

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DANIEL PICCOLI GARCIA

**CONSTITUCIONALIDADE E ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRATAÇÃO
INTEGRADA PREVISTA PELO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC**

Florianópolis - SC

2015

DANIEL PICCOLI GARCIA

**CONSTITUCIONALIDADE E ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRATAÇÃO
INTEGRADA PREVISTA PELO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis - SC

2015



**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): **Daniel Piccoli Garcia**

RG: *(informado no original)*

CPF: *(informado no original)*

Matricula: **10200046**

Titulo do TCC: **Constitucionalidade e análise crítica da contratação integrada prevista pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.**

Orientador(a): **Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori**

Eu, **Daniel Piccoli Garcia**, acima qualificado(a): venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 06 de julho de 2015.

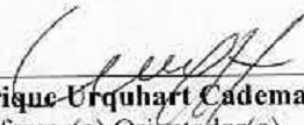
Daniel Piccoli Garcia

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Constitucionalidade e análise crítica da contratação integrada prevista pelo regime diferenciado de contratações públicas - RDC.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Daniel Piccoli Garcia**, defendido em **07/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

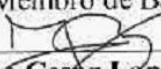
Florianópolis, 6 de Julho de 2015



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Júlia Fernandes de Brito
Membro de Banca



Felipe Cesar Lapa Boselli
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Vera e Acácio, pela vida concedida, não resumida em seu âmbito biológico ou material, mas sobretudo à educação, aos valores, aos estímulos, ao amor. Não existiriam palavras que pudessem expressar a retribuição necessária.

À Sheila, que além de irmã, e ombro amigo, sempre representou o bom exemplo a ser seguido desde meus tenros anos. E de fato, sua liderança, inteligência, foco e comprometimento e paixão em tudo que faz, ainda hoje me inspiram em me tornar um ser humano melhor frente aos desafios e benesses da vida.

Ao Alexandre, irmão mais velho que a vida me trouxe junto com sua maravilhosa família, e muito me ensinam sobre o amor e felicidade.

A toda minha família, farol que ilumina meu caminho, e porto seguro que me recebe em cada retorno.

Aos meus colegas e amigos, pelas ideias, conversas, conselhos e alegria compartilhados nos reencontros.

À Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (e indiretamente a toda sociedade, verdadeira mantenedora desta) entidade educacional pública que me possibilitou conhecimentos e contatos essenciais.

Ao Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori, atual chefe do Departamento de Direito da UFSC, pelas lições proferidas e por ter aceito a orientação deste trabalho.

Aos membros da banca, mestre Felipe Cesar Lapa Boselli e Julia Fernandes de Brito, estudiosos que são do tema escolhido, brindaram-me com sugestões e relevantes questionamentos. Muito me honram com suas presenças nesse momento de grande importância em uma graduação.

“À medida que seu círculo de conhecimento se expande, crescem também os limites da ignorância”
(*Stephen R. Covey*)

RESUMO

A presente monografia tem por objeto analisar a constitucionalidade e as críticas ao regime de execução da contratação integrada prevista pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011). Para isso, primeiramente, serão abordados princípios da licitação pública aplicados ao RDC. Depois, verifica-se ferramentas e inovações do RDC, além da forma como este disciplina o projeto básico, os critérios de julgamento e os aditivos contratuais. Em capítulo à parte, esmiúça-se o funcionamento do regime de contratação integrada, a fim de, posteriormente, verificar-se sua constitucionalidade. Essa temática, será observada à luz das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nº 4.645 e nº 4.655, em trâmite perante ao Supremo Tribunal Federal – STF, ainda sem julgamento iniciado. O que se pretende demonstrar, no presente trabalho, é a constitucionalidade do instituto sob o manto dos princípios da eficiência e economicidade, não podendo se falar em ofensa à moralidade, isonomia, competitividade, impessoalidade e julgamento objetivo. Por outro vértice, o estudo analisa e sopesa as duras críticas tecidas pela doutrina ao regime da contratação integrada.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Licitação Pública; Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; Lei nº 12.462/2011; Contratação Integrada.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AGU – Advocacia Geral da União ou Advogado-Geral da União (conforme o contexto)
- ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil
- EC – Emenda Constitucional
- ESAF – Escola de Administração Fazendária
- LGL – Lei Geral de Licitações, Lei nº 8.666/1993
- MP – Medida Provisória
- MPF – Ministério Público Federal
- OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- PAC – Programa de Aceleração do Crescimento
- PPP – Parcerias Público-Privada
- PGR – Procuradoria-Geral da República ou Procurador-Geral da República (conforme o contexto)
- RDC - Regime Diferenciado de Contratações Públicas, Lei nº 12.462/2011
- DPL – Departamento Permanente de Licitação
- RE – Recurso Extraordinário
- RPLSPB - Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS
- SEAP - Secretaria de Estado da Administração e Patrimônio
- SINAPI - Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil
- SICRO - Sistema de Custos de Obras Rodoviárias
- SUS – Sistema Único de Saúde
- STF – Supremo Tribunal Federal
- TCU - Tribunal de Contas da União
- UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 LICITAÇÃO PÚBLICA	9
1.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A LICITAÇÃO	9
1.1.1 Conceito, Natureza Jurídica e Finalidade	9
1.2 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA APLICADOS AO RDC	11
1.2.1 Legalidade	12
1.2.2 Impessoalidade.....	12
1.2.3 Moralidade	13
1.2.4 Publicidade.....	13
1.2.5 Eficiência	14
1.2.6 Isonomia (Igualdade)	14
1.2.7 Probidade Administrativa	15
1.2.8 Vinculação ao Instrumento Convocatório	15
1.2.9 Julgamento Objetivo	16
1.2.10 Economicidade.....	16
1.2.11 Desenvolvimento Nacional Sustentável	16
1.3 PAPEL DO PROJETO BÁSICO	18
1.3.1 Fundamento Legal	18
1.3.2 Importância do Projeto Básico e as Consequências de suas Deficiências	21
1.3.3 Aprovação do Projeto Básico.....	24
2. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC	25
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	25
2.2 PROCESSO LEGISLATIVO DO RDC	28
2.3 AMPLIAÇÃO DO ESCOPO E RDC COMO EXPERIMENTO LEGISLATIVO.....	29
2.4 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI DO RDC	32
2.5 NOVIDADES DO RDC	34
2.5.1 Orçamento estimado sigiloso	36
2.5.2 Fase de habilitação invertida.....	36
2.5.3 Remuneração Variável.....	37
2.5.4 Critérios de julgamento e os contratos de eficiência	37
2.6 OUTROS DESTAQUES DO RDC	38
2.6.1 Projeto Básico no RDC	39
2.6.2 Alteração dos contratos.....	40
3 REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA	42
3.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS BÁSICAS	42
3.2 PRESSUPOSTOS DE UTILIZAÇÃO	46
3.3 ENVOLVIMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO.....	48
3.4 ANTEPROJETO DE ENGENHARIA	50
3.5 MATRIZ DE RISCOS	55
3.6 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO.....	57
3.7 VEDAÇÃO DE CELEBRAÇÃO DE TERMOS ADITIVOS.....	58
4 CONSTITUCIONALIDADE E ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA	61
4.1 CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA	61
4.2 ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA	67
4.2.1 Capacidade técnica da Administração elaborar anteprojeto “suficiente”	68

4.2.2 Qualidade da obra ou serviço de engenharia licitado	70
4.2.3 Vedação dos aditivos contratuais e o elevado preço final do contrato	72
4.2.4 Considerações às Críticas	75
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

A Administração Pública é regida pelos princípios previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal – Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência – que também aponta em seu inciso XXI o dever de licitar como a regra geral para toda a Administração Pública.

Em linhas gerais, a licitação pública é regulada pela Lei nº 8.666 de 1993, – intitulada Lei Geral de Licitação – LGL, e suas posteriores alterações. Este diploma legal, em seu art. 3º, aponta como finalidade a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. O dispositivo ainda ordena o processamento da licitação em conformidade com princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo.

