalhe. Contatou-se que há forte concentração na faixa de até 1%, ou seja, muito próximos ao orçamento estimado pela Administração, como se percebe no gráfico abaixo, que engloba os três regimes:

GRÁFICO 8 – NÚMERO DE EDITAIS POR FAIXA DE DESCONTO



Fonte: Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 43.

Desses 28 editais com descontos inferiores a 1%, 24 são regidos por contratação integrada, fortalecendo a conclusão de que um menor número de licitantes enseja menores descontos.

Em relação aos custos totais por regime de execução, a CGU fez um exercício de comparação, adotando um mesmo orçamento de referência de R\$ 100 milhões, agregando os dados referentes às taxas médias de desconto, risco e aditivos, e chegou ao seguinte:

QUADRO 21 – COMPARAÇÃO ENTRE CUSTOS DOS REGIMES (CGU)

	Contratação Integrada	Preço Global	Preço Unitário
Orçamento de Referência	100	100	100
Taxa de Risco	4,79	-	-
Preço de referência para Licitação	104,79	100	100
Desconto médio obtido por regime	4,04	10,49	12,36
Preço inicial do Contrato	100,56	89,51	81,64
Aditivos médios por regime	3,70%	9,99%	8,37%
Frequência de aditivos de Valor	10%	55%	85%
Preço Final do Contrato	100,93	94,43	93,88
Diferença entre os regimes	-	6,9%	7,5%

Fonte: adaptação do Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 72

Partindo da premissa da correção dos dados da CGU, além de presumir que os descontos não são frutos de superestimativas por parte do Poder Público, chega-se à conclusão de que o custo final, ao se adotar a contratação integrada, é em média 7,5% maior que o obtido quando se adota o regime de preço unitário e 6,9% maior que o obtido quando se adota o regime de preço global. Esses valores já levam em conta tanto a frequência dos aditivos nos regimes quanto seus valores médios.

Por fim, o estudo empreendido pelo CAU/BR e pelo SINAENCO, comparando-se o montante orçado pelo DNIT e o valor total das contratações, chegou ao seguinte:

QUADRO 22 – DESCONTOS TOTAL POR REGIME DE EXECUÇÃO

Regime de Execução	Montante licitado (R\$)	Montante contratado (R\$)	Desconto total
Contratação Integrada	13.775.000	12.974.000	5,8%
RDC-Outros	10.837.000	9.947.000	12,4%

Fonte: adaptação do “Dossiê DNIT”, elaborado pelo CAU/BR e pelo SINAENCO, p. 10.

Verifica-se, pois, no estudo das entidades de arquitetura e engenharia, descontos mais de 100% maiores ao se adotar os outros regimes de execução do RDC (12,4%), em relação à adoção da CI (5,8%).

Outro fator que contribui para o aumento de custos é a quantidade de licitações malsucedidas, pois há necessidade de repetição do pleito, com retrabalho. Nesse ponto, o TCU detectou percentuais mais elevados de licitações anuladas, desertas e revogadas na CI em comparação com os demais regimes, como se depreende do seguinte quadro:

QUADRO 23 – ÍNDICE DE LICITAÇÕES MALSUCEDIDAS (TCU)

Regime de Execução	Anulada	Deserta	Revogada	Suspensa	N de licitações
Contratação Integrada	7,4%	1,1%	31,6%	0%	95
RDC-Outros	5,6%	0,9%	20,4%	0%	108
Lei n. 8.666/1993	4,1%	0,9%	21,3%	0,3%	342

Fonte: Relatório do Acórdão 306/2017 – Plenário do TCU, p. 28.

Destacam-se, do quadro acima, os maiores percentuais relativos à contratação integrada, que, no entender do TCU, podem estar relacionados à ausência de projeto básico. Outra razão para isso pode ser a necessidade de expertise mais abrangente por parte dos licitantes, que devem oferecer serviços de elaboração de projeto e execução de obras, normalmente complexas, o que demanda um amplo preparo por parte das empresas, e não há preparação nas escolas de engenharia e de arquitetura para manejar tamanho grau de complexidade.³⁹⁰

Já a CGU mediu a taxa de sucesso por regime de execução, sendo essa taxa o número de lotes homologados em relação ao número de lotes publicados menos os revogados e anulados: Taxa de Sucesso = Lotes Homologados / [Lotes Publicados – (Anulados +

³⁹⁰ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

Revogados)]. O resultado foi que a taxa de sucesso da CI mostrou-se ligeiramente inferior à do Preço Global e significativamente inferior à do Preço Unitário.

QUADRO 24 – TAXA DE SUCESSO POR REGIME DE EXECUÇÃO

	Contratação Integrada	Preço Global	Preço Unitário
Taxa de Sucesso	70,6%	71,4%	93,1%

Fonte: Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 15.

Nesse quesito, a CGU afirmou que o pior desempenho da CI já era esperado, pois, além da maior transferência de riscos, que é um fator inibidor, a orçamentação com anteprojetos é mais imprecisa, gerando preços de referência irreais para as obras. Quando esse preço de referência é inferior ao de mercado, ou seja, quando há subestimativa dos custos de referência, há grande probabilidade de ocorrer uma licitação fracassada ou deserta.³⁹¹

Por fim, a Câmara dos Deputados, analisando o mesmo quesito, apontou que a média de licitações fracassadas utilizando o RDC foi de 37%, sendo ainda mais alta no caso da CI – 40%.³⁹²

Há, ainda, um último fator a ser considerado quando da análise dos custos nos regimes de execução: a taxa de risco, devidamente explicada no tópico 1.4.2. A CGU constatou, em seu estudo, acréscimos por conta desse instituto em 21 de 48 contratos, com média de 10,95%. Para o cálculo dessa taxa, o DNIT utiliza uma metodologia baseada em dados históricos, ou, na sua ausência, baseada na opinião de especialistas. Dos 21 contratos com taxa de risco analisados pela CGU, 18 basearam-se em dados históricos, com taxa média de 11,94%; e 3 se basearam na opinião de especialistas, com taxa média de 5%.

Segundo a CGU, esses percentuais sugerem deficiência na metodologia do DNIT no cálculo com dados históricos, uma vez que não foi considerada a motivação dos aditivos. Muitos desses aditivos foram lavrados a pedido da Administração, o que também é permitido na CI, e não por erros de projeto ou variações de quantidades, ou seja, sem relação com as

³⁹¹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

³⁹² BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

diferenças entre a CI e os demais regimes. Logo, o DNIT estaria superestimando os riscos da futura contratada.³⁹³

Outro problema metodológico atinente à taxa de risco é a desconsideração dos “riscos positivos”, que são a probabilidade de que a obra seja executada a um preço menor que o previsto. De acordo com a CGU, o anteprojeto, diferentemente de projetos mais desenvolvidos, não apresenta soluções “otimizadas” e parte de premissas conservadoras ou até antieconômicas, o que aumenta a probabilidade de as contratadas incorrerem em custos menores que os previstos pelo DNIT.³⁹⁴

Conclui-se, portanto, que os quatro estudos aqui analisados demonstram aumentos nos custos quando adotada a contratação integrada, tanto em relação à LGL quanto em relação aos demais regimes do RDC. Isso ocorreu tanto por conta dos menores descontos quanto por conta das menores taxas de sucesso e até mesmo por problemas no cálculo da taxa de risco.

O próximo e último pressuposto analisado está relacionado aos aditivos contratuais.

2.4 A VERIFICAÇÃO DO PRESSUPOSTO DA INVIABILIDADE DE ADITIVOS

Os contratos administrativos podem sofrer alterações nos casos permitidos em lei. Essas modificações são formalizadas por meio de termo de aditamento, também chamado de aditivo. O aditamento, ou aditivo, pode ser usado para efetuar acréscimos ou supressões no objeto contratual, prorrogações de prazos, repactuações, além de outras modificações admitidas no ordenamento.³⁹⁵

Argumenta-se que a contratação integrada possui uma grande vantagem, pois inviabiliza a celebração de termos aditivos.³⁹⁶ Apesar disso, é certo que afirmar a impossibilidade de aditivos na CI é posicionamento exagerado, uma vez que, como será demonstrado, a própria redação da lei os admite em certos casos. Um ajuste nesse pressuposto, portanto, levaria à ideia de que a **contratação integrada reduz o número de aditivos** em obras e serviços de engenharia, e não que os inviabiliza.

³⁹³ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

³⁹⁴ Ibidem.

³⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: orientações básicas. 4. ed. Brasília, 2010. p. 655-656.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645/DF. Op. cit.

Esse pressuposto será confirmado, uma vez que os estudos empíricos de fato mostram uma redução dos aditivos quando adotada a CI, tanto de valor quanto de prazo. Há que se levar em conta, contudo, que as obras maiores e mais complexas estão em andamento, não sendo esse o momento ideal para considerações sobre aditivos contratuais, o que fragiliza a confirmação.

2.4.1 A regra geral dos aditamentos contratuais no RDC

No âmbito do RDC, a regra geral para alterações contratuais, por força do art. 39 da Lei n. 12.462/2011, é a disciplina da Lei n. 8.666/1993.³⁹⁷ Essa última lei prevê a chamada alteração unilateral, quando procedida pelo Poder Público, e a alteração por acordo entre as partes, quando procedida em comum acordo com o contratado.

A alteração unilateral, de acordo com o inciso I do art. 65 da LGL, ocorre quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; ou quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto.³⁹⁸

Já a alteração por comum acordo entre as partes, constante do inciso II, ocorre:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.³⁹⁹

Para quaisquer alterações, valem os comandos abaixo:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25%

³⁹⁷ “Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei”. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

³⁹⁸ BRASIL. Lei Federal n. 8666/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 mai. 2018.

³⁹⁹ Ibidem.

(vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

[...]

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio.⁴⁰⁰

Como dito no primeiro parágrafo deste tópico, os aditivos contratuais servem para formalizar diversos tipos de alterações contratuais. Podem ser questões formais, como a atualização de endereços e nomes ou a correção de erros de redação, e podem ser alterações que afetam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, normalmente ocasionando a correspondente prorrogação de prazo (como se verá adiante, aditivos de valor e de prazo possuem forte correlação). O foco, aqui, será esse último tipo de modificação.

Depreende-se dos trechos da LGL transcritos acima que há grande preocupação da Lei com a manutenção das condições das propostas, ou a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, tanto quando a alteração for por comum acordo (vide alínea “d” do inciso II, do art. 65 da LGL) quanto nos casos de alteração unilateral (vide § 6º do mesmo dispositivo). Essa viabilidade de alterações contratuais para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em contratações do Poder Público tem assento na Constituição, cujo art. 37 dispõe que:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifo nosso).⁴⁰¹

Em uma definição tradicional⁴⁰², o equilíbrio econômico-financeiro do contrato consiste na manutenção das condições pactuadas no momento da contratação, em termos de equivalência entre direitos e obrigações de ambas as partes, de tal maneira que, em caso de

⁴⁰⁰ Idem.

⁴⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁴⁰² Outro exemplo da visão tradicional é apresentado por Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Dotti: “A remuneração há de ser assegurada nos termos originais pactuados e também no curso da execução contratual, preservando-se a relação inicial encargo/remuneração que a Constituição Federal almeja garantir ao estabelecer a manutenção das condições efetivas da proposta”. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A contratação integrada no RDC e seus regimes preferenciais de execução de obra ou serviço. Op. cit.

quebra dessa equivalência, adotar-se-ão medidas no sentido de seu reestabelecimento, com nascimento, para o afetado, do direito de compensação pecuniária.⁴⁰³ Isso se dá, como se viu, por meio de aditivos contratuais.

Contudo, para que surja esse direito à recomposição do equilíbrio contratual, é necessário que a alteração das condições do ajuste se insira no que se denomina **álea**⁴⁰⁴ **extraordinária**, conceito que se opõe à **álea contratual ordinária**.

A **álea ordinária** consiste em “risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, por ser usual no negócio efetivado”⁴⁰⁵, e, por ser previsível ou suportável, é considerada risco inerente ao negócio, não merecendo nenhum pedido de alteração contratual, pois cabe ao empresário adotar medidas para mitigar esses riscos e gerenciar eventuais atividades deficitárias. É possível, contudo, que a lei ou o contrato contemplem a possibilidade de recomposição dessas ocorrências, quando a efetivação do reajuste será mera execução de condição pactuada, e não alteração.⁴⁰⁶

Já a **álea extraordinária** equivale a “risco futuro imprevisível que, pela sua extemporaneidade, impossibilidade de previsão e onerosidade excessiva a um dos contratantes, desafie todos os cálculos feitos no instante da celebração contratual”⁴⁰⁷, e, por isso, sendo insuportável, não se pode exigir que a parte prejudicada arque com suas consequências por um dado período de tempo e serve como fundamento ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.⁴⁰⁸ A álea extraordinária situa-se no âmbito da teoria da imprevisão e abarca as hipóteses de caso fortuito e de força maior, fato do príncipe e fato da administração⁴⁰⁹.