Por sua vez a Lei nº 12.462 de 2011 instituiu o chamado Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, adicionando, aos já mencionados os seguintes princípios: da eficiência, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável. O RDC surgiu como legislação temporária com objetos pré-determinados para atender grandes obras de infraestrutura necessária à realização de grandes eventos esportivos que o Brasil acordou em receber durante os anos de 2013 e 2016. O RDC objetiva dar celeridade e reduzir a burocracia e engessamento da Administração Pública nas licitações.

Argumentando bons resultados com o RDC, o governo federal impulsionou leis que ampliaram seu campo de atuação, retirando-se, na prática, seu aspecto temporário. As ferramentas trazidas pelo RDC compõem muitas das alternativas que estão previstas no Projeto de Lei do Senado – PLS 559/2003 que, se futuramente aprovado, deve se tornar a nova Lei de Licitações, revogando na íntegra a atual LGL.

Não é difícil perceber a grande importância do tema. A Administração Pública deve se utilizar da licitação pública como processo prévio para a contratação da execução de serviços ou obras, compras e alienações. Assim objetiva-se a escolha da melhor proposta que atenda ao interesse público.

Também não é raro, diuturnamente, nos depararmos com problemas nessas licitações: equívocos no planejamento, materiais ou serviços de má qualidade, atrasos em entregas, aumento de custos orçados, isso para não se falar em condutas mais graves como fraudes, favorecimentos, desvios de valores do erário, conluio, cartéis e corrupção.

Dados do ano de 2013¹, informam que apenas pela União (âmbito da administração direta, autárquica e fundacional) as compras governamentais movimentaram 68,4 bilhões de reais na aquisição de bens e serviços por meio de 223,2 mil processos.

O cerne do presente estudo é o regime de contratação integrada, previsto no RDC. Este regime de execução contratual agrupa a realização por parte do contratado: do projeto básico e executivo, a própria execução do objeto licitado, até atividades posteriores para sua efetiva operação. Tem como objeto obras e serviços de engenharia, em especial aqueles de complexidade elevada. Nesse quesito, aumenta-se a relevância do certame licitatório para a escolha da solução mais vantajosa ao interesse público.

A hipótese que se apresenta no presente estudo é no sentido de demonstrar a constitucionalidade material da contratação integrada, em detrimento a supostas ofensas aos princípios da moralidade, da impessoalidade, da competitividade e do julgamento objetivo do certame licitatório. Contudo, sem se olvidar da análise das críticas que recebe tal regime de execução contratual.

A técnica de pesquisa será a bibliográfica, pois recairá sobre fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais. Para o estudo destas questões, esse trabalho foi estruturado em quatro capítulos.

O primeiro capítulo expõe em linhas gerais os princípios administrativos aplicados ao sistema licitatório em questão, assim como as normas gerais reguladas na Lei n. 8.666 de 1993 em especial quanto ao projeto básico.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará do Regime Diferenciado de Contratações – RDC instituído pela Lei nº 12.462/2011. Dentre os tópicos vistos estão: o cenário jurídico-político, o processo legislativo que o originou, e as novidades legislativas trazidas pelo RDC.

O terceiro capítulo versará especificamente acerca do regime da contratação integrada previsto na lei do RDC, seus detalhes e aspectos, a citar: conceitos e características básicas, pressupostos de utilização, envolvimento do objeto da licitação, anteprojeto de engenharia, matriz de riscos, critérios de julgamento, e vedação de celebração de termos aditivos.

O quarto e derradeiro capítulo visará demonstrar a constitucionalidade do regime da contratação integrada no ordenamento jurídico brasileiro, atentando, porém, para as necessárias críticas doutrinárias quanto à aplicação do instituto.

¹ BRASIL. MPOG. Informações Gerenciais de Contratações e Compras Públicas 2013. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Estatisticas/2013/01_A_12_INFORMATIVO_COMPRASNET_Dados_Gerais_2013.pdf> Acesso em 15.06.2015.

1 LICITAÇÃO PÚBLICA

O primeiro capítulo trata genericamente da Licitação Pública, seus princípios aplicados ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, e destaques da Lei nº 8.666/93, pois representa a Lei Geral de Licitações e Contratos – LGL.

Quanto aos princípios, optou-se por não segmentá-los conforme sua previsão legal (Constituição, LGL ou RDC), eis que todos foram igualmente positivados na Lei do RDC.

Seu estudo, com identificação de princípios basilares e determinação de conceitos, faz-se necessário para que se possa, posteriormente, descrever o regime de execução de contratação integrada e analisá-lo quanto a sua constitucionalidade e principais críticas recebidas.

1.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A LICITAÇÃO

A Administração Pública não é autossuficiente no sentido de atender ao interesse público primário e secundário, tendo, na maioria das vezes, que recorrer ao mercado, contratando particulares, pessoas físicas ou jurídicas, para suprir essas demandas.

1.1.1 Conceito, Natureza Jurídica e Finalidade

O art. 37, XXI da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei 8.666, de 21.06.93 e suas alterações, em vigor atualmente, que disciplina as licitações e contratos da Administração Pública.

O texto constitucional no art. 37, inciso XXI, enuncia o seguinte:

Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.²

Mais adiante, no *caput* do art. 175, prescreve-se: “Incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

² BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. Senado Federal: Brasília, 2015.

Nas lições de Paulo Vaz³ o vocábulo "licitação" provém do latim *licitationem*, derivado de *licitatio* ou *licitationis*, cujo significado é venda por lances, arrematação. O Direito Administrativo brasileiro, entretanto, atribui-lhe sentido diverso, principalmente a partir da reforma administrativa (Decreto-lei n. 200/67), quando licitação passou a representar o procedimento administrativo prévio necessário para viabilizar os contratos da Administração

A Constituição Federal consagra, como regra, a licitação pública para a contratação da execução de serviços ou obras, compras e alienações. Impõe à Administração a adoção da licitação como procedimento prévio à contratação, destinada a escolher a melhor proposta que atenda ao interesse público.

Justen Filho em sua obra “Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos” afirma que:

Licitação significa um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pela qual a Administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão esta relação jurídica futura .⁴

A licitação decorre do princípio jurídico da isonomia. Tomando-se por base o texto constitucional, os administrados têm o direito subjetivo a um tratamento equitativo e igualitário na atividade administrativa.

Por conseguinte, conforme entendimento de França:

A Administração Pública tem o dever jurídico de assegurar a todos os interessados na realização de atos e negócios jurídicos administrativos potencialmente lucrativos, a oportunidade de disputar em igualdade de condições a preferência do Estado, da forma mais vantajosa possível para o interesse público.⁵

Ainda consoante Justen Filho, a licitação também é um procedimento administrativo de natureza concorrencial, porque a competitividade é tanto o pressuposto para a realização da licitação, como preceito inspirador de sua dinâmica, pois sem a possibilidade de confronto de pessoas ou objetos não se justifica a adoção do processo licitatório⁶.

³ VAZ, Paulo Afonso Brum. Licitação – Linhas Gerais e Aspectos Destacados. Artigo. In: Revista CEJ, Brasília, p. 80 - 95, 05 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18973-18974-1-PB.html>> Acesso em 05.03.2015.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 11.

⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha . CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC , v. 135, p. 393-399, 2005.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 49.

A rigor, o processo licitatório será sempre obrigatório para a Administração Pública, porém a própria Constituição prevê em seu art. 37, inc. XXI⁷, que a lei pode estabelecer situações que não sofrerão a incidência do princípio da licitação. Com efeito, há casos em que não há competição que o justifique, ou mesmo eventos nos quais a decisão de licitar deve ficar sujeita aos critérios de conveniência ou oportunidade do gestor público.

Então, a licitação tem a finalidade de selecionar a melhor contratação possível para o Poder Público, conciliando a satisfação dos interesses coletivos com o princípio da isonomia.

1.2 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA APLICADOS AO RDC

O Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou sua escalada para uma tentativa de melhoria da Administração Pública, trazendo expressamente em seu art. 37, *caput*, diversos princípios, quais sejam, o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência – este último através de Emenda Constitucional – EC n. 19/1998, uns já anteriormente positivados, e outros não. Todos, no entanto, objetivando incutir na mentalidade do administrador público a seriedade com que deve ser tratado o Erário.

O procedimento licitatório deve observar todos os princípios constitucionais, e mais os princípios específicos elencados no *caput* do artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93 (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010):

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.⁸

Bandeira de Mello assim conceitua princípio:

é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁹

⁷ BRASIL. Constituição Federal do Brasil.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.24.

A importância do princípio advém não apenas por serem as normas dele originadas, mas, sobretudo, porque todas elas devem ser interpretadas e aplicadas à luz dele.

No que tange a Lei do RDC editou-se seus princípios igualmente no artigo 3º, que soa o seguinte:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Esses princípios são norteadores da aplicação da Lei nº 12.462/2011 e nenhuma solução, em caso algum, será sustentável se colidir com os princípios elencados. Nesse aspecto, a inovação legislativa, mesmo que relativa, se deu pela inclusão expressa dos princípios da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

A seguir faz-se uma breve definição e conceituação desses princípios, sem se ter a pretensão de esgotá-los ou de se adentrar em todas suas irradiações no campo das licitações.

1.2.1 Legalidade

A licitação constitui-se em um procedimento administrativo vinculado à lei. Esta, por seu turno, define as condições da atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a sequência dos atos a serem praticados e impondo condições que impeçam escolhas pessoais ou subjetivas.

A lei ressalva autonomia para a Administração na escolha do momento de realização da licitação, do seu objeto, das especificações de condições da execução, escolha das condições do futuro contrato. Essa competência discricionária se exercita na fase preparatória, e as escolhas, uma vez consignadas no ato convocatório da licitação, passarão a reger a conduta futura do administrador, e determinarão as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A Lei nº 8.666/93, no seu artigo 4º, assegura a todos os licitantes o direito público subjetivo à fiel observância do estabelecido em lei.

1.2.2 Impessoalidade

Pelo princípio da impessoalidade (ou finalidade), a Administração Pública, deve praticar o ato com o objetivo de atingir o interesse público. Sobre a matéria, explica Meirelles:

Desde que o princípio da finalidade exige que o ato público seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, caso em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.¹⁰

A impessoalidade na condução dos procedimentos licitatórios exclui o subjetivismo, isto é, a decisão independe da identidade do julgador uma vez que está calcada na vinculação à lei e ao ato convocatório.

1.2.3 Moralidade

O princípio da moralidade exige da Administração segundo Di Pietro: “comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade”.¹¹

No processo licitatório, a conduta adotada pela Administração sempre se norteará como a única capaz de atender o interesse coletivo, e ao mesmo tempo, sem ofender os valores consagrados pelo sistema jurídico. À moralidade soma-se à legalidade. Assim uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida.

O princípio aplica-se tanto à conduta do agente da administração, como à dos próprios licitantes. A moralidade veda a possibilidade de vantagens pessoais. O administrador deve agir com lealdade ao interesse público, sendo que esse sempre deverá se sobrepor ao interesse particular (próprio ou de terceiros). Também a disputa entre os licitantes deve ser honesta; havendo conluio ou composição entre os licitantes, a moralidade do ato estará comprometida. O certame, então, deverá ser invalidado, e os responsáveis punidos.

1.2.4 Publicidade

A publicidade visa não apenas a divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados como também assegura a possibilidade de fiscalização dos atos praticados pela Administração. Ou seja, a publicidade das licitações objetiva garantir o mais amplo acesso

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 93-94.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.358.

possível aos interessados em participar do certame e, por outro lado, a ampla divulgação do procedimento permite a verificação da legalidade dos atos praticados.

Vários dispositivos da Lei 8.666/93 constituem aplicação do princípio da publicidade, somente admitindo a ausência de publicidade em contratações que envolvem questões sigilosas. Neste caso, deve haver uma motivação (técnica) plenamente justificada.

A regra é a publicidade dos atos procedimentais da licitação, ressalvado o sigilo das propostas até a sua abertura em sessão pública. Esta exceção se justifica em razão dos princípios da igualdade e da moralidade.

1.2.5 Eficiência

Sendo a finalidade da licitação a seleção da proposta mais vantajosa, impõe-se o dever de escolher segundo o princípio da eficiência. O agente público deve gerir os recursos financeiros segundo regras éticas, com integral respeito à probidade, voltado a atender os interesses da coletividade.

Considerando que os recursos públicos são extremamente escassos para atender os extensos compromissos assumidos pelo Poder Público, é mister que a sua utilização produza os melhores resultados econômicos do ponto de vista quantitativo e qualitativo.

Para ser eficiente, o gestor público precisa buscar todas as informações pertinentes ao problema a ser enfrentado, e estar consciente, na elaboração de editais, de que todos os privilégios reservados pela Administração a si própria elevarão os custos de transação e, conseqüentemente, o valor dos preços pagos aos particulares.

Faz-se necessária distinção entre a eficiência na seara privada e pública. Naquela busca-se o aumento de sua lucratividade, ou seja, trazer melhores resultados com menos recursos. Por sua vez, para a Administração Pública eficiência significa a concretização dos objetivos e competências impostas pela Constituição Federal, por exemplo em seus artigos 3º e 23.

1.2.6 Isonomia (Igualdade)

Este princípio tem a finalidade de destacar o caráter igualitário que deve ser dispensado aos licitantes na preparação e realização de processos administrativos em que a iniciativa privada é convocada a realizar negócios jurídicos com a Administração. Ao agente administrativo é vedado praticar distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados.

A Lei 8.666/93, em seu art. 3º, § 1º, inc. I, determina que é proibida a admissão, previsão, inclusão ou tolerância, nos atos de convocação, de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distorções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

1.2.7 Proibição Administrativa

Pode-se inferir que o princípio da proibição administrativa é a objetivação do princípio da Moralidade. Em outras palavras, representa o dever do agente público de seguir em sua atuação as regras estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992, em específico nos seus artigos 9º, 10 e 11.

Assim a improbidade administrativa se revela pela prática concreta de atos taxativamente listados nos mencionados artigos.

1.2.8 Vinculação ao Instrumento Convocatório

Trata-se de um princípio essencial e específico para os processos de natureza concorrencial. Conforme o art. 41 da Lei Federal 8.666/93, a Administração Pública deve cumprir as normas e condições constantes do edital da licitação, ao qual se acha estritamente vinculada. Por esta razão, a doutrina de Meirelles diz que o edital é a lei interna da licitação¹², subordinando o gestor público e os licitantes aos seus comandos.

De todo modo deve-se sempre lembrar que o edital também é um ato administrativo. E como tal, merece obediência à já comentada legalidade. Consoante Niebuhr, “a Administração não goza de liberdade para prescrever nos instrumentos convocatórios normas que não se harmonizam com a legalidade, sob pena de frustrar o aludido princípio constitucional”.¹³

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 285.

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 285

1.2.9 Julgamento Objetivo

Visando restringir o espaço para a discricionariedade administrativa na apreciação e julgamento dos proponentes e das propostas, a Lei nº 8.666/93 estabelece que esse (julgamento) deva ser feito de acordo com critérios objetivos previamente indicados no edital.

O instrumento convocatório deverá determinar previamente os elementos de qualificação técnica e econômica para um julgamento objetivo da idoneidade dos licitantes.

Quanto ao julgamento das propostas, deverá ser realizado em conformidade com os critérios claros e objetivos eleitos pelo instrumento convocatório como aptos para classificá-las, viabilizando a seleção da melhor entre elas.

1.2.10 Economicidade

O *caput* do art. 70 da CF/1988 já previa a economicidade como um dos aspectos a serem fiscalizados pelo controle externo do Poder Legislativo, exercido pelos Tribunais de Contas.

O princípio da economicidade não deve ser confundido com o princípio da eficiência. Aquele é uma manifestação deste, segundo pensamento de Justen Filho:

Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção de solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos.¹⁴

Este princípio deve guiar o administrador público, na busca da maior vantagem econômica para a Administração Pública, representando uma disciplina para o exercício discricionário no caso concreto.