Ou seja, no regime da LGL, para que surja o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, é necessário que a alteração das condições contratuais se situe no âmbito da álea extraordinária, ou que, em caso de modificação unilateral, por parte do Poder Público, aumente

⁴⁰³ RODRÍGUEZ, Libardo R. Derecho Administrativo General y colombiano. 18ª ed. Bogotá: Temis, 2013. p. 532.

⁴⁰⁴ A expressão “álea” significa, no Direito Administrativo, o “acontecimento futuro que influi na economia do contrato”. CRETELLA JR., José. Dos atos administrativos especiais. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 27

⁴⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157.

⁴⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1563/2004. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman. Sessão de 06/10/2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20041019/TC%20001.912.doc>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

⁴⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 157.

⁴⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1563/2004. Op. cit.

⁴⁰⁹ Força maior e caso fortuito consistem em ato do homem, desde que estranho à vontade das partes, ou fato da natureza. Fato do príncipe consiste em determinação estatal que atinge o contrato de forma reflexa. Fato da administração significa uma atuação estatal específica, que incide diretamente sobre a avença. MARINELA, Fernanda. Op. cit. p. 479-480.

os encargos do contratado. Passa-se, agora, a analisar as regras especiais criadas para a contratação integrada.

2.4.2 Considerações teóricas sobre a inviabilidade de aditivos na contratação integrada

Em que pese a Lei do RDC adotar o regime da LGL como regra geral⁴¹⁰, esse normativo criou regra especial para a contratação integrada, vedando, *a priori*, a celebração de aditivos, com exceção: a) para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e b) para a 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.⁴¹¹

Daí advém o pressuposto ora analisado. Segundo a AGU, em sua manifestação no âmbito da ADI n. 4645, a contratação integrada possui uma grande vantagem, pois inviabiliza a celebração de termos aditivos.⁴¹² Como já se afirmou, esse é posicionamento exagerado, uma vez que a própria lei permite os aditamentos nos casos mencionados no parágrafo anterior. Logo, como afirmou o TCU no Acórdão 1541/2014-Plenário, a vedação à celebração de termos aditivos quando adotada a contratação integrada **não é absoluta** e objetiva apenas garantir que os riscos assumidos pelo particular quando da contratação sejam de fato a ele atribuídos nas etapas posteriores.⁴¹³

Portanto, é mais coerente afirmar que a **contratação integrada reduz o número de aditivos** em obras e serviços de engenharia, e não que os inviabiliza. Esse será o pressuposto testado neste tópico. Nessa linha se manifestou o então Deputado José Guimarães, em parecer relativo ao RDC, afirmando que a CI objetiva que a introdução de termos aditivos em contratos administrativos se circunscreva a casos de real necessidade.⁴¹⁴

⁴¹⁰ Além da adoção da LGL como regra geral, e de regras especiais para a contratação integrada, o RDC ainda abarca percentual máximo mais rigoroso de alterações contratuais em relação aos regimes preferenciais (à exceção da CI), quando se refiram a falhas no projeto básico: “§4º No caso de adoção do regime de empreitada por preço global ou de empreitada integral, serão observadas as seguintes condições: III - as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato”. BRASIL. Decreto n. 7581/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm>. Acesso em: 19 mai. 2018.

⁴¹¹ BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645/DF. Op. cit.

⁴¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 1541/2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 11/06/2014. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

⁴¹⁴ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

Contudo, para parte da doutrina, não houve mudanças práticas na contratação integrada, quando comparada à LGL no âmbito dos aditamentos contratuais.⁴¹⁵ Entendem que a utilização da expressão “vedada a celebração de termos aditivos”, no §4º do art. 9º do RDC⁴¹⁶, é um recurso retórico e que as exceções dos incisos I e II⁴¹⁷ do mencionado dispositivo constituem, essencialmente, hipóteses usuais de alteração contratual, similares ao art. 65 da LGL.

Seguindo essa linha de pensamento, seria adequado se referir à viabilidade de aditivos na CI sempre que o contratado se deparar com evento superveniente ou de conhecimento superveniente, imprevisível ou de consequências incalculáveis, que acarrete agravos econômicos à sua esfera de direitos.⁴¹⁸ Essa posição enaltece a teoria da imprevisão.

O problema, contudo, é que, tomadas com excessivo rigor a teoria das áleas ou da imprevisão no âmbito da CI, chega-se a uma situação inversa aos objetivos da Lei, na qual, diante de um cenário de maior insegurança, decorrente da maior margem de imprecisão do anteprojeto (vide quadro 5), haverá mais situações fáticas não passíveis de previsão *ex-ante*, ensejando elevação do número e magnitude dos aditivos.

A matriz de riscos torna-se, dessa forma, essencial na CI, em virtude da complexidade desse regime e da imprecisão inerente ao anteprojeto, pois garante mais eficiência à contratação, obedecendo ao princípio geral da gestão de riscos, segundo o qual o risco deve ser alocado àquele com melhor capacidade de gerenciá-lo. Tal entendimento, apesar de consolidado na

⁴¹⁵ Filiam-se a esse posicionamento Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Carlos Pinto Coelho Mota: “é deveras ocioso incluir no texto legal um prescrito vedando termos aditivos ou alterações contratuais; simplesmente porque a virtual mutabilidade do contrato administrativo é ponto por demais pacífico na doutrina”. BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. RDC: comentários ao Regime Diferenciado de Contratações. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 248. Também Altounian e Cavalcante: “não obstante o conteúdo do § 4º do art. 9º da Lei n. 12.462/2011, na prática, as regras para a prolação de termo aditivo, de modo objetivo, em nada se diferenciam com relação ao já praticado sob a vigência exclusiva da Lei n. 8.666/1993”. ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 330. E, por fim, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães: “Vale notar que o legislador pretendeu customizar o tratamento da alterabilidade do contrato aos casos de contratação integrada. Lembra-se que a LGL - aplicável ao tratamento jurídico dos contratos regidos pelo RDC por força do art. 39 da Lei n. 12.462/11 - acolheu uma disciplina jurídica para as alterações contratuais. Mas o § 4º do art. 9º do RDC traz disciplina específica e excepcional aplicável às hipóteses de contratação integrada, o que impede em tese a incidência do regime geral. Contudo, **em termos práticos, quase não há diferenças marcantes entre o regime da LGL e o prescrito pelo RDC**, nesse particular” (grifo nosso). MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime de contratação integrada. Op. cit.

⁴¹⁶ §4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos: I- para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁴¹⁷ Transcritos na nota anterior.

⁴¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime de contratação integrada. Op. cit.

literatura internacional, ainda causa estranheza no Brasil, cuja cultura jurídica é extremamente apegada à teoria da imprevisão. Boa parte dos gestores públicos desconhece, por exemplo, que a teoria da imprevisão se aplica apenas aos eventos não regulados no contrato – extracontratuais. Se o contrato dispuser que determinado risco cabe ao particular, afasta-se a teoria das áleas.⁴¹⁹

O TCU, em decisão recente e bastante rigorosa, afastou-se ainda mais da tradicional teoria da imprevisão⁴²⁰, assentando que, na CI, eventuais ganhos ou encargos oriundos das soluções adotadas pelo particular na elaboração do projeto básico devem ser suportados exclusivamente por ele, **independentemente da existência de uma matriz de riscos disciplinando a contratação**. Eventuais omissões ou indefinições no anteprojeto não ensejam, em regra, a celebração aditivos, “pois anteprojeto não é projeto básico”.⁴²¹

O Acórdão que deu ensejo a esse entendimento – 2591/2017-Plenário – parte do pressuposto de que quaisquer omissões ou dificuldades não previstas no anteprojeto já estão incorporadas aos preços contratados, baseados em valores de referência praticados pelo mercado em obras de complexidade, qualidade e grandeza similares. Para o Ministro Benjamin Zymler, relator do citado acórdão, não se cogita a celebração de aditivo por erro ou omissão no anteprojeto, e menos ainda por necessidade de alteração desse documento. Só caberia a celebração de aditivo em caso de alteração do projeto solicitada pelo órgão contratante **após** já haver aprovado os projetos elaborados pelo construtor.⁴²²

Segundo Zymler, a intenção do legislador foi transferir maior risco ao particular na CI, logo, quando não houver uma alocação objetiva de riscos entre as partes, estabelecida no contrato, o particular deve assumir eventuais encargos resultantes de incompletudes e omissões

⁴¹⁹ BAETA, André Pachioni. Op. cit. p. 155.

⁴²⁰ Exemplo dessa visão é a exposta por Maurício Portugal et al., que, referindo-se à CI, asseveram: “Essa distribuição de riscos genérica tem um fundamento econômico que é evitar que os potenciais contratados da Administração Pública incluam no preço das suas respectivas propostas de contratação o custo de lidar com eventos extraordinários, ou ordinários de consequências imprevisíveis, porque, como o contratado tem pouco controle sobre tais riscos, a tendência é que ele, para se proteger, repasse para a Administração Pública o custo total de lidar com esses eventos. Se, contudo, nesse contexto, os eventos graves não ocorrerem, o contratado da Administração Pública se apropriará do valor ‘provisionado’ para lidar com tais eventos graves. Em situações desse tipo, faz sentido atribuir-se à Administração Pública o risco dos eventos graves extraordinários, ou ordinários com consequências previstas, desde que tais eventos não tenham disciplina específica no contrato”. RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 65-66.

⁴²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Enunciado de Jurisprudência baseado no Acórdão n. 2591/2017. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 22/11/2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia-selecionada/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

⁴²² Ibidem.

que são inerentes a qualquer anteprojeto. O anteprojeto serviria apenas como parâmetro para a estimativa de custos e posterior avaliação das propostas ofertadas no certame. Nas palavras do Ministro: “entender de forma diferente seria obrigar o Poder Público contratante a aceitar qualquer solução ou arranjo que fosse aventado pelo contratado, por mais inadequado que o fosse”.⁴²³

O intuito dessa decisão foi trazer segurança jurídica para as CIs mesmo diante da falta de matriz de riscos, contudo esse entendimento merece certas ressalvas.

Entende-se, aqui, que as condições de contorno, como condições ambientais e projeto arquitetônico, constantes do anteprojeto, sendo obrigações de meio e elementos que permitem garantir a lisura e moralidade do certame, são de responsabilidade da Administração e, portanto, qualquer modificação nesses requisitos precisa ser passível de correção por meio de aditivo.⁴²⁴ Isso ocorre em face de a CI não implicar imputação plena e irrestrita dos riscos da contratação ao particular, sendo atribuição irrenunciável do Poder Público caracterizar os aspectos essenciais da avença, com responsabilidade sobre todos os temas relativos ao contrato que venham a ser por ele delineados.⁴²⁵

Ilustra-se a posição ora defendida com decisão do TCU no âmbito das obras de implantação e pavimentação da BR-158/PR. No caso, o superintendente regional daquela unidade foi responsabilizado não por imprecisões, que são inerentes ao anteprojeto, mas por falhas e deficiências que fizeram com que o anteprojeto apresentado não cumprisse seu papel de possibilitar a caracterização adequada da obra. O fato de a aprovação do anteprojeto com severas deficiências não ter gerado prejuízos ao Erário não elidiu seu caráter irregular.⁴²⁶

Na mesma linha se manifestou a CGU quando analisou a obra de instalação de fronteira da BR-156/AP. Referindo-se a serviços omitidos pela Administração no anteprojeto, e que claramente deveriam lá constar, asseverou o órgão que a contratada não pode ser penalizada pela omissão da Administração no anteprojeto, pois a CI não afasta totalmente a necessidade de repactuações contratuais, nem exime a Administração por erros no anteprojeto. Logo, se o anteprojeto for omissivo ou estabelecer critérios inadequados, a contratada não tem responsabilidade

⁴²³ Idem.

⁴²⁴ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 279.

⁴²⁵ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. Op. cit. p. 174.

⁴²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1665/2017. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 02/08/2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=567714>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

de, a suas expensas, corrigir erros do Poder Público.⁴²⁷ O TCU posicionou-se de maneira semelhante no Acórdão 1465/2013-Plenário.⁴²⁸

Em que pesem essas ressalvas, entende-se que a lógica apresentada pelo Ministro Benjamin Zymler é adequada. Com exceção dos casos referentes a erros e omissões do Poder Público que sobrepujem a natural imprecisão de um anteprojeto, considera-se que benefícios ou ônus financeiros decorrentes da avença devem ser, em geral, arcados pelo ente privado. Portanto, a transferência do risco associada à elaboração do projeto presume uma margem de liberdade para adequá-lo, cabendo ao particular auferir ganhos de eficiência com tais alterações ou suportar os respectivos ônus.⁴²⁹

Porém, há uma zona de incerteza. Não há atribuição pela lei, por exemplo, da responsabilidade por fato do príncipe e da administração, o que pode redundar em impasses contratuais quando da elevação de tributos ou atrasos em desapropriações e licenciamentos.⁴³⁰ Nesses casos, é necessário recorrer à jurisprudência, e há grandes possibilidades de conflitos judiciais. Novamente, portanto, enfatiza-se a importância da matriz de riscos, que torna a assunção dos encargos muito mais clara.

Pelo exposto, vê-se que, quando se trata de aditivos contratuais, ao menos no plano teórico e jurisprudencial, há mudanças consideráveis na contratação integrada, em relação aos demais regimes. Há maior transferência de riscos ao particular, que acarretam a assunção dos benefícios ou ônus daí decorrentes. Enfatizou-se a importância da matriz de riscos para delimitar de forma clara as atribuições de cada parte, mitigando dúvidas posteriores. Logo, ao menos em tese, há menor espaço para aditamentos na CI. Passa-se, agora, à verificação empírica desse pressuposto.

⁴²⁷ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

⁴²⁸ “[...] ao se responsabilizar pelo desenvolvimento dos projetos, o particular, em tese, assumiria todos os riscos decorrentes de fatos novos, não abrangidos pelo edital ou anteprojeto. Porém, conforme as duas situações de alterações contratuais excepcionadas no RDC, a transmissão ao contratado dos riscos envolvidos no processo não é plena, estando a Administração responsável pela caracterização das situações de contorno da obra e por possíveis reequilíbrios econômico-financeiros contratuais. (...) nesse contexto, é insuficiente que o instrumento convocatório ou a minuta do contrato limite-se a disciplinar a questão com simples remissão ao texto legal citado, fato observado no edital ora em apreço”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1465/2013. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 12/06/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=475003>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

⁴²⁹ PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Op. cit. p. 162.

⁴³⁰ Ibidem, p. 155.

2.4.3 A confirmação empírica do pressuposto ajustado da redução do número de aditivos na contratação integrada

Os aditivos contratuais não foram analisados pelo estudo do CAU/BR e SINAENCO, que se limitou a afirmar que o anteprojeto é um documento técnico carente de informações indispensáveis para a adequada especificação de um empreendimento, e isso pode gerar atrasos e **aditivos contratuais**.⁴³¹

O mesmo se deu com o estudo empreendido pela Câmara dos Deputados, que apenas mostrou ceticismo quanto à premissa de que a proibição de **aditivos** para corrigir erros e omissões permitiria a transferência de riscos para o setor privado, uma vez que empresários e orçamentistas experientes, com atuação regular no setor da construção civil, não assinariam contratos vultosos sem prévia avaliação e precificação dos riscos da obra a ser executada.⁴³²

O estudo empreendido pelo TCU ressaltou que, em virtude do período inicial em que se encontra a maior parte das obras realizadas via CI, não foram conclusivas as análises quanto à ocorrência de aditivos. A única parte do relatório que tratou desse assunto assentou que os dados encaminhados pelo DNIT apontaram a ocorrência de apenas um contrato aditivado na amostra que apresenta 33 obras iniciadas sob CI, porém o restante dos contratos, devido à baixa execução física/financeira verificada (16% em obras de Duplicação/Implantação e 4% em obras do Crema 2ª Etapa) inviabiliza qualquer conclusão quanto à existência de aditivos.⁴³³ Ou seja, esse estudo tampouco ajuda a formar opinião sobre o assunto.

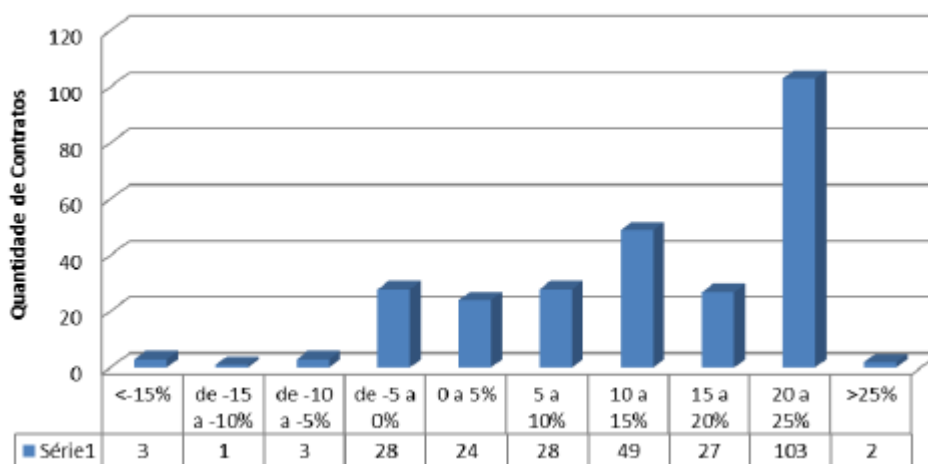
O único estudo que de fato investigou os aditamentos contratuais foi o da CGU e, por isso, será minuciosamente analisado. Inicialmente, o estudo debruçou-se sobre 1.846 contratos concluídos do DNIT e regidos pela LGL, constantes do Sistema de Acompanhamento de Contratos (SIAC), dos quais 923 tiveram aditivo de valor, ou seja, algo em torno de 50%. Considerando apenas as obras, de 596 contratos, 269 apresentaram aditivo de valor – aproximadamente 45% – com aditivo médio de 13,8%. Esses aditivos se concentraram na faixa próxima ao limite legal de 25%, como se observa no gráfico abaixo:

⁴³¹ Dossiê DNIT: Dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/dossie-comprova-ineficia-da-contratacao-integrada-no-dnit/>>. Acesso em 28 mai 2018.

⁴³² BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

⁴³³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

GRÁFICO 9 – CONCENTRAÇÃO DOS ADITIVOS

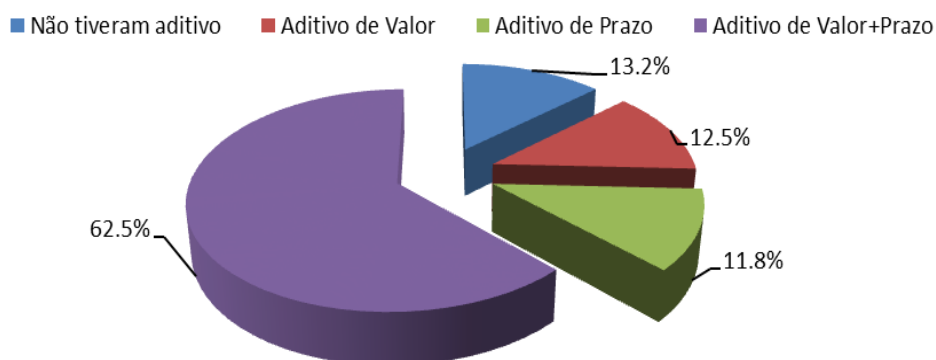


Fonte: adaptação do Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 25.

Já aditivos de prazo estavam presentes em 252 dos mesmos 596 contratos, ou seja, em 42,3%, com uma média de prorrogação de 98,9%, quase o dobro do inicialmente pactuado. A correlação entre os aditivos de prazo e de valor é forte, sendo que 47,5% dos contratos não apresentaram aditivos nem de prazo nem de valor; 34,6% apresentaram os dois tipos de aditivo; e apenas 7,6% deles apresentaram somente aditivo de prazo e 10,4%, somente aditivo de valor.

No entanto, os dados constantes dessa amostra incluem diversos contratos emergenciais, que têm prazo máximo de 180, não passíveis de prorrogação, o que enviesava a análise. Retirando da amostra esses contratos, além de outros que utilizaram tomada de preço e convite, e concentrando a análise nas concorrências nacionais e internacionais, mais similares à contratação integrada, tem-se 62,5% dos contratos com os dois tipos de aditivo:

GRÁFICO 10 – ADITIVOS NAS CONCORRÊNCIAS DA LGL



Fonte: Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 27.

A correlação manteve-se forte, conforme o quadro a seguir:

QUADRO 25 – ADITIVOS NAS OBRAS DO SIAC

Aditivo de valor	Aditivo de prazo		Total geral
	Não	Sim	
Não	39 (13,2%)	35 (11,8%)	74 (25%)
Sim	37 (12,5%)	185 (6,2%)	222 (75%)
Total	76 (57,8%)	220 (42,3%)	296 (100%)

Fonte: adaptação do Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 26.

Portanto, executando-se as obras emergenciais e as de menor valor, 86,8% das obras concluídas receberam aditivo. O aditivo médio é 15,3% do valor e 100,7% do prazo (mais que o dobro do inicialmente pactuado). As principais causas desses aditivos foram:

pouca previsibilidade dos desembolsos contratuais, portanto, impactando o planejamento financeiro e orçamentário; conflitos entre as partes que podem inviabilizar o prosseguimento contratual; risco de corrupção, não sendo raros os apontamentos deste Controle Interno indicando irregularidades na celebração de termos aditivos, notadamente, jogos de planilhas; excesso de trabalho das áreas de custos e projetos do DNIT na aprovação de revisões de projeto em fase de obras, novos orçamentos e novos preços.⁴³⁴

Feito esse resumo da situação atinente aos aditivos sob a égide da LGL, passa-se a analisar a situação com o RDC. Ressalta-se que, a partir do Edital n. 165/2013, referente aos oito lotes da duplicação da BR-381/MG e que foi publicado em junho de 2013, os editais do DNIT na modalidade de CI trazem uma matriz de risco.⁴³⁵ Portanto, a amostra analisada abarca contratações que majoritariamente adotaram esse instrumento.

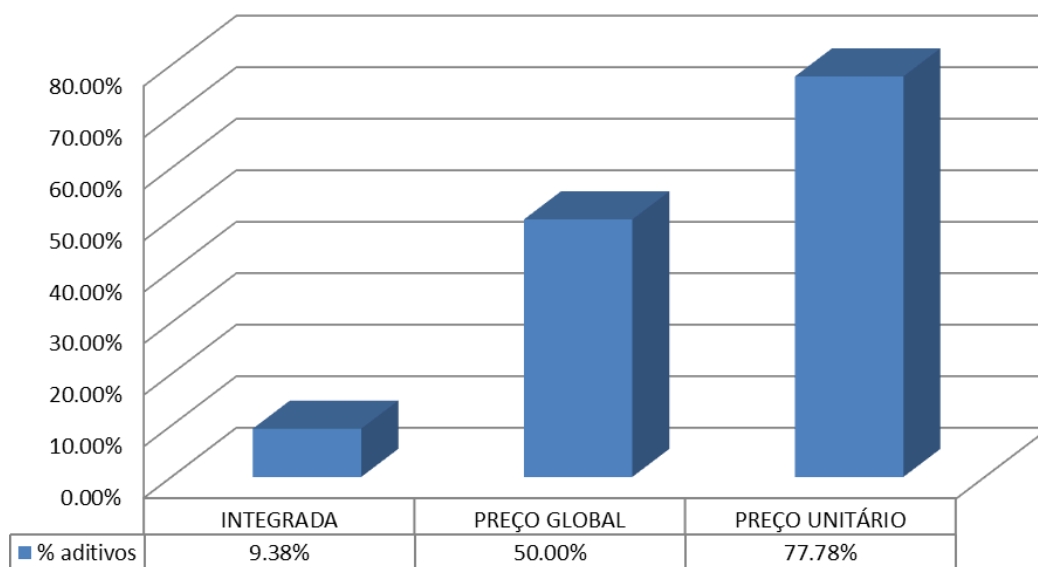
Apenas 8 obras que utilizaram o RDC estavam **concluídas** quando da realização do estudo da CGU, sendo 5 por contratação integrada e 3 por empreitada por preço global. Dessas, 2 obras por CI tiveram aditivos, assim como 2 obras por EPG. Inicialmente, portanto, 40% das obras por CI foram aditivadas, contra 66,67% por EPG; o que, perto dos 86,8% de aditivos quando utilizada a LGL, parece um bom sinal. Apesar disso, o número excessivamente reduzido de obras concluídas não permite conclusão generalizante, de modo que a CGU estendeu os estudos sobre obras em **andamento**, o que levou a uma ampliação da amostra de 8 para 73 contratos.

⁴³⁴ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

⁴³⁵ Ibidem.