1.2.11 Desenvolvimento Nacional Sustentável

O conceito de Desenvolvimento Sustentável foi inicialmente traçado pela Organização das Nações Unidas – ONU:

O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 67.

preservando as espécies e os habitats naturais.¹⁵

Portanto, percebe-se descrito o tripé da chamada sustentabilidade, a saber: econômico, social e ambiental. Da mesma forma, depreende-se a importância dada ao critério temporal, demonstrado pelo necessário equilíbrio entre o ‘agora’ e o ‘futuro’. Assim, ao trazer tais comandos normativos às licitações, calculam-se irrestritas as pretensões do legislador infra legal.

Os dizeres ‘Desenvolvimento Nacional Sustentável’ já constavam na LGL como um dos objetivos da licitação. A despeito disto, foi a Lei do RDC que o expressou como princípio na seara licitatória.

Em comentário a sua inserção, ainda como finalidade das licitações no âmbito da Lei nº 8.666/1993, Hely Lopes Meirelles¹⁶ colaciona os fundamentos que motivaram a mudança de redação legal:

[...] a busca do desenvolvimento econômico e do fortalecimento das cadeias produtivas de bens e serviços domésticos, usando-se para esse fim o poder de compra governamental, mediante novas normas que asseguram atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do País. Esta terceira finalidade, segundo a “Exposição de Motivos” da medida provisória, fundamenta-se nos seguintes comandos da Constituição Federal: “(i) inciso II do art. 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do art. 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) art. 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) art. 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”.

Sobre as preocupações a serem alcançados com este princípio, Boselli¹⁷ destaca:

É claro o objetivo do legislador de tratar o conceito de desenvolvimento nacional sustentável como um campo ligado à economia nacional e ao desenvolvimento, no Brasil, de emprego, renda, arrecadação, tecnologia, dentre outros. Mesmo mantidas essas preocupações, o conceito de sustentável, inserido na expressão “desenvolvimento nacional”, passou a ganhar contornos ambientais e critérios de sustentabilidade, no sentido de pensar a construção de um panorama que se desenvolva e se mantenha ao longo do tempo.

¹⁵ ONU. Relatório Brundtland - Nosso Futuro Comum. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, 1987. Apud COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. As licitações sustentáveis na ótica do controle externo. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2493672.PDF>>. Acesso em: 06 mai 2015.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes.. Direito Administrativo Brasileiro. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 288.

¹⁷ BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. O Regime Diferenciado de Contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2013. p. 65.

1.3 PAPEL DO PROJETO BÁSICO

Abordar-se-á neste tópico de estudo a importância do projeto básico na licitação e contratação; bem como a sua imprescindibilidade para qualquer tipo de serviço, não restrito apenas a serviços para execução de obras e serviços de engenharia sob a égide da Lei de Licitações.

Inicialmente cumpre esclarecer que a Lei n. 8.666/93, em diversos pontos, faz referência direta ou indiretamente ao projeto básico, por exemplo, conceituando-o (art. 6º); exigindo-o (art. 7º); estabelecendo seus requisitos (art. 12); e discriminando-o como um dos elementos do edital (art. 40).

De acordo com a jurisprudência que vem sendo constituída no Tribunal de Contas da União, o projeto básico é exigência legal para contratação de obras e serviços sem qualquer distinção, inclusive para compras. A inobservância desse requisito, essencial à fase interna, e que reflete na fase externa da licitação, pode ensejar a nulidade de todo o certame, uma vez que a ausência desse detalhamento prévio se considera vício insanável.

1.3.1 Fundamento Legal

O conceito de projeto básico é dado pela Lei nº 8.666/93, em seu artigo 6º, inciso IX, alíneas “a” a “f”. De sua leitura, observa-se um rol de requisitos necessários a um adequado desenvolvimento de um projeto. Assim, pode ser definido como:

IX) Projeto Básico: Conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

O Governo Federal possui um Manual de Obras Públicas - Edificações¹⁸, denominado de Práticas da Secretaria de Estado da Administração e Patrimônio - SEAP. As Práticas SEAP foram estabelecidas pelo Decreto nº 92.100/85 e atualizadas pela Portaria MARE nº 2.296, de 23/07/1997 – antigo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Têm o objetivo de estabelecer diretrizes gerais para a elaboração de projetos, execução de construção, complementação, reforma, ampliação e manutenção de uma edificação ou conjunto de edificações.

A partir da vigência do Decreto acima mencionado, a elaboração de projetos, especificações e orçamentos, bem assim a execução, fiscalização e medição de obras e serviços de engenharia, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais - SISG, ficaram subordinadas às práticas citadas. É um documento público federal de grande utilidade que apesar de ser de uso obrigatório, é pouco conhecido por parte dos Administradores Públicos envolvidos em licitações de obras. É dividido em três partes: Prática Geral de Projeto, Prática Geral de Construção e Prática Geral de Manutenção. A falta de divulgação dessas normas nos diversos Órgãos Públicos tem prejudicado a sua efetiva aplicação.

Um exemplo da aplicação das Práticas SEAP está nas definições de projeto básico que são mais abrangentes e elucidativas que as da Lei nº 8.666/93. Segundo a Prática Geral de Projeto – SEAP¹⁹

O Projeto Básico deverá demonstrar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental, possibilitar a avaliação do custo dos serviços e obras objeto da licitação, bem como permitir a definição dos métodos construtivos e prazos de execução do empreendimento. Serão solucionadas as interferências entre os sistemas e componentes da edificação.

Além dos desenhos que representem tecnicamente a solução aprovada através do Estudo Preliminar, o Projeto Básico será constituído por um relatório técnico, contendo o memorial descritivo dos sistemas e componentes e o memorial de cálculo onde serão apresentados os critérios, parâmetros, gráficos, fórmulas, ábacos e “softwares” utilizados na análise e dimensionamento dos sistemas e componentes.

O Projeto Básico conterá ainda os elementos descritos na Lei de Licitações e Contratos, com especial atenção para o fornecimento do orçamento detalhado da execução dos serviços e obras, fundamentado em especificações técnicas e quantitativos de materiais, equipamentos e serviços, bem como em métodos construtivos e prazos de execução corretamente definidos.

¹⁸ BRASIL, Secretaria de Estado da Administração e Patrimônio – SEAP. Parte 1 – Prática Geral de Projeto, capítulo 3, item 3.4.2, p. 6/1. Brasília. 1997. Disponível em <<http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manual.htm>> Acessado em: 20.abr.2015

¹⁹ Idem.

Ainda assim, as definições de projeto constantes nas Práticas SEAP podem ser consideradas insuficientes para definir o objeto. Caberia à ABNT melhorar suas normas, com desenvolvimento de definições mais precisas e completas, como o caso da NBR 6492 - Representação de Projetos de Arquitetura -, cuja definição de projetos é ainda mais simples e incompleta que as Práticas SEAP e a Lei nº 8.666/93. A norma²⁰ denomina Projeto Básico de Anteprojeto:

Anteprojeto: Definição do partido arquitetônico e dos elementos construtivos, considerando os projetos complementares (estrutura, instalações, etc.). Nesta etapa o projeto deve receber aprovação final do cliente e dos órgãos oficiais envolvidos e possibilitar a contratação da obra.

Não obstante o entendimento de alguns doutrinadores, segundo o qual o projeto básico somente é necessário e indispensável nas contratações de obras e serviços de engenharia, a Instrução Normativa nº 18, de 22.12.97 – MARE, que disciplina a contratação de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, celebrados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG), conceitua, em seu item 1.1.3, projeto básico conforme abaixo descrito e, ainda, o exige, em seu item 2.3, para a contratação desses serviços:

descrição detalhada do objeto a ser contratado, dos serviços a serem executados, sua frequência e periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina, gestão da qualidade, informações a serem prestadas e controles a serem adotados

Portanto, para o MARE, atual Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, o projeto básico faz-se necessário, também, nas demais espécies de contratação, a exemplo dos serviços contínuos, e não apenas naquelas que envolvam obras e serviços de engenharia.

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União que, em reiteradas decisões, tem se posicionado pela imprescindibilidade do projeto básico para licitações referentes a diversos tipos de serviços, a citar: transportes; limpeza e conservação; na área de informática.

²⁰ ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 6492:1994. Representação de projetos de arquitetura. 30.04.1994. 27 p.

1.3.2 Importância do Projeto Básico e as Consequências de suas Deficiências

O projeto básico constitui elemento importante na caracterização do objeto a ser licitado, de forma a indicar seu custo, o prazo de execução, sua viabilidade técnica e econômica, visando possibilitar a todos o mais amplo conhecimento sobre o objeto licitado, desde a solução técnica pretendida até os tipos de materiais e serviços que serão, no futuro, exigidos pelo órgão público, bem como garantir a regular execução da obra ou serviço licitado, evitando-se correções e aditamentos custosos.²¹

Nesse sentido, importante colacionar o entendimento de Antonio Roque Citadini²² - Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Projeto básico inexistente é, por sua vez, uma das graves irregularidades, principalmente quando se trata de grandes obras. A lei é rígida nesta exigência e com muita razão, porque não tendo o administrador o projeto básico do que vai contratar, implica dizer até que não sabe o que necessita, portanto, não sabe o que contratar. É necessário que saiba o administrador com muita clareza o que seu órgão/unidade necessita e possa demonstrar isto aos licitantes, para que todos, de igual modo, possam, se o quiserem, formular suas propostas.

É conveniente não esquecer o elenco de requisitos presentes no artigo 12, incisos I a VII da LGL, cuja leitura mostra o quanto pode ser abrangente um projeto, contendo elementos que o tornam de grande importância para o interesse público. Não se deve perder de mente que, quanto melhor for a sua elaboração, menor serão as quantidades de alterações contratuais. Percebe-se então a importância do projeto básico para um bom planejamento da Administração e de seu controle.

É importante lembrar que a inconsistência ou inexistência dos elementos que devem compor o projeto básico poderá ocasionar problemas futuros, cujas consequências serão destacadas ao término deste item.

É de suma importância um Projeto Básico bem elaborado, uma vez que qualquer erro de projeto poderá ser usado pelo vencedor da licitação para obtenção de vantagem financeira. O objetivo do empresário é maximizar os seus lucros, e não estará cometendo nenhuma

²¹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - TCMG Consulta n. 657.018: Consulta subscrita pelo Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, solicitando esclarecimento se a exigência de projeto básico afigura-se imprescindível em obras e serviços de qualquer natureza. Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa - **Tribunal Pleno - Sessão do dia 07/08/02.** Disponível em <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2002/04/-sumario?next=11> . Acesso em: 20.abr.2015.

²² CITADINI, Antonio Roque. “Controle do Tribunal de Contas” (Palestra), CEDAU - Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico em 22/05/1997 – disponível em <<http://www.citadini.com.br/palestras/pal970522.htm>>. Acesso em: 20.abr.2015.

ilegalidade em se aproveitar das falhas da Administração Pública, pois cabe a ela evitar possíveis erros e tomar providências para que não se repitam.

Pode-se citar, como exemplo, o caso de uma obra pública que prevê em seu orçamento um serviço apresentando quantidades menores do que a necessária para a execução da obra. Como o orçamento constante no projeto básico deve representar quantitativamente o que será executado, o empreiteiro terá direito a um aditivo contratual, onde serão acrescentados os valores relativos à diferença de quantitativos, mesmo que a obra seja pelo regime de execução de "empreitada por preço global". O construtor que age de forma premeditada, superfatura o custo unitário do serviço que está com as quantidades minoradas, e subfatura outros serviços, para manter o preço global. Ao ser feito o pleito solicitando o pagamento da diferença, ele receberá um valor maior do que o justo.

A situação inversa também pode ser útil para o empreiteiro, pois se as quantidades de um serviço estão majoradas, o licitante subfatura esse serviço para ganhar a licitação, pois ciente de que não será necessário executar toda a quantidade prevista no orçamento do edital.

Nos casos em que a deficiência do projeto básico tem como consequência a necessidade de modificações contratuais, e se essas aconteceram de forma lícita e na dimensão exata das necessidades do interesse público (por exemplo, aditivos dentro dos limites legais, preços compatíveis com os de mercado, manutenção do objeto), não há que se falar em débito, mas subsiste a necessidade de responsabilização dos gestores e dos autores do projeto básico deficiente.

De acordo com as jurisprudências do Tribunal de Contas da União, quando há dano ao Erário, quantificado ou quantificável, não há dúvidas em relação à atuação dos órgãos de controle: o débito deve ser imputado solidariamente à empreiteira, aos gestores e aos autores do projeto básico deficiente (que deu a "chance" de cometimento de atos ilegais ou antieconômicos) e, conforme o caso, à empresa supervisora.

Como medida preventiva, em decorrência dos inúmeros casos de projeto básico deficiente, o Tribunal de Contas da União²³, determinou ao DNIT que inserisse nos instrumentos convocatório e contratual de futuras licitações para elaboração de projetos (básico e executivo), cláusulas que expressem as penalidades cabíveis por erros constatados nesses projetos, bem como, nos futuros contratos que firmar com empresas consultoras/supervisoras, dispositivo a partir do qual elas assumam responsabilidade solidária pela alteração injustificada dos projetos e contratos, e pelas medições emitidas com base nessas alterações.

²³ TCU, Acórdão nº 1.414/2003 – Plenário, Relator Min. Marcos Vilaça.

São inúmeras as impropriedades que levam projetos básicos a serem considerados deficientes. Em muitas situações essas deficiências são causadas pela urgência de se elaborar o projeto básico, o qual acaba tendo por objetivo a sua confecção tão-somente para superar um “entreve” exigido pela Lei nº 8.666/93 e viabilizar uma licitação. Esse procedimento, de acordo com as decisões do TCU, traz como conseqüências:

- a. Obras paralisadas ou mesmo anulação da licitação;
- b. Aditivos logo após o início dos serviços ou da aquisição;
- c. Reformulações significativas, que podem propiciar a transfiguração do objeto licitado;
- d. Aumento expressivo do custo estimado, que pode levar à impossibilidade de conclusão da obra, se atingido o limite de aditamentos contratuais;
- e. Pagamentos indevidos;
- f. Inserção de serviços com sobre preço, por meio de aditivos (tanto serviços novos, com preços que não passaram pelo crivo da licitação como serviços com preços elevados e baixas quantidades quando da licitação);

Carlos da Costa²⁴ assevera que é difícil atingir-se uma “situação ideal”, com projetos perfeitos e sem necessidade de mudanças. Mas pode-se alcançar uma situação “desejável” se os projetos básicos forem elaborados segundo os ditames legais (e a Lei nº 8.666/93 é rígida em seus quesitos), pois pouco necessitarão de mudanças. Estas, se indispensáveis, deverão restringir-se a situações excepcionais, devidamente fundamentadas e comprovadas, de modo a evitar atrasos no cronograma de execução, oneração de custos, perda de qualidade do empreendimento e dificuldades no controle da execução da despesa pública.

Nas palavras do Ministro do Tribunal de Contas da União, Adylson Motta²⁵, o Projeto Básico “tem sido encarado como instrumento de ficção, já que na maioria das vezes são inúteis ou servem muito pouco ao adequado desenvolvimento de nossas obras públicas”. Acrescenta que “Estamos diante de atos que ferem frontalmente o art. 37 da Constituição Federal, especialmente os que dizem respeito à moralidade, legalidade e eficiência”.

²⁴ COSTA, Carlos S. da. Projeto Básico: Deficiências e Suas Conseqüências - Responsabilização de Autores e Aprovadores. Tribunal de Contas da União. IX Sinaop, Rio de Janeiro, nov./2004.

²⁵ TCU, Acórdão 133/2000- Plenário, Ministro-Relator Adylson Motta, PROCESSO: 017.789/1996-6, sessão 12/07/2000, DOU 28/07/2000.