Desse total, 31 obras – ou 42,5% do total – apresentaram aditivo de valor, com a seguinte distribuição:

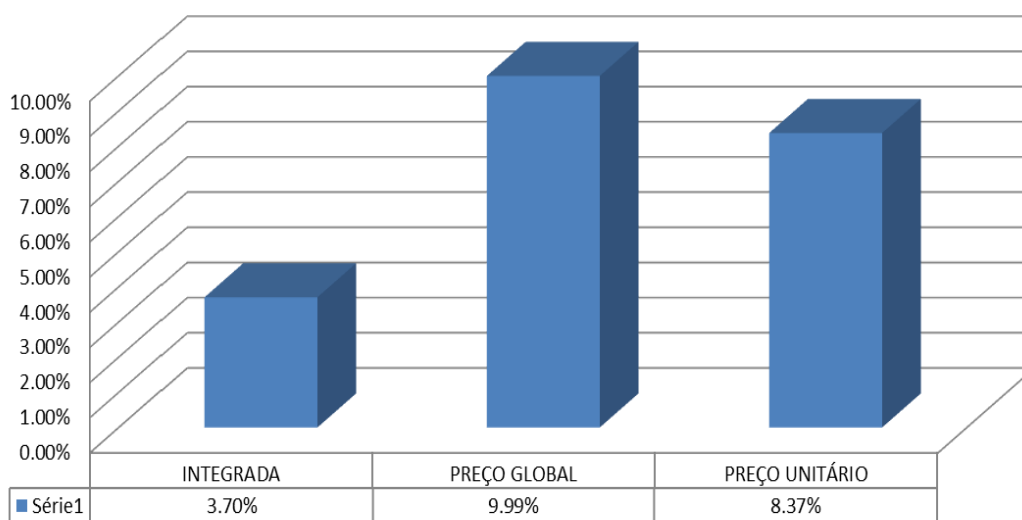
GRÁFICO 11 – DISTRIBUIÇÃO DOS ADITIVOS DE VALOR POR REGIME NO RDC



Fonte: Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 29.

Essa distribuição mostra a contratação integrada (9,38%) bem menos suscetível a aditivos que os outros regimes (50% para o Preço Global e 77,78% para o Preço Unitário). Ressalta-se, contudo, que, por estarem as obras que utilizaram o RDC em estágio inicial, esse percentual de aditivos tende a aumentar. A magnitude média desses aditivos é de 3,7% na CI; 9,99% no Preço Global; e 8,37% no Preço Unitário:

GRÁFICO 12 – MAGNITUDE DOS ADITIVOS DE VALOR POR REGIME



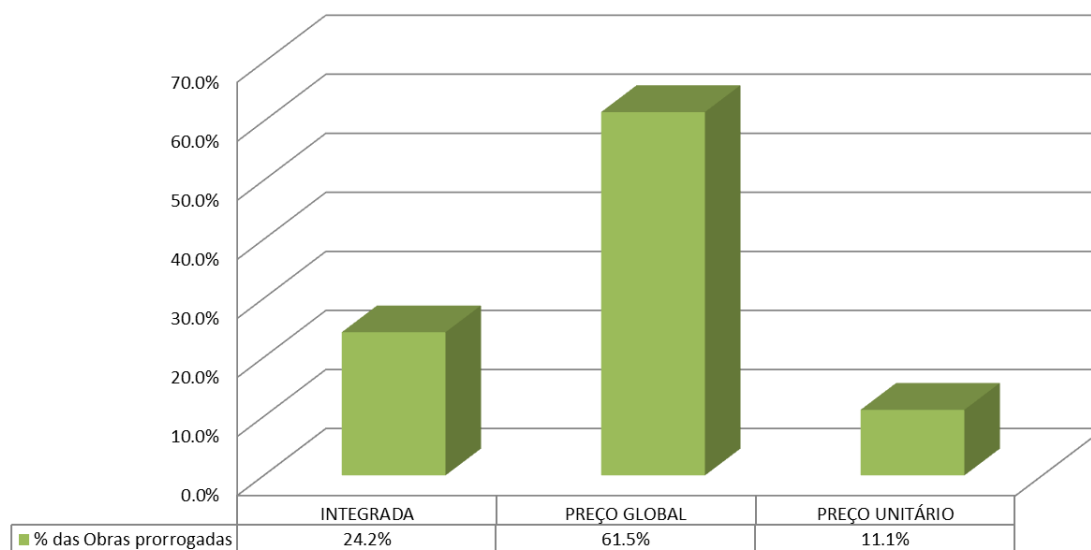
Fonte: Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 30.

O gráfico mostra, portanto, um percentual menor de valor de aditivos nas contratações integradas, com uma média geral (somados os três regimes) inferior aos 13,8% das concorrências sob a égide da LGL. Esses percentuais foram obtidos retirando-se da amostra o Contrato n. 861/2013 de reforma no Porto de Manaus, cuja situação extremamente peculiar geraria viés significativo nos resultados.

A principal causa desses aditivos foi o suposto “melhor atendimento do interesse público”, seguido de variação nas quantidades, erro de projeto, reequilíbrio financeiro e redução de escopo. A regra legal que baseou os pedidos foi majoritariamente (em quase 70% dos casos) a alínea “a”, do inciso I, art. 65 da LGL, passível de ser usado, inclusive, nas contratações integradas: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados (...) nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”.⁴³⁶

Em relação aos aditivos de prazo, 19 dos 73 contratos analisados foram prorrogados – 26%. A distribuição, por regime, foi a seguinte:

GRÁFICO 13 – DISTRIBUIÇÃO DOS ADITIVOS DE PRAZO POR REGIME NO RDC



Fonte: Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 30.

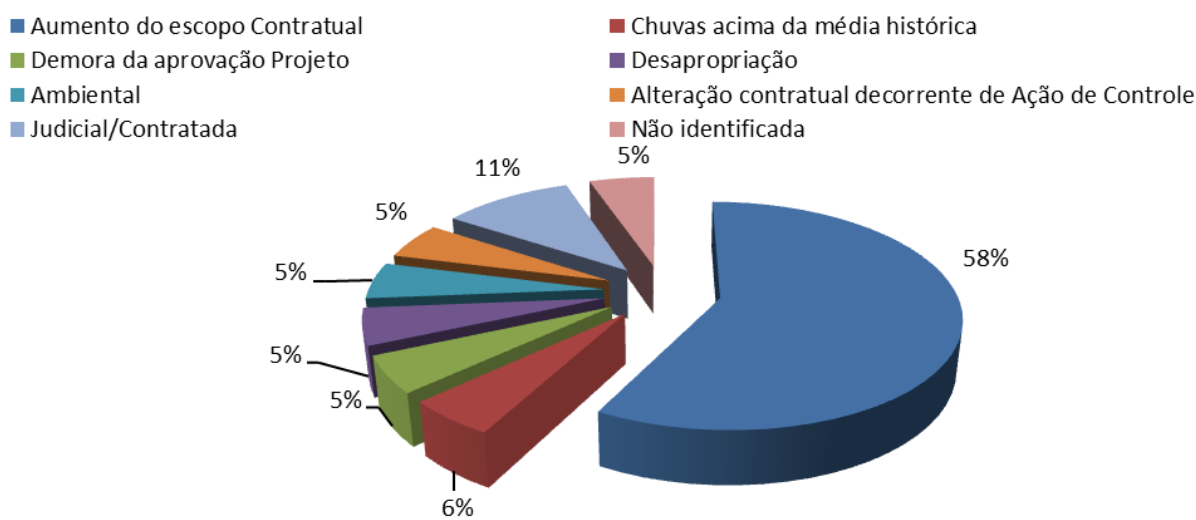
O atraso médio dessas obras foi de 367 dias, com a magnitudes médias de 25,81% para a contratação integrada; 65,25 para preço global; e 49,58% para preço unitário. Ou seja, a contratação integrada se saiu melhor que o Preço Global tanto em relação à presença ou não de aditivos quanto

⁴³⁶ BRASIL. Lei Federal n. 8666/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017.

em relação a suas magnitudes. Já em relação ao Preço Unitário, a CI se saiu melhor apenas em relação à magnitude.

No que se refere ao motivo das prorrogações, é interessante comparar os gráficos atinentes ao RDC e à contratação integrada, cujos dados foram obtidos a partir de questionamentos ao DNIT e por inferências de informações constantes do SIAC e do Diário Oficial da União:

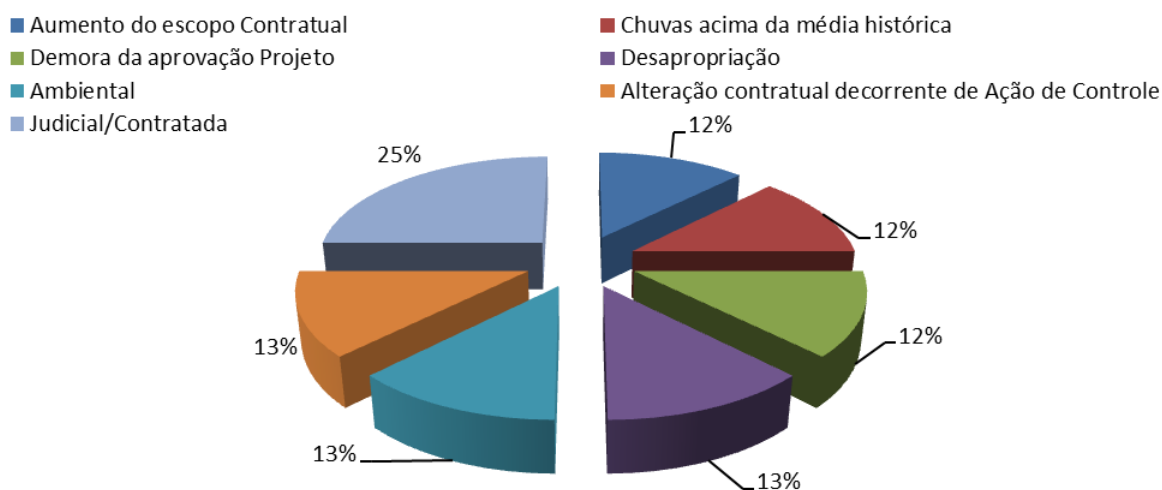
GRÁFICO 14 – MOTIVOS DAS PRORROGAÇÕES NO RDC



Fonte: Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 34.

Infer-se do gráfico que, ao se retirar os 58% referentes ao aumento do escopo contratual, 35% do restante das prorrogações se referem a problemas com licença ambiental, com desapropriações e à demora na aprovação do projeto, corroborando os motivos aventados anteriormente.

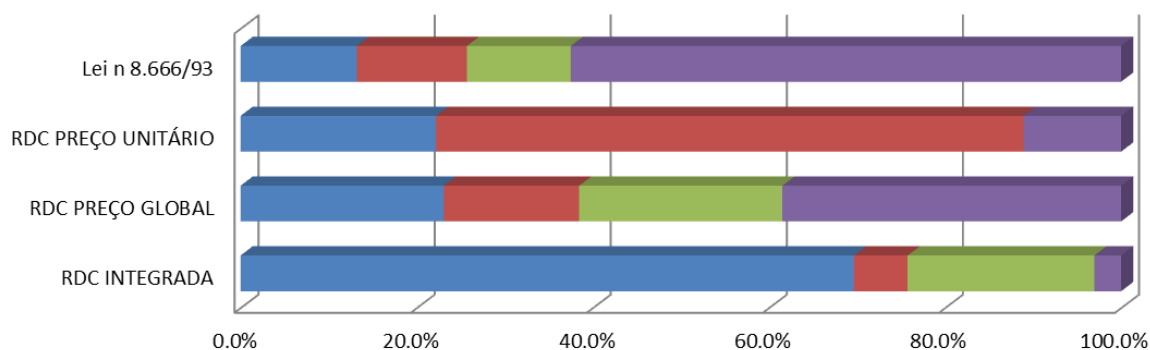
GRÁFICO 15 – MOTIVOS DAS PRORROGAÇÕES NA CONTRATAÇÃO INTEGRADA



Fonte: Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 34.

Já no caso da contratação integrada, observa-se uma redução significativa das alterações relativas a aumento do escopo contratual, o que pode estar relacionado à transferência de responsabilidade pela elaboração do projeto básico ao contratado, sendo o anteprojeto mais flexível nesse quesito. No caso desse regime, a soma de problemas relacionados a desapropriação, licença ambiental e demora na aprovação do projeto ocasionaram quase metade do total de prorrogações (48%). O gráfico a seguir sintetiza as informações do estudo:

GRÁFICO 16 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS E REGIMES PELA CGU



Fonte: Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 35.

QUADRO 26 – COMPARAÇÃO DOS PRAZOS E REGIMES PELA CGU

	Lei n. 8.666	CI	RDC-Preço Global	RDC-Preço Unitário	Cor
Não tiveram aditivo	13,2%	69,7%	23,1%	22,2%	
Aditivo de Valor	12,5%	6,1%	15,4%	66,7%	
Aditivo de prazo	11,8%	21,2%	23,1%	0,0%	
Aditivos de Valor e Prazo	62,5%	3,0%	38,5%	11,1%	

Fonte: adaptação do Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 35.