Jorge Ulisses Jacoby,²⁶ em relação ao Projeto Básico, enfatiza que “a adoção desse instrumento só traz reflexos positivos, na medida em que constitui um orientador para os licitantes, amplia a transparência e fortalece o trabalho técnico a ser desenvolvido”.

1.3.3 Aprovação do Projeto Básico

O inciso I do art. 7º da Lei de Licitações, ao preceituar a necessidade do projeto básico, assim expressa: “houver projeto básico aprovado pela autoridade competente...”.

Nas palavras de Justen Filho²⁷ “será competente para aprovar o projeto básico a autoridade competente para determinar a contratação da obra ou serviço a que tal projeto se refere”. Mais adiante, o autor indica que o raciocínio para aprovação será “um juízo de legalidade e conveniência”. Assim, o projeto básico tem como destinatário imediato a autoridade que irá aprová-lo, razão pela qual deverá conter os elementos suficientes que permitam a análise por parte de tal agente.

Com vistas à aprovação do Projeto Básico, deverão ser incluídos os elementos necessários, demonstrando a viabilidade e conveniência de sua execução. Deve evidenciar que os custos são compatíveis com as disponibilidades financeiras (Art. 6º, IX, f); que todas as soluções técnicas possíveis foram cogitadas, selecionando-se a mais conveniente (Art. 6º, IX, a); que os prazos para execução foram corretamente estimados (Art. 6º, IX); que os reflexos sobre o meio ambiente foram analisados (Art. 12, VII).

Finalizando este item, torna-se importante mencionar que o projeto básico é uma etapa que tem causado muitas discussões devido à forma como são conduzidos os projetos no setor público.

Não resta dúvida de que a sua existência é uma determinação legal. Inclusive, quando ausente, implicará a nulidade do processo, (art. 7º, §6º), sendo uma etapa essencial no planejamento da Administração, (art. 7º, §2º). Sua inexistência ou insuficiência pode comprometer a aplicação de recursos públicos e, por consequência, o interesse da coletividade.

²⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Licitação - A nova dimensão do projeto básico nas licitações. RJ nº 221. Mar 1996. pg. 50 e Folio Views – Juris Síntese DVD. Nov./Dez. 2010.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 134.

2. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para que se possa desempenhar um exame da contratação integrada e dissertar sobre sua constitucionalidade e análise crítica, é preciso, primeiramente, fazer um breve estudo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, onde tal forma de licitar está inserida.

A Lei de Licitações n. 8.666/93, em vigência há mais de 22 anos, apesar de alterações pontuais, mostra os rígidos moldes tidos como necessários à sua época de criação, considerando seu contexto histórico de reabertura política, novo regime constitucional e o recente de *impeachment* do então Presidente da República. Clamava-se pela eliminação da corrupção em procedimentos licitatórios, primando por moralidade e legalidade.

Como apontam Moreira e Guimarães,²⁸ estão sendo diminuídas gradativamente as hipóteses de incidência da Lei 8.666/93, a considerar-se as diversas leis que têm sido editadas para setores específicos, criando microssistemas. Percebe-se facilmente isso no Pregão (Lei Nº 10.520/2002), nas Concessões (Lei Nº 8.987/1995), e, mais recentemente, no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Portanto, verifica-se uma busca por novas ferramentas, a fim de dar mais agilidade e eficiência às contratações públicas no Brasil. Essa necessidade se agiganta com o imenso déficit de obras estruturais em nosso país.

Outra justificativa, no tocante ao RDC, era a proximidade da realização de grandes eventos esportivos internacionais no território brasileiro, pois, em 30 de outubro de 2007, o Brasil foi escolhido como sede para a Copa do Mundo de 2014, e sua antecessora Copa das Confederações de 2013, ambas realizadas pela Federação Internacional de Futebol – FIFA. Por sua vez, em 2 de outubro de 2009, o Comitê Olímpico Internacional escolheu a cidade do Rio de Janeiro como sede das Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016.

Assim sendo, o Estado Brasileiro assumiu o compromisso de realizá-los através de acordos firmados com organizações internacionais responsáveis por seu arranjo. Consoante afirma Julia Brito²⁹ em seu trabalho final de graduação, “com a FIFA travou o Caderno de Encargos para a realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo de Futebol, e com

²⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. (p. 24)

²⁹ BRITO, Julia Fernandes de. O novo campo de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. 2013. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina –UFSC, Florianópolis, 2013. p. 38.

o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional foi realizado o Acordo da Cidade-Sede para a realização das Olimpíadas e das Paraolimpíadas do Rio de Janeiro³⁰”.

Esses acordos estabeleceram, dentre outras obrigações, a construção, reforma ou ampliação de grandes obras de infraestrutura, dentre elas: estádios e arenas esportivas, aeroportos, malha rodoviária e outras matrizes de mobilidade urbana.

A data dos eventos se avizinhava, e a necessidade de se licitar, contratar e construir era iminente. Todavia, ‘esbarrava-se’ na burocracia demasiada das normas licitatórias brasileiras.

Estava composto o cenário para a implementação de uma exceção a Lei de Licitações, ao menos essa era justificativa do Governo Federal que argumentara urgência e relevância de alterações legislativas necessárias para a promoção dos eventos esportivos mencionados.

Assim, o Presidente da República editou as Medidas Provisórias nº 488 e 489, publicadas no Diário Oficial da União em 13 de maio de 2010. Nenhuma das duas MPs foram apreciadas pelo Congresso Nacional no prazo constitucional do art. 62, perdendo, pois, sua eficácia.

A MP 488 autorizava a criação da Empresa Brasileira de Legado Esportivo S.A. – BRASIL 2016, com a finalidade de prestar serviços à Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como à Autoridade Pública Olímpica - APO, para elaboração e revisão de estudos e projetos, e execução de obras e serviços constantes da Carteira de Projetos Olímpicos da citada APO. Esta MP incluía em seu texto regras licitatórias excepcionais para a Empresa Pública que criava, grifa-se:³¹

Art 3º [...]

§ 1o Caberá, ainda, à BRASIL 2016, exclusivamente no que se refere à Carteira de Projetos Olímpicos:

I - realizar estudos necessários ao desenvolvimento de:

a) planos e projetos relativos aos investimentos em infraestrutura e à prestação dos serviços públicos; e

b) planejamento e proposta de gerenciamento da destinação e do uso do legado dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, baseando-se em critérios de sustentabilidade econômica, social e ambiental;

II - realizar o monitoramento intensivo dos projetos;

³⁰ A mesma autora menciona em nota de rodapé: “Caderno de Encargos da Fifa – 5ª Edição, 2011. Disponível em: <<http://www.secopa.ba.gov.br/sites/default/files/Caderno%20de%20Encargos%20da%20FIFA%20-%205a%20edicao%20-%202011%20-%20Portugues%20-.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2013.” “O Acordo da Cidade-Sede é assinado por todas as cidades candidatas e ratificado pela cidade eleita para sede dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos. Ele especifica em detalhes os direitos e obrigações de todas as partes envolvidas na organização dos dois eventos, estabelecendo as bases para a parceria que fundamenta o trabalho do Comitê Organizador com o Comitê Olímpico Internacional, o Comitê Paraolímpico Internacional e seus parceiros. Disponível em: <http://www.rio2016.org.br/sites/default/files/parceiros/hc_en.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2013.”

³¹ BRASIL. Medida Provisória n.488, de 12 de maio de 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/488.htm>. Acesso em: 29 mai. 2015.

III - elaborar ou revisar estudos de viabilidade econômico-financeira, termos de referência, projetos básicos, projetos executivos, editais de licitação, contratos e outros documentos relacionados aos projetos constantes da Carteira de Projetos Olímpicos;

IV - monitorar e fiscalizar a execução de convênios firmados entre a União, o Estado do Rio de Janeiro, o Município do Rio de Janeiro e a APO;

V - firmar contratos, acordos ou termos de parceria com vistas à realização de obras e serviços de engenharia, aquisição de máquinas e equipamentos, bem como para a prestação de serviços de operação e manutenção de infraestrutura;

e

VI - promover alienação de bens associados ao legado esportivo.

[...]