De acordo com o gráfico acima, em conjunto com o quadro que o detalha, 69,7% dos contratos que utilizaram a CI não apresentaram aditivos, e apenas 3% sofreram aditamentos de prazo e valor conjuntamente. No caso da LGL, esses percentuais são quase inversos, sendo que 62,5% dos contratos sofreram aditivos de prazo e valor conjuntamente e apenas 13,2% do total não foram aditivados. Em relação aos regimes de Preço Global e de Preço Unitário, 23,1% e 22,2%, respectivamente, não apresentaram qualquer tipo de aditivo, e 38,5% dos contratos por EPG sofreram aditivos de prazo e valor conjuntamente, contra 11,1% no regime de EPU.

Os dados apresentados nesta seção permitem concluir que **o pressuposto relativo à redução de aditivos quando adotada a contratação integrada, ao menos até agora, se confirma**. O estudo da CGU mostrou que, tanto em magnitude quanto na quantidade, os aditivos de valor foram expressivamente reduzidos na CI.

Já quanto aos aditivos de prazo, houve, igualmente, redução na magnitude e na quantidade, ao menos quando comparado à EPG, mais similar à CI que a EPU. Isso quando se fala do RDC, uma vez que, caso a comparação seja realizada em relação à LGL, os resultados são ainda mais favoráveis. Há que se levar em conta, contudo, que as obras maiores e mais complexas estão em andamento, não sendo esse o momento ideal para considerações sobre aditivos contratuais, o que fragiliza um pouco essas considerações.

Capítulo 3

RESSALVAS, CONTRAPONTO E PROPOSTAS DE MELHORIA

As conclusões apresentadas ao longo do trabalho, especialmente quando considerados os estudos empíricos analisados, demonstram um viés crítico em relação à contratação integrada. Porém, é possível fazer certos contrapontos, ou ressalvas, a essa posição levando-se em conta um exame dos possíveis objetivos da CI (3.1). Além disso, os estudos analisados padecem de certos problemas, tanto relacionados à homogeneidade e qualidade das amostras, quanto a questões ligadas ao mau uso do regime (3.2). Deve-se levar em conta, ainda, que há possibilidades de melhoria no uso da CI, e que o PL n. 6814/2017 vai, em certa medida, no caminho certo (3.3).

3.1 OS POSSÍVEIS OBJETIVOS DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

A primeira ressalva a ser feita diz respeito ao real objetivo da contratação integrada. Caso se entenda que esse regime não tem como objetivo principal a redução de prazos e custos das contratações – associadas aos incisos I e II do art. 1º, §1º da Lei do RDC⁴³⁷ –, mas a inovação tecnológica – associada ao inciso III do mesmo dispositivo⁴³⁸ – que pode possibilitar economia a longo prazo, a adoção da CI, de certa forma, vai no caminho certo, ao menos de acordo com o estudo empreendido pela CGU. Para o órgão, há evidências de que a CI incentiva a adoção de novas tecnologias ao facultar ao contratado a adoção de metodologia executiva diversa da prevista no anteprojeto.⁴³⁹ O quadro a seguir apresenta alguns casos concretos que corroboram essa conclusão:

⁴³⁷ § 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. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁴³⁸ III - incentivar a inovação tecnológica. Ibidem.

⁴³⁹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

QUADRO 27 – EXEMPLOS DE INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Obra	Resumo das Inovações	Comentários CGU
BR-163/PA – Contrato n. 35/2013 Pavimentação	Substituição do CAP 50/70 pelo CAP 30/45, um ligante com maior viscosidade, mais adequado às características climáticas da região da obra, e que proporcionará à mistura asfáltica maior módulo resiliente e resistência à tração, melhorando o comportamento	No caso se trataria de ganho de engenharia, com a substituição de um material por outro, supostamente, mais apropriado, mas ambos são amplamente conhecidos no mercado Nacional. Contudo nesse caso específico, a CGU teve acesso ao projeto básico elaborado pelo Consórcio, no qual consta a utilização de CAP 50/70 e CAP com Polímero33 (60/85). Assim, em tese, a Contratada estaria executando algo diverso do que consta do projeto aprovado pelo DNIT.
BR-381/MG Contrato n. 817/2013 Pavimentação	Substituição da solução de pavimento rígido por pavimento flexível (semirrígido) com, supostamente, a mesma durabilidade. Sendo que a análise da solução proposta teria levado o DNIT a absorver novas metodologias de especificação de ligantes. Ademais, por ser de mais rápida execução haveria menos interferência no tráfego durante as obras.	Sem olvidar da importância dos estudos para área técnica do DNIT, tal alteração, frente ao histórico de obras nacionais, que indicam vida útil dos pavimentos flexíveis no Brasil inferior a 10 anos, parece uma permissão temerária da Autarquia. Isso porque, mesmo que se atinja a vida útil de 20 anos no pavimento flexível, é muito provável que este necessite de maiores custos de manutenção. Ademais, apesar das análises mecanicistas, a resistência química do concreto de cimento portland e do CBUQ é bastante diferente.
BR-381/MG Contrato n. 817/2013 Terraplenagem	Utilização de equipamento Gama densímetro para o controle de compactação de solos nos serviços de terraplenagem.	Equipamento mais eficiente que o frasco de areia usualmente utilizado. Porém, carece de normatização do IPR/DNIT. Ademais, o equipamento é utilizado no controle da qualidade do serviço e, portanto, poderia ser utilizado nos outros regimes.
BR-381/MG Contrato n. 817/2013 Obras de Arte	Sistema de fôrmas móveis para superestrutura, Sistema MSS.	Metodologia diversa da usualmente observada.
2ª Ponte Internacional/Foz do Iguaçu – BR- 277/PR Obras de Arte	Método empurrado para construção dos vãos apoiados da ponte; Laje de concreto do trecho estaiado tipo “full depth”; Sondagens televisionadas para prospecção do subsolo.	Ganhos de engenharia com métodos construtivos mais eficientes.
Ponte sobre o Rio Guaíba BR- 116/290/RS Obras de Arte	Larga utilização de pré-moldados e estudos especiais para fundação.	Ganhos de engenharia com métodos construtivos mais eficientes.
Travessia Urbana de Porto Velho BR 364/RO Obras de Arte	Substituição de tabuleiro em vigas protendidas por lajes alveolares. Reforço de fundação com barras dywidag no fundo das sapatas.	A técnica de lajes alveolares é corrente nas obras nacionais.

Fonte: adaptação do Relatório de Auditoria OS n. 201505075, da CGU, p. 81-82.

Todavia, como bem observa a CGU, a grande vantagem da CI não é a utilização de novas tecnologias pelos contratados na fase de execução, mas a internalização dessas pela Administração e a sua utilização em futuros projetos – o que está em consonância com a promoção da troca de experiências e tecnologias, descrita no art. 1º, §1º, II, da Lei do RDC.⁴⁴⁰ Isso sim gera ganhos para o Poder Público, o que não foi observado no estudo.⁴⁴¹

Outro ponto que permeia a análise dos objetivos da CI diz respeito à redução da concorrência – contrária ao objetivo do RDC inscrito no art. 1º, §1º, I, da Lei do RDC⁴⁴² –, que está associada à majoração custos. Contudo, há quem entenda que a competição, por meio do maior número de concorrentes, não é o fim último da licitação, e sim a obtenção da proposta mais vantajosa. Há casos em que a coligação contratual propicia ganhos significativos ao Poder Público, em razão das sinergias daí decorrentes. Argumenta-se que, nesses casos, a adoção da CI favorece a proposta mais vantajosa, mesmo com a eventual limitação do universo de potenciais licitantes. O mais importante seria a qualidade da concorrência e sua aptidão de produzir o melhor resultado para a Administração, e não a quantidade de licitantes que comparece ao certame.⁴⁴³

Contudo, até o presente momento, nem a mencionada maior qualidade da concorrência nem os supostos ganhos de sinergia foram demonstrados nos estudos empíricos realizados. A dificuldade de testar essas vantagens é imensa, em vista da sua subjetividade e da variabilidade dos momentos de verificação.

É pouco provável que as contratações integradas contem com o mesmo número de concorrentes que os outros regimes, em vista da grande especialização e escopo de aptidões necessárias para participar desse tipo de certame. Além disso, como explicitado nesse trabalho, a precificação estimativa na CI está sujeita a grandes imprecisões, que só serão corrigidas pela efetiva competição. Os editais de licitação devem ter cláusulas que contribuam para maximizar a competitividade, de maneira que o preço de referência estabelecido com certa folga possa ser corrigido para valores de mercado,⁴⁴⁴ o que apenas reforça a importância de um maior número de concorrentes.

⁴⁴⁰ Vide notas da página anterior.

⁴⁴¹ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Op. cit.

⁴⁴² Vide notas da página anterior.

⁴⁴³ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 48.

⁴⁴⁴ Ibidem. p. 53.

Logo, tendo em vista a dificuldade da mensuração da qualidade dos competidores e a comprovada associação entre competição e menores custos, a ênfase no fomento à concorrência ainda parece ser o caminho mais seguro. Porém, é provável que esse incremento da competição leve certo tempo. Procedimentos inovadores, em geral, ensejam maior insegurança, o que justifica uma menor participação de licitantes num primeiro momento.⁴⁴⁵

Ainda no âmbito dos preços, um fator que atenua a importância da majoração de custos verificada nos estudos é que os valores iniciais, na CI, incorporaram riscos decorrentes da impossibilidade de aditivos, o que os torna mais elevados. A lógica do regime é menor desconto inicial em relação ao valor base da licitação e pouco acréscimo posterior, decorrente de aditivos. Nos regimes tradicionais, há maior desconto inicial e aumento do valor do contrato durante a evolução do empreendimento, por meio de aditivos.⁴⁴⁶

Portanto, não é a transferência ou a retenção de riscos que faz aumentar ou diminuir o custo final do empreendimento. A alocação dos riscos às diferentes partes do contrato (Administração ou particular) não os faz desaparecer.⁴⁴⁷ Logo, apesar de inicialmente a CI ter apresentado menores descontos, pode ser que isso seja compensado a longo prazo.

No que se refere aos problemas de precificação nos anteprojetos, um contraponto possível é que a subestimação de custos, problema apontado pelos órgãos de controle, é uma realidade também nas obras com projeto básico, com a diferença de que a majoração ocorrerá posteriormente, por meio de aditivos. Até mesmo em um contexto muito mais amplo, a subestimação de custos é corriqueira.

Estudo abrangendo 258 projetos de infraestrutura de transporte, de diferentes tipos, em diferentes regiões geográficas e em períodos diferentes, constatou que 9 de cada 10 projetos apresentam custos subestimados, em média 28% inferiores ao custo real. Além disso, a magnitude dessa subestimação não caiu com o passar do tempo, sendo a mesma de “10, 30 e 70 anos atrás”. De acordo com os pesquisadores, as estimativas inferiores não podem ser explicadas por erros, mas sim por “deturpação, i.e., mentiras”, no intuito de fazer os projetos parecerem mais interessantes.⁴⁴⁸ Logo, as majorações de custos devem ser tomadas sempre em

⁴⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

⁴⁴⁶ Ibidem.

⁴⁴⁷ PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Op. cit. p. 133.

⁴⁴⁸ FLYVBJERG, Bent; METTE, Skamris Holm; SØREN, Buhl. Cost Underestimation in Public Works Projects: Error ou Lie? Journal of the American Planning Association – APA Journal, Chicago, v. 68, n. 3, Summer 2002. p. 279-295. Disponível em: <<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1303/1303.6604.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

termos relativos, comparando-se os regimes e, idealmente, considerando obras finalizadas, o que ainda não foi feito de forma abrangente quanto à CI.

Por fim, quanto aos prazos maiores – relacionados ao objetivo de ampliação da eficiência nas contratações públicas⁴⁴⁹ –, cabe a ressalva de que a licitação na contratação integrada é mais complexa, com uma análise mais detalhada das metodologias diferenciadas, e prazos maiores no início podem proporcionar um prazo total do empreendimento menor.⁴⁵⁰ Ainda, deve-se atentar para o fato de que os prazos examinados nos estudos se relacionam, essencialmente, à realização da licitação e feitura dos projetos, mas não ao principal, que é o efeito da integração entre projeto e obra sobre o cronograma do empreendimento como um todo, só passível de ser analisado em obras concluídas.⁴⁵¹ Ademais, a vantagem na utilização da CI deve basear-se mais nos ganhos para a Administração advindos das soluções inovadoras do que propriamente pela celeridade na conclusão do empreendimento.⁴⁵² Essa questão da qualidade final não foi objeto dos estudos empíricos.