Art. 5º A relação comercial entre a BRASIL 2016 e os órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, bem como a APO, dar-se-á por meio do estabelecimento de contratos de prestação de serviços.

Parágrafo único. Ficam os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a APO, **autorizados a contratar a BRASIL 2016 para a execução de obras e serviços** constantes da Carteira de Projetos Olímpicos da citada APO, observado o disposto no art. 3º, **dispensada a licitação**.

Por seu turno, a MP 489 autorizava a União a integrar, na forma de consórcio público de regime especial, a Autoridade Pública Olímpica – APO, em conjunto com o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro. O objetivo seria o de coordenar a participação dos três entes federativos supracitados na preparação e realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, especialmente para assegurar o cumprimento das obrigações por eles assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional - COI. Esta MP, em muitos de seus artigos, versava sobre procedimentos de licitações e contratos aplicáveis às Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, e à infraestrutura aeroportuária necessária à realização da Copa do Mundo FIFA 2014.³²

Caio Bocchini³³ relata também as tentativas sem sucesso ocorridas em outras MPs: na tramitação da MP 503/2010, foi rejeitada emenda que resgatava dispositivos da MP 489/2010, não sendo inserida quando da sua conversão na Lei nº 12.396/2011, a qual ratifica o Protocolo de Intenções firmado entre os entes federativos com a finalidade de constituir consórcio público, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO. Ademais, no curso da conversão MP 521/2010, que dizia respeito a alterações da lei da Residência Médica e gratificações a servidores da AGU, ocorreu novo tentame de inserir texto do RDC, mas, diante de resistências,

³² BRASIL. Medida Provisória n. 489, de 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/489.htm>. Acesso em: 29 mai. 2015.

³³ BOCCHINI, Caio Henrique. Regime Diferenciado De Contratações Públicas (Inconstitucionalidades Formais). 2013. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina –UFSC, Florianópolis, 2013. p. 18

foi retirado para agilizar sua conversão em lei, que também não ocorreu por decurso do prazo constitucional.

Por derradeiro, merecem igualmente ser citadas outras iniciativas legislativas preparatórias para os megaeventos, como os seguintes diplomas editados como MPs pelo Executivo Federal e convertidas em lei: MPV nº 496/10, convertida na Lei nº 12.348/10 que dispõe sobre o limite de endividamento de Municípios em operações de crédito destinadas ao financiamento de infraestrutura para a realização da Copa do Mundo, e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; MPV nº 497/2010, convertida na Lei nº 12.350/10 que versa sobre benefícios tributários referentes à realização da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo Fifa de 2014 no Brasil.

Posteriormente, inclusive após a conversão do RDC em lei, houve a sanção da intitulada ‘Lei Geral da Copa’ – Lei nº 12.663, de 05 de junho de 2012, contendo a seguinte ementa “dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nos 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970.”

2.2 PROCESSO LEGISLATIVO DO RDC

Diante do insucesso da conversão das MPs citadas, ocorrido às vésperas das Eleições de 2010, o novo governo federal – alinhado com a gestão anterior – lança nova tentativa, em 2011, de alterar a legislação licitatória, visando à celeridade na contratação das obras necessárias para a realização dos grandes eventos esportivos.

O processo legislativo do RDC, especificamente, inicia em 18 de março de 2011, com edição da MP nº 527/11, cuja ementa menciona³⁴: “Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.”

A inserção dos 47 dispositivos referentes ao RDC se deu com a apresentação do Projeto

³⁴ BRASIL. Medida Provisória n. 527, de 18 de março de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm>. Acesso em: 25 mar. 2015.

de Lei de Conversão – PLV 17/2011, durante sua tramitação na Câmara de Deputados. Após aprovação do PLV na Câmara e no Senado Federal, restou a MP nº 527/2011 convertida na Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011.

Curiosamente, como se depreende em sua forma original, tal MP, não versava sobre o excepcional regime licitatório. A pertinência temática defendida pelo Deputado Relator³⁵ se deu pela impossibilidade prática de se prover alterações da aviação civil sem a alteração de regras licitatórias.

Posteriormente, o Decreto Nº 7.581, de 11 de outubro de 2011 regulamentou a Lei do RDC.

2.3 AMPLIAÇÃO DO ESCOPO E RDC COMO EXPERIMENTO LEGISLATIVO

Com a atual redação da Lei 12.462/2011, prevê o artigo 1º que o RDC será utilizado nas licitações e contratações necessários a realização:

Lei 12.462/2011

Art, 1º [...]

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

~~VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)~~³⁶

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 678, de 2015)

VII - ações no âmbito da Segurança Pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 678, de 2015)

[...]

³⁵ BRASIL. Câmara. Parecer sobre a Medida Provisória n. 527, de 15 de junho de 2011. P. 10. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2FB6BA3F3361EBB9C181DC17A5D0FD6B.proposicoesWeb1?codteor=890021&filename=Tramitacao-MPV+527/2011. Acesso em: 04 abr. 2015.

³⁶ Optou-se por aqui repetir o inciso ‘VI’, em função da recente edição da MP nº 678, de 23/06/2015.

§ 3o Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. (Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012)
[...]

Além das alterações no mencionado artigo, houveram outras previsões para utilização do RDC (grifou-se):

Lei 12.462/2011

Art. 63-A. Os recursos do FNAC serão geridos e administrados pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República ou, a seu critério, por instituição financeira pública federal, quando destinados à **modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos**. (Incluído pela Lei nº 12.833, de 2013)

§ 1o Para a consecução dos objetivos previstos no caput, a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, diretamente ou, a seu critério, por intermédio de instituição financeira pública federal, realizará procedimento licitatório, podendo, em nome próprio ou de terceiros, adquirir bens, contratar obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados e utilizar-se **do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC**. (Incluído pela Lei nº 12.833, de 2013)

LEI Nº 12.873, DE 24 DE OUTUBRO DE 2013.

Art. 1o **Fica a Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB autorizada a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC**, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural.

Art. 2o A Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, por conveniência administrativa, poderá contratar instituição financeira pública federal, dispensada a licitação, para atuar nas ações previstas no art. 1o desta Lei, tais como contratação e fiscalização de obras, serviços de consultoria, inclusive outros de natureza técnica, e aquisição de bens e equipamentos e também gerir recursos financeiros direcionados pela União para reforma, modernização, ampliação e construção de Unidades Armazenadoras Próprias.

§ 1o **A instituição financeira pública federal contratada fica autorizada a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC**, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações previstas no caput deste artigo.

Como observado, além das alterações na lei do RDC, outros diplomas autorizam sua utilização sem que seja o texto compilado no artigo supracitado. Isso demonstra minimamente desrespeito as técnicas de redação legislativa, ou talvez, intenção de se fazer mudanças veladas neste microssistema licitatório.

Em suma, os objetos de licitações passíveis de utilização do RDC vem sendo gradativamente ampliado para ações e obras em diversas áreas de infraestrutura, tais como: aeroportos, PAC, SUS, estabelecimentos penais ou socioeducativos, segurança pública, sistemas públicos de ensino.

Destaca-se ainda, o fato de alguns entes da federação, por meio de legislação própria, aplicarem o RDC aos seus próprios pacotes de ações prioritárias. Exemplifica-se: o Estado de Santa Catarina editou a Lei 16.020/2013 para aplicar o RDC aos projetos do Programa Pacto

por Santa Catarina (PACTO); o Distrito Federal sancionou a Lei 5.254/2013 com o intuito de utilizar o RDC nos Projetos Estruturantes do Distrito Federal (PEDF).

Alguns municípios regulamentam a matéria através de decretos, cita-se: Belo Horizonte/MG (Decreto Nº 14.822, de 30/01/2012); Curitiba/PR (Decreto Nº 884, de 24/05/2013.); João Pessoa/PB (Decreto Nº 8.133 de 24/01/2014); Varginha/MG (Decreto Nº 7.000/2014); Pinhão/PR (Decreto N.º 129/2015, de 20/05/2015), dentre outros.