3.2 PROBLEMAS ATINENTES AO USO DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA E ÀS AMOSTRAS DOS ESTUDOS

Passando-se, agora, à metodologia, as obras do DNIT estavam, na época de realização dos estudos, em etapas iniciais do cronograma, o que prejudica a análise conclusiva acerca dos custos e prazos de toda a execução contratual, de eventuais litígios, de cumprimento de prazos e de preços finais. Ainda, há possibilidade de algum viés ter sido imprimido às amostras, considerando que alguns objetos licitados mediante CI não seriam próprios para esse regime, ou seja, o problema poderia estar na utilização desenfreada e inadequada da modalidade, por falta de preenchimento dos requisitos específicos previstos no art. 9º da Lei n. 12.462/2011, e não em características inerentes ao modelo, como se depreende do seguinte trecho do estudo do TCU:

Em análise amostral, verificou-se que as justificativas registradas pelo DNIT para a adoção da Contratação Integrada, segundo o inciso II, art. 9º, da Lei 12.462/2011, são genéricas e padronizadas para todos os tipos de obras (Evidência 3). Citam, entre outros, a necessidade de celeridade, eficiência e transparência no uso de recursos públicos, bem como a necessidade de adoção de metodologias inovadoras.⁴⁵³

⁴⁴⁹ § 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas [...]. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁴⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

⁴⁵¹ PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Op. cit. p. 135.

⁴⁵² ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. Op. cit. p. 295.

⁴⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

Um fator que, em princípio, pode contribuir para essa possibilidade é o fato de boa parte das obras do DNIT envolver grande movimentação de terra, interferências e manutenção rodoviária, características que, de acordo com o Acórdão 1977/2013-TCU-Plenário, tornam preferencial o uso do regime de preço unitário:

9.1.3. 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 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** (grifo nosso).⁴⁵⁴

Ainda em relação às amostras, essas apresentaram desvios-padrão relativamente altos, o que significa uma grande variação nos resultados em relação à média, demonstrando a pouca uniformidade dos dados (amostra internamente heterogênea). Além disso, não é aleatória a distribuição das obras em cada grupo de comparação, uma vez que existem razões de ordem factual que levam o DNIT a licitar uma determinada obra utilizando a LGL ou o RDC, e a optar pela contratação integrada, como envergadura do empreendimento, tipo de obra, complexidade da solução de engenharia, existência de projetos finalizados, ou materialidade envolvida.⁴⁵⁵ Logo, seria válido supor que o perfil das obras licitadas via CI é composto por objetos que, por razões intrínsecas, atraem menos concorrentes, eis que existem menos empresas aptas a realizar o trabalho.

Avaliações comparativas exigem que o grupo de controle (aquele com o qual o objeto avaliado é comparado) disponha, na medida do possível, das mesmas características observáveis no objeto avaliado, ou seja, certo grau de homogeneidade, a fim de que a variável testada seja isolada, eliminando-se outros fatores que poderiam influir nos resultados observados. Isso certamente não ocorreu nos estudos aqui utilizados.⁴⁵⁶

Outro fator que fragiliza as amostras são as diferentes disponibilidades orçamentárias dos períodos analisados. Empreendimentos realizados de 2011 a 2014, em tese, não sofreram restrições orçamentárias, enquanto que, após 2015, há restrições que pesam sobre o

⁴⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1977/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 31/07/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=481220>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

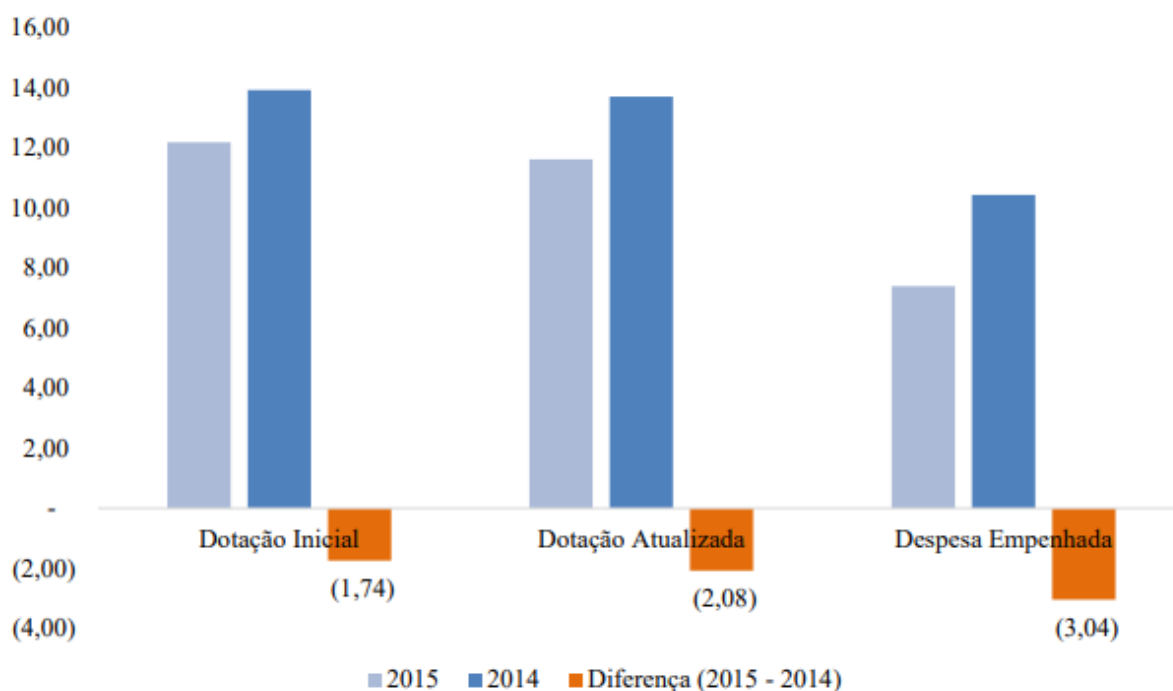
⁴⁵⁵ Ibidem.

⁴⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

cumprimento dos cronogramas físico e financeiro.⁴⁵⁷ Como contraponto a essa ponderação, poder-se-ia argumentar que o Relatório de Gestão de 2015, do DNIT, afirma que a maior parcela do orçamento dessa autarquia faz parte do PAC, e, por esta razão, não costuma sofrer contingenciamentos. Além disso, a flexibilização no remanejamento dos recursos do PAC é um fator positivo, que agiliza o processo de ajustes necessários no orçamento corrente, de acordo com as necessidades do DNIT.⁴⁵⁸

Porém, no mesmo relatório, afirma-se que os recursos destinados a ações não abrangidas pelo PAC sofreram contingenciamento em 2015, principalmente os investimentos, impactando no **desempenho de obras**, estudos e de projetos de engenharia.⁴⁵⁹ O gráfico a seguir mostra que a redução de despesa empenhada foi, de fato, significativa:

GRÁFICO 17 – EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO DNIT



Fonte: Relatório de Gestão: exercício de 2015, do DNIT.

Portanto, questões orçamentárias relativas aos períodos analisados podem, com efeito, ter enviesado as amostras.

⁴⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

⁴⁵⁸ BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. Relatório de Gestão: exercício de 2015. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/acesso-a-informacao/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao-2015/01VersoFinaldoRelatriodeGestodoExercciode2015DiretoriaColegiada20160524.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

⁴⁵⁹ Ibidem.

3.3 POSSIBILIDADES DE MELHORIA E O PL N. 6814/2017

Finalmente, passa-se às possibilidades de melhoria e às novidades positivas constantes do PL n. 6814/2017. O primeiro ponto a ser levado em conta é a probabilidade de melhoria dos resultados da contratação integrada ao longo do tempo. Estudo empírico realizado nos Estados Unidos demonstrou que houve melhorias significativas ao longo dos anos em termos de previsibilidade dos custos, gestão das métricas de prazos e modificações nos projetos que utilizam o *design-build* (cujas diferenças em relação à CI já foram devidamente exploradas, mas que, neste ponto, apresenta características passíveis de extrapolação), tendo em vista duas razões principais: o ganho de experiência com o uso contínuo do regime e a institucionalização de critérios de mensuração de performance, aperfeiçoados ao longo do tempo.⁴⁶⁰ Vai na mesma linha o seguinte trecho do estudo do TCU:

[...] é natural que, no início, haja certa cautela dos atores privados em relação à participação ou aos valores ofertados nos certames e, progressivamente, um crescente aprimoramento dos atores públicos envolvidos com o torneio, de modo que alguns problemas identificados no passado tendem a não se repetir no futuro.⁴⁶¹

Tais pontos sugerem que melhorias nos indicadores de prazo, custos e aditivos, em decorrência de expertise e conhecimentos adquiridos continuamente, são possíveis com o passar do tempo. Pode contribuir para isso, ainda, a realização de treinamentos específicos para a utilização da CI cujo tipo de ajuste reclama capacitação técnica intensa dos recursos humanos estatais, que devem ser capacitados para a concepção e fiscalização da contratação.⁴⁶² Seria pertinente o desenvolvimento de programa de treinamento em engenharia de custos, de forma a melhorar a qualidade e a precisão dos orçamentos elaborados para subsidiar as licitações.⁴⁶³

Contudo, até mesmo o setor privado enfrenta dificuldades para se desincumbir de uma contratação integrada, sendo necessários treinamento e capacitação com ênfase multidisciplinar, sendo que muitas empresas necessitarão treinar seu pessoal para esse novo desafio. Esse tipo de preparação é escasso nas escolas de engenharia e de arquitetura, o que

⁴⁶⁰ ROSNER, James. An Analysis of the design-build delivery approach in air force military construction. Air force Institute of Technology. Ohio, 2008. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a489495.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

⁴⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Op. cit.

⁴⁶² HEINEN, Juliano. Op. cit.

⁴⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

resulta em um número reduzido de empresas aptas a lidar com tamanho grau de complexidade e participar dos certames.⁴⁶⁴

Apontam-se, ainda, quatro critérios de avaliação de performance, a serem definidos previamente à elaboração do anteprojeto, que podem ajudar a melhorar o desempenho da CI: a) descrição clara do projeto em termos funcionais, para realmente entender do que se trata e quais as implicações técnicas da proposta apresentada pelo particular; b) definir critérios qualitativos e operacionais para avaliação de performance, cuja dificuldade reside no estabelecimento de um *benchmark*, sobretudo quando há um forte componente de incremento tecnológico; c) definir os objetivos que deseja alcançar antes do início da execução do projeto; e d) elaborar roteiro claro sobre avaliação de cada item fundamental do projeto.⁴⁶⁵

A CI pode ser aprimorada, ainda, com uma repartição de riscos inteligente. A gestão de riscos busca a antevisão de eventos incertos que possam prejudicar o andamento do empreendimento e a adoção de medidas que mitiguem o potencial prejudicial desses acontecimentos. Isso se dá a partir da mensuração da probabilidade de ocorrência desses eventos e de seu grau de impacto.⁴⁶⁶

Nesse sentido, são válidas quatro diretrizes⁴⁶⁷ que, apesar de originalmente dirigidas às Parcerias Público-Privadas, se aplicam à modelagem da CI. A primeira delas indica que os riscos devem ser alocados à parte que puder reduzir as chances de que o prejuízo venha a se materializar a um custo mais baixo ou, no mínimo, mitigar os prejuízos resultantes. Normalmente, essa é parte que tem maior controle sobre os riscos em questão ou sobre suas consequências. Isso cria um incentivo a medidas mitigadoras do risco e coíbe condutas oportunistas.

A segunda diretriz é evitar atribuir riscos para agentes econômicos que podem externalizar suas perdas, ou seja, transferir os prejuízos para terceiros. Isso indica que, em regra, o Estado não é um bom absorvedor de riscos, já que ele pode transferir todos os seus custos para os contribuintes.

⁴⁶⁴ NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

⁴⁶⁵ Ibidem.

⁴⁶⁶ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização. 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 558-559.

⁴⁶⁷ PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006.

A terceira diretriz assenta que os riscos devem ser atribuídos à parte que pode obter seguro contra eles a um preço mais baixo. Como o custo esperado de uma alocação de risco para o Estado tende a ser maior por sua capacidade de externalizar perdas, é provável que o “auto-seguro” do Estado custe mais do que um correspondente para o parceiro privado, não obstante a economia com despesas administrativas. Isso leva à conclusão de que, em geral, o contratado deve assumir os riscos contratuais, exceto quando os riscos correspondentes não encontrem cobertura no mercado, ou cujos prêmios sejam proibitivos, o que ocorrerá justamente nos casos em que o Estado detém grande controle.

Finalmente, a quarta diretriz aponta que, quando não for clara a alocação de riscos mais eficiente, devem-se alocar os custos para a parte sobre a qual eles recaem naturalmente. A razão para isso é que costuma ser mais barato deixar as coisas como estão do que alterá-las. Essa é uma forma de evitar custos indiretos relacionados a compensações econômicas, tais como o custo de fiscalizar se o prejuízo é de fato compensável, o custo de determinar o valor da perda e o custo de possíveis compensações indevidas resultantes de comportamento oportunista.

Em relação aos custos, problemas de desatualização e imprecisão atinentes aos Sicro e Sinapi podem ser mitigados por meio de recomendação constante do Acórdão n. 617/2006-TCU-Plenário, direcionada aos então Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, e nunca implementada, com a seguinte redação:

9.4.1. atribuir legalmente competência a um órgão estatal independente (em cujas funções não se inclua, prioritariamente, a execução de obras públicas), como, por exemplo, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou, mesmo, a designar legalmente uma entidade privada, também independente e idônea, como, por exemplo, a Fundação Getúlio Vargas - FGV, mas que tenham um ou outro tradição na coleta e tabulação de dados econômicos, para construir e manter um sistema oficial de custos de obras públicas, completo e atualizado, abrangendo todos os tipos de obras passíveis de serem executadas.⁴⁶⁸

Passando-se, agora, ao PL 6814/2017, em certos pontos desta dissertação, foram abordadas as principais novidades positivas constantes desse documento, e que teriam algum impacto sobre a contratação integrada.

A primeira delas, que pode trazer melhorias para o ambiente contratual público, é o diálogo competitivo, descrito no tópico 2.1.2, “b”, que estimula a participação do setor privado na fase de concepção do empreendimento e possibilita maior maturidade do projeto quando do

⁴⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 617/2006. Plenário. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Sessão de 26/04/2006. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20060505/TC-007-444-2001-7.doc>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

término da licitação, o que reduz as possibilidades de recursos e alterações. Essa prática se inspira tanto na modelagem europeia quanto norte-americana.

A segunda novidade positiva é a obrigatoriedade da matriz de riscos para obras de grande vulto, ou seja, de valor superior a cem milhões de reais (art. 5º, XX).⁴⁶⁹ Como afirmado anteriormente, entende-se, em proposta de lege ferenda, que a referida matriz é essencial para trazer segurança jurídica e previsibilidade aos complexos contratos inerentes à CI. Com redação similar à da Lei das Estatais, esse instrumento está previsto no art. 5º, XXV do PL:

Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXV – matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) em obrigações de resultado, estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto completo;
- c) em obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto completo;⁴⁷⁰

Ainda em relação à repartição de riscos, o PL faz considerações a respeito das consequências da presença de determinadas possibilidades contratuais na matriz, reforçando a importância do instrumento:

Art. 19. O instrumento convocatório poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.

§ 1º A matriz deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato, estabelecendo a responsabilidade que cabe a cada parte contratante e, também, mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e que mitiguem os efeitos deste, caso ocorra durante a execução contratual.

§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

⁴⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 6.814/2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/201>. Acesso em: 15 jan. 2018.

⁴⁷⁰ Ibidem.

I – à recomposição da equação econômico-financeira do contrato nas hipóteses em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pelas partes;

II – à possibilidade de rescisão amigável entre as partes, quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III – à contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado.

§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto, o instrumento convocatório obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.⁴⁷¹

Destaca-se a pertinência dos dois primeiros incisos, que objetivam mesclar a teoria da imprevisão com a matriz de riscos, no intuito de reduzir as possibilidades de litígios ocasionados por interpretações diversas. Ou seja, trazem objetividade à avença.

Já em relação ao inciso III, a previsão de que a matriz de riscos deve abarcar a contratação de seguros obrigatórios, cujo custo de contratação integrará o preço ofertado, é importante para atingir a coerência relativa ao “tripé” anteriormente citado. Além disso, houve ampliação do limite do seguro-garantia para 30% do valor inicial do contrato nas obras e serviços de engenharia de grande vulto.⁴⁷² Quanto a esse aspecto, entende-se que essa majoração é positiva, pois aumenta a possibilidade de não ser necessário novo processo licitatório, em caso de interrupção do empreendimento. Explica-se. Com percentuais mais baixos (5%, por exemplo) a seguradora é incentivada a optar pelo pagamento de multa rescisória, interrompendo o empreendimento. Já com percentuais mais altos, há incentivo à contratação de nova empreiteira, com continuidade da obra.

Por fim, o PL dedica parte de seu texto à repartição de responsabilidades relacionadas às desapropriações, um dos gargalos das contratações públicas:

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

[...]

§ 8º Nos regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital e o contrato deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como:

I – o responsável por cada fase do procedimento expropriatório;

II – a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas;

⁴⁷¹ Idem.

⁴⁷² Idem.

III – a estimativa do valor a ser pago a título de indenização pelos bens expropriados, inclusive de custos correlatos;

IV – a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela variação do custo da desapropriação em relação à estimativa de valor e aos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;

V – em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados.⁴⁷³

Destaca-se, desse trecho, o inciso IV, que está atrelado à matriz de riscos e à previsibilidade contratual.

O PL n. 6814/2017 incorporou a experiência acumulada nos últimos anos no âmbito das contratações públicas e, ao menos nos pontos aqui destacados, alimenta expectativas positivas e deve trazer melhorias ao ambiente contratual público.

*

Por todo o exposto, vê-se que parte considerável dos problemas relacionados à contratação integrada não são questões inerentes ao regime, mas decorrentes de sua utilização. Muitas vezes existe confusão entre a letra da Lei e o comportamento que dela resulta, que envolve traços da realidade das repartições públicas, com suas distorções de cultura organizacional. É possível que ocorra um deslocamento da crítica, que deveria se dirigir à maneira como as licitações são conduzidas dentro da Administração Pública, mas termina por fulminar as prescrições legais, tal como redigidas.⁴⁷⁴

Além disso, os problemas aqui relatados podem ser atenuados, e existem possibilidades de melhoria. O que se enfatiza, contudo, é que, até agora, os estudos empreendidos apontam a não concretização da maior parte dos pressupostos de adoção da CI, mas isso pode não ser uma realidade permanente. São necessárias verificações constantes do desempenho dessa nova metodologia, e que a ampliação de sua utilização se baseie em justificativas reais, comprovadas empiricamente.

É possível afirmar que o RDC, como um todo, caminha na direção da ampliação da eficiência nas contratações públicas e a da competitividade entre os licitantes, além de incentivar a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público e fomentar a inovação tecnológica. Contudo, a análise

⁴⁷³ Idem.

⁴⁷⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitações e Contratos: uma retrospectiva crítica da legislação. In: DALLARI, Adilson Abreu et al (coords.). Tratado de Direito Administrativo. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 496.

empreendida nesta dissertação mostrou que, no caso da CI, há diversas ressalvas quanto ao alinhamento aos objetivos do RDC, inseridos no §1º do art. 1º dessa Lei.⁴⁷⁵

Dito isso, é cedo para cancelar o sucesso ou o fracasso da contratação integrada, e até mesmo para atestar o atendimento, por parte desse regime. Somente o tempo e o uso reiterado do instituto poderão dar mais subsídios para isso.⁴⁷⁶ Além disso, a única forma de conhecer o desempenho de novas formas contratuais é experimentando-as. O apego ao formalismo e a estruturas jurídicas recorrentemente usadas pela Administração pode ser visto como a decisão mais prudente a ser tomada pelo gestor público, mesmo que isso resulte em arranjos improváveis de maximizar o ganho de utilidade da Administração.⁴⁷⁷ Mas reforça-se que isso deve ser feito com uma rigorosa análise contextual e empírica, sedimentada em estudos metodologicamente consistentes, e não em pressupostos intuitivos.

⁴⁷⁵ 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. Art. 1º, § 1º. BRASIL. Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.

⁴⁷⁶ Fecho inspirado em Marcos Nóbrega: “é cedo para cancelarmos o sucesso ou o fracasso da CI. Somente o tempo e o uso reiterado do instituto poderão nos dar mais subsídios de sua exequibilidade ou não”. NÓBREGA, Marcos. Op. cit.

⁴⁷⁷ BENATTI, Roberta Moraes Dias. Op. cit.

CONCLUSÃO

Por intermédio de revisão bibliográfica, pesquisa de atos normativos e análise de estudos empíricos, este trabalho testou os principais pressupostos usados para justificar tanto a crescente utilização da contratação integrada quanto sua inserção em novos normativos, quais sejam: o alinhamento às melhores práticas internacionais; a ausência de aditivos; a redução de prazos das contratações; e a redução de custos para o Poder Público. Esses pressupostos foram expostos na manifestação da AGU, no âmbito da ADI n. 4645, e são citados em outras publicações do setor público e por parte da doutrina.

Inicialmente, foram apresentados os regimes de execução de obras e serviços de engenharia utilizados no Brasil. São eles: a tarefa, a empreitada por preço unitário, a empreitada por preço global, a empreitada integral, a contratação semi-integrada e a contratação integrada. Esse último regime, por ser o foco desta dissertação, foi caracterizado de forma mais minuciosa, com foco na transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico ao particular e na consequente transferência de riscos; além de abordar seu escopo ideal de utilização.

Viu-se que, apesar do projeto básico concentrar boa parte dos problemas atinentes às contratações do Poder Público no regime tradicional, a transferência desse encargo ao contratado traz desafios ainda maiores, relacionados especialmente à dificuldade de julgar as diferentes metodologias das propostas e à falta de capacitação necessária à posterior aprovação do projeto básico, que exige cuidados e análise minuciosa das intenções do particular. Além disso, o próprio processo licitatório baseado em anteprojeto padece de problemas consideráveis, especialmente de imprecisão e subestimativa orçamentária.

Detalhou-se, ainda, a lógica das transferências de riscos ao particular na CI, cujo direcionamento deve atender à premissa do *cheapest cost avoider*, ou seja, aquele que pode gerenciar o risco ao menor custo possível. Esse delineamento ocorre na matriz de riscos, instrumento que deveria ser obrigatório em todas as contratações integradas, por ser essencial à previsibilidade do ajuste contratual. A matriz de riscos, juntamente com os seguros privados e os elementos do anteprojeto, formam um tripé de coerência necessário à sustentação da CI. A esses quesitos, somam-se as dificuldades relacionadas à fiscalização contratual nesse regime, prejudicada pela assimetria informacional.

Ademais, demonstrou-se que o critério a ser utilizado, como forma de delimitar o escopo da CI, é a técnica e preço. Esse é o único critério apto a analisar metodologias diferenciadas e

inovadoras, capazes de trazer benefícios ao Poder Público em termos de qualidade e eficiência. Tais características relacionam-se a objetos de grande complexidade, justamente aqueles que compensam em termos financeiros a maior transferência de risco ao particular, uma vez que há liberdade para a utilização da expertise do setor provado.

Após detalhar as características da CI, passou-se à verificação dos pressupostos propriamente ditos. O **primeiro pressuposto** analisado foi a menção a boas práticas internacionais na defesa da maior utilização da CI. Viu-se que o *design-build*, regime cujos bons resultados são frequentemente citados para justificar a adoção da contratação integrada, possui diferenças conceituais que fragilizam o argumento. A CI apresenta escopo maior, incluindo a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, que não fazem parte do escopo do *design-build*. O regime EPC *turnkey lump-sum* é que possui características equivalentes à CI.

Ainda, demonstrou-se que a expansão do uso do *design-build* na União Europeia é contestável. Viu-se que institutos semelhantes na França, na Itália e em Portugal, em geral, tiveram seu uso reduzido. Já nos Estados Unidos, onde o *design-build* é amplamente utilizado e cujos estudos apresentam resultados positivos, há maior participação do setor privado na concepção do que será contratado em um momento anterior à licitação. Levantamos a hipótese de que isso resulta em um projeto mais amadurecido e menos sujeito a alterações quando da licitação, além de possibilitar ganho de tempo com a sobreposição das fases de projeto e execução.

Outra hipótese levantada para o melhor desempenho da integração concepção-construção nos EUA foi a maior capacitação de seus servidores, com uso constante de consultorias externas. A terceira e última hipótese levantada relaciona-se à estrutura de incentivos norte-americana, na qual há maior possibilidade de *enforcement* das punições por descumprimentos contratuais. Por tudo isso, o primeiro pressuposto foi contestado.

O **segundo pressuposto** analisado foi a redução de prazos na CI, talvez o mais citado pela doutrina e pelo Poder Público. Foi igualmente contestado. Após analisar a teoria relacionada, com investigação de estimativas de autores relevantes no âmbito de obras públicas, viu-se que os estudos empíricos mostram uma majoração dos prazos nas licitações via CI. Uma das prováveis razões para isso é a análise mais demorada das propostas dos licitantes, assim como a aprovação dilatada do projeto básico. A ressalva relacionada a essa conclusão é que

poucas obras foram concluídas, não sendo possível analisar os prazos totais dos empreendimentos.

De forma similar, o **terceiro pressuposto** foi contestado. Este se relaciona à redução de custos na CI. Apesar de menos popular que o anterior, esse pressuposto também costuma ser citado como um dos benefícios do regime. Viu-se que os custos das contratações foram majorados, mas deve-se ter em mente que existe certo viés amostral, uma vez que a CI é escolhida para objetos mais complexos, naturalmente mais caros.

O **último pressuposto** analisado foi o da inviabilidade de aditivos contratuais. Demonstrou-se que era necessário um ajuste nesse pressuposto, que se transmutou em redução do número de aditivos. A redução foi confirmada pelos estudos empíricos, com a ressalva de que as obras ainda estão em fases iniciais e podem sofrer aditamentos posteriores.

O capítulo final dedicou-se a fazer contrapontos e ressalvas mais gerais aos estudos, além de propor melhorias ao processo de contratação. Viu-se que a CI de fato ensejou inovação tecnológica, porém ainda com pouca apreensão pela Administração. Ademais, as amostras utilizadas nos estudos abarcam, em geral, obras rodoviárias, comumente citadas como objetos ideais para a empreitada por preço unitário, em razão das imprecisões de quantitativos. Soma-se a isso o fato de a CI estar sendo utilizada em mais ocasiões do que deveria, sendo seu escopo ideal restrito a objetos complexos. Esses fatores levam à conclusão de que os resultados empíricos desfavoráveis podem estar relacionados mais ao mau uso da modalidade do que a características intrínsecas a ela. Ainda em relação às amostras, restrições orçamentárias no ano de 2015 podem ter enviesado os resultados.

Quanto aos maiores prazos, valem as mesmas colocações do parágrafo anterior. Ademais, a CI não ataca os verdadeiros gargalos das contratações brasileiras, quais sejam: os licenciamentos e as desapropriações. Em relação à majoração de custos, vale mencionar que a CI é regime novo, que se tornará mais previsível com o tempo, sendo os custos melhor dimensionados pelo setor privado. Além disso, a experiência, como demonstrado por estudos internacionais, pode contribuir para reduzir prazos e custos ao longo do tempo.

Em relação à qualidade e eficiência dos objetos contratuais, uma forma de aprimorá-las é a atribuição de responsabilidades relacionadas à manutenção e operação da obra ao particular por determinado tempo.

A CI pode ser aprimorada, ainda, com práticas como o diálogo competitivo, que aumenta a participação do setor privado nas fases internas da contratação, e com a melhor gestão de riscos.

Ressalta-se que o RDC, como um todo, caminha na direção da ampliação da eficiência nas contratações públicas e a da competitividade entre os licitantes, além de incentivar a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público e fomentar a inovação tecnológica. Ou seja, vai na direção da maior parte dos objetivos inscritos na Lei. Contudo, a análise empreendida nesta dissertação mostrou que, no caso da CI, há diversas ressalvas quanto ao alinhamento aos citados objetivos.

Por todo o exposto, vê-se que a contratação integrada não merece sumária extirpação, e existem possibilidades de melhoria. É cedo para atestar o sucesso ou o fracasso do regime, e somente o tempo e o uso reiterado poderão dar mais subsídios para isso. O que se enfatiza, contudo, é que, até agora, os estudos empreendidos apontam a não concretização da maior parte dos pressupostos de adoção da CI. Em que pese a única forma de conhecer o desempenho de novas formas contratuais ser experimentando-as, reforça-se que isso deve ser feito com uma rigorosa análise contextual e empírica, sedimentada em estudos metodologicamente consistentes, e não em pressupostos intuitivos, repetidos a esmo e sem checagem.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Elisabete Cavalcanti de; PRIMO Marcos André de Mendes; PEREIRA, Felipe Augusto. Vantagens, Riscos e Desvantagens na Adoção do Método de Contratação Design-build pelo Setor Público Brasileiro. Revista. Brasileira de Gestão de Negócios, São Paulo, v. 17, n. 54, p. 828-838, jan./mar. 2015.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização. 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. RDC e Contratação Integrada na prática: 250 questões fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

AMARAL, Antônio Carlos. Comentando as Licitações Públicas. Rio de Janeiro, Temas & Ideias Editora: 2002.

ARDITI, David; LEE, Dong-Eun. Assessing the corporate service quality performance of design-build contractors using quality function deployment. Construction Management and Economics, n. 21(2), 2003, p. 175-185.

BAETA, André Pachioni, Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aplicado às licitações e contratações de obras públicas. 3ª ed. São Paulo: Pini, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENATTI, Roberta Moraes Dias. Contratação integrada do regime diferenciado de contratação: estudo de caso à luz da economia dos custos de transação. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=230811>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer n. 3/2012 AGU/RA. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/parecer-agu-rdc-contratacao-integrada.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Comissão Especial para análise, estudo e formulação de proposições relacionadas à Lei 8.666, de 1993. A Lei de Licitações e Contratos e o Regime

Diferenciado de Contratações, 2015. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/lei-das-licitacoes/documentos/audiencias-publicas/08-07.15/apresentacao-do-sr-tarcisio-gomes-de-freitas>>. Acesso em: 23 maio 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Nota Técnica 21/2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015>. Acesso em: 23 maio 2018.

_____. 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: 01 de jun. 2018.

_____. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. Regime Diferenciado de Contratações: lições aprendidas. 1º Seminário de Licitações e Contratos do DNIT, 2014. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/03-dnit-seminario-licitacoes-e-contratos-22-set-2014.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

_____. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. Relatório de Gestão: exercício de 2015. Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/aceso-a-informacao/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao-2015/01VersoFinaldoRelatriodeGestodoExercciode2015DiretoriaColegiada20160524.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. Relatório de Auditoria OS n. 201505075. Disponível em: <<http://auditoria.cgu.gov.br/public/relatorio/consultar.jsf?rel=9107>>, p. 4. Acesso em: 11 mar. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Glossário de Termos do Controle Externo. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBAC9E2994CFD>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: orientações básicas. 4. ed. Brasília, 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, 2012. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A159B6EC170159B7A9382B0701>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. Senado Federal. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Nota Técnica 126/2011. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/ldo/2012/elaboracao/projeto-de-lei/440-notas-tecnicas-e-estudos/450-nota-tecnica-126_2011-pdf/at_download/file>. Acesso em: 23 maio 2018.

BREUS, Thiago Lima. O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. RDC: comentários ao Regime Diferenciado de Contratações. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários ao PLS n. 559/2013. Modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 181, p. 9-23, jan. 2017.

BUCKER, Maurício Brun. Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil. Dissertação de Mestrado. Escopa Politécnica da Universidade de São Paulo, 2010.

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.

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.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2010.

COSTA, Antônio. SILVA, Mariana. ASSUMPÇÃO, Cleverton. ALMEIDA, Daniel. O regime diferenciado de contratação sob a ótica dos atores envolvidos – dois estudos de caso. Revista Eletrônica de Administração, v. 16, n.1, ed. 30, Jan-Jun 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unifacef.com.br/index.php/rea>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CRETELLA JR., José. Dos atos administrativos especiais. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 27

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 n. 12.462/11; Decreto n. 7.581/11): aspectos fundamentais. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998.

Dossiê DNIT: Dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil. Disponível em: <<http://www.caubr.gov.br/dossie-comprova-ineficacia-da-contratacao-integrada-no-dnit/>>. Acesso em 28 mai. 2018.

FARIELLO, Danilo. No Brasil, governo tem três modelos de contratação para obras públicas. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/infraestrutura/no-brasil-governo-tem-tres-modelos-de-contratacao-para-obras-publicas-16152698>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações para a Copa do Mundo e Olimpíadas: comentários sobre algumas inovações da Lei n. 12.462/2011. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 10, n. 117, set. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42726>>. Acesso em 05/07/2018.

FLYVBJERG, Bent; METTE, Skamris Holm; SØREN, Buhl. Cost Underestimation in Public Works Projects: Error ou Lie? Journal of the American Planning Association – APA Journal, Chicago, v. 68, n. 3, Summer 2002. p. 279-295. Disponível em: <<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1303/1303.6604.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília - UnB, 2012.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2: La defensa del usuário y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GURSKI, Bruno Cesar. SOUZA-LIMA, José Edmilson. Grandes obras públicas no Brasil: situação e implicações na governança brasileira. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 10, n. 1, 2018.

HALE, Darren. R.; SHRESTHA, Pramen. P.; GIBSON, G. Edward.; MIGLIACCIO, Giovani. C. Empirical comparison of design/build and design/bid/build project delivery methods. *Journal of Construction Engineering and Management*, 2009. Vol. 135(7), 579-587.

HANSCOMB Means Report: International Construction Intelligence, Vol. 16, No. 6, Jan-Feb 2004. Disponível em: <<http://www.icoste.org/Roundup1204/Hanscomb-Means-Oct04.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

HEINEN, Juliano. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações: Lei n. 12.462/11. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 37-45, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=99195>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

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: 18 jul. 2018.

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

KURKOWSKI, Rafael Schwez. FORNI, João Paulo. Análise da legitimidade do STF para alterar a política pública nacional sobre drogas no âmbito do controle de constitucionalidade. *Revista da AGU*, Brasília, v. 17, n. 01, p. 283-314, jan./mar. 2018.

LIMA, Ruy Cime. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1987, p. 190.

MANSUKHANI, Gordon Rees Scully. Differences between EPC and design-build delivery. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7e8d69d7-b936-4891-aab8-d69690c3cc71>>. Acesso em 20 jul. 2018.

MASTRODI, Josué; SOUZA, Juliana Simões de. Da Lei Geral de Licitações ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas: um estudo sobre a modalidade e contratação integrada. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 177-196, abr./jun. 2016

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Niterói: Impetus, 2013.

MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. RDC - regime diferenciado de contratações. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

MIRANDA, Henrique Savonitti. Contratação integrada: o Brasil na contramão da história? Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 4, n. 1, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. O regime de contratação integrada. Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 242, p. 367-382, abr. 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitações e Contratos: uma retrospectiva crítica da legislação. In: DALLARI, Adilson Abreu et al (coords.). Tratado de Direito Administrativo. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

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: 24 abr. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=76296>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

PARK, Moonseo; JI, Sae-Hyun; LEE, Hyun-Soo; KIM, Wooyoung. Strategies for Design-Build in Korea Using System Dynamics Modeling. Journal of Construction Engineering and Management, 2009, vol. 135, p. 1125-1137.

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, set. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81436>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia no RDC: o “Padrão FIFA” é legítimo? Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 21-43, set/2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, ano 47, n. 1, jan.-abr. 1996.

PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações Lei 12.462/11 – Uma perspectiva gerencial. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, 2015.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006.

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: 24 abr. 2017.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. in JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei n. 12.462 e ao decreto n. 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo. Atlas, 2012, p. 34.

RIBEIRO, Romiro. A lenta evolução da gestão de obras públicas no Brasil. E-legis, v. 5, n. 8, 2012. p. 98-99.

_____. O calcanhar de Aquiles do regime diferenciado de contratações - RDC. Nota Técnica n. 13/2013 da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21279/calcanhar_aquiles_ribeiro.pdf?sequence=1>. Acesso em 18 jul. 2018.

RODRIGUES, Nuno Cunha. A Contratação Pública como instrumento de política econômica. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRÍGUEZ, Libardo R. Derecho Administrativo General y colombiano. 18ª ed. Bogotá: Temis, 2013.

ROCHA, Marcelo Dantas. A proposta da nova Lei Geral de Licitações (PLC n. 6.814/2017) e a experiência da Contratação Integrada. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, p. 30-39, jan. 2018.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a contratação integrada. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=217497>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

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

ROSNER, James. An Analysis of the design-build delivery approach in air force military construction. Air force Institute of Technology. Ohio, 2008. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a489495.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

ROSS, Stephen. The Economic theory of Agency: the Principal's Problem. American Economic Review. n. 3, p. 134-139, 1973.

SILVA, André Vilanova. Contratação integrada: uma avaliação de sua efetividade por meio da análise dogmática, jurisprudencial e empírica. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário de Brasília - Uniceub, 2017.

SCHWARTZ, Júlio; CAMARGO, Álvaro. Manual de projetos de infraestrutura e engenharia. São Paulo: Edição dos Autores, 2014. p. 84.

TIMM, Luciano Benetti. GUARISSE, João. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). O Direito e Economia no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas, 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

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

ZYMLER, Benjamin. DIOS. Laureano. O Regime Diferenciado de Contratação - RDC. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.