As palavras de Bandeira de Mello embutem crítica a ampliação em leis posteriores a redação original: “Ocorre que, após a delimitação inicial supra assinalada, mais tarde este regime da (*sic*) RDC começou a disseminar-se como praga vindo a se aplicar a diferentes situações [...]”³⁷

No mesmo sentido conclui Júlia Brito³⁸:

Teme-se que, reduzidas aos poucos as hipóteses de incidência da Lei 8.666/93, em virtude das diversas leis que têm sido criadas para setores específicos, e ampliadas as hipóteses de incidência da Lei 12.462/11, seja transformada em regra geral um regime criado para ser excepcional e ter vigência temporária. Sem dúvidas esta não é a melhor solução para o aperfeiçoamento do sistema licitatório brasileiro.

O projeto de lei de conversão da MP 630/2013 – que veio a alterar a lei do RDC – recebeu diversas propostas de emendas. Para Marçal Justen Neto³⁹, a mais significativa delas eliminava a restrição ao âmbito de aplicação do RDC. Caso fosse assim aprovada, significaria dizer que o RDC concorreria com a LGL e poderia ser aplicado em qualquer licitação. Diante da necessidade de se ver logo aprovada a conversão, houve consenso que essas emendas seriam retiradas e reunidas em Projeto de Lei para discussão e análise futuras.

Dentre as diversas tentativas de alterações da legislação licitatória como um todo, destaca Diogo Ribeiro⁴⁰, a tramitação do Projeto de Lei do Senado – PLS 559/2003, que tem por objeto instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública. O projeto traz significativas mudanças, haja vista que revoga expressamente a LGL, a Lei do Pregão e grande parte da Lei do RDC. Em dezembro de 2013, o Projeto foi aprovado pela comissão especial do

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 658.

³⁸ BRITO, Julia Fernandes de. O novo campo de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. 2013. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2013. p. 81.

³⁹ JUSTEN NETO, Marçal. O RDC e as reformas das leis de licitações. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 87, maio.2014 disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=87&artigo=1144&l=pt>> Acesso em 04.abr.2015.

⁴⁰ RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Algumas inovações que o PLS 559/2003 tenciona introduzir o âmbito das licitações públicas. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 90, agosto.2014 disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=90&artigo=1167&l=pt>> Acesso em 04.abr.2015.

Senado. Desse modo, tramitará em conjunto nas Comissões de Constituição e Justiça, Infraestrutura e de Assuntos Econômicos. Se aprovado por tais comissões, seguirá ao Plenário.

Hodiernamente, diante do menor apoio ao Governo Federal por parte de representantes do Congresso Nacional, percebe-se a dificuldade em se debater democraticamente o tema do mencionado PLS. Isso deve-se, especialmente, diante das investigações e ações judiciais ainda em curso envolvendo grandes licitações de obras, como as suspeitas lançadas do caso do cartel do metrô de São Paulo, ou ainda, sobre contratações realizadas pela Petrobrás. Quanto a esta última, deve-se ressaltar o fato de utilizar muitas das ferramentas existentes no RDC, previstas em seu Regulamento Simplificado de Contratação.

Desta forma, entende parte da doutrina que o aspecto temporário do RDC foi eliminado. De certo modo, seu aspecto excepcional vem sendo abrandado. Para muitos, o RDC é um verdadeiro experimento legislativo, donde seus equívocos serão reparados ou retirados de nosso ordenamento, ao passo que suas virtudes serão efetivadas para a nova lei de licitações, aplicando-se igualmente aos certames tradicionais.

2.4 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI DO RDC

Após ser exposto o processo legislativo percorrido para a promulgação da Lei do RDC, não se pode deixar de mencionar as fortes críticas que recebeu sua técnica.

Atualmente estão em tramitação no STF duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs arguindo o tema. Ambas têm como relator o Ministro Luiz Fux, o qual, em função dos pedidos de medida cautelar elaborados, determinou a adoção do rito abreviado – previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99 -, ao considerar a matéria de indiscutível relevância, e de especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

Primeiramente, em 26/08/2011, foi proposta a ADI nº 4.645 pelos seguintes partidos políticos: Partidos da Social Democracia Brasileira – PSDB; Democratas – DEM; e, Partido Popular Socialista – PPS. A última movimentação do processo⁴¹ data de 19/08/2013, quando ocorreu a publicação no DJE de despacho que admitiu o ingresso da Associação Brasileira de Direito & Economia - ABD&E, como *amicus curiae* no feito, após o parecer da PGR opinando pela procedência dos pedidos da inicial.

⁴¹ BRASIL. STF, ADI 4.645: Acompanhamento Processual. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20.06.2015.

Já em 09/09/2011, de autoria do PGR foi proposta a ADI nº 4.655, a qual foi distribuída por prevenção ao mesmo relator. Os autos encontram-se conclusos para despacho desde 12/03/2013.⁴²

Em suma, quanto as supostas inconstitucionalidades formais, as ADIs 4.645 e 4.655 questionam que a Medida Provisória nº 527/2011: a) não observou os pressupostos da urgência e relevância necessários à sua edição; b) incorreu em abuso do poder de emendar a MP e, também, em violação do devido processo legislativo.

Quanto as alegações mencionadas, em síntese, a AGU defendeu a constitucionalidade formal do diploma, motivando a relevância e urgência da matéria, e a pertinência temática das emendas de conversão, alegou, ainda, que foram cumpridos todos os procedimentos legislativos no Congresso.

Em trabalho de conclusão de curso, Gabriella dos Santos⁴³ analisa o RDC à luz das referidas ADIs, e ao final conclui pela constitucionalidade formal da Lei:

Da análise dos requisitos formais da Lei 12.462/11 podemos concluir que se trata de uma norma que atende aos requisitos de urgência e relevância, dispostos no art. 62 da Constituição da República, diante da grandeza em que se insere (cenário de Copa do Mundo e Jogos Olímpicos) e da proximidade da realização dos eventos. Justifica-se, portanto, que originalmente tenha sido editada na forma de medida provisória. Também não há que se falar em ausência de pertinência temática com o objeto originalmente tratado na medida provisória.

Em sentido diametralmente oposto, também em trabalho final de graduação, Caio Bocchini⁴⁴ ao estudar o RDC, concluiu pela inconstitucionalidade da Lei 12.462 em ambos os aspectos formais, a mencionar:

O primeiro ponto abordado, atinente à não observância dos critérios de urgência e relevância, demonstrou que a Medida Provisória nº 527 de 2011 não poderia jamais ter sido editada, já que, inicialmente, a sua matéria tratava de assuntos não editáveis por meio de Medidas Provisórias, ou que, em decorrência da generalidade de processos legislativos possíveis para a sua edição, perde também o atributo da relevância.

[...]

Na análise do segundo aspecto de inconstitucionalidade, evidenciou-se o abuso no poder de emendar, quando da conversão da Medida Provisória nº 527 na Lei 12.462/2011.

⁴² BRASIL. STF, ADI 4.655: Acompanhamento Processual. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20.06.2015.

⁴³ SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz das ADINS 4645 e 4655 – Análise Crítica. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro – FGV DIREITO RIO, Rio de Janeiro, 2012. p. 67.

⁴⁴ BOCCHINI, Caio Henrique. Regime Diferenciado De Contratações Públicas (Inconstitucionalidades Formais). 2013. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina –UFSC, Florianópolis, 2013. p. 53-54.

Demonstrou-se que o conteúdo inicial da Medida Provisória em questão, em nada se assemelhava com o que foi posteriormente convertido no Regime Diferenciado de Contratações, e que a matéria atinente ao regime diferenciado foi introduzida de forma irregular durante as sessões legislativas de conversão da referida Medida.

Essa divergência de posicionamentos encontrada, poderá ser melhor percebida quando houver a votação das referidas ADIs perante o STF. Tal julgado será importante, mesmo que em seu aspecto formal, em função do precedente que se fará quanto ao poder de se emendar medidas provisórias com temáticas diversas quando de sua conversão em lei. Também será possível de se reforçar a ideia restritiva da análise, por parte do Judiciário, dos pressupostos de urgência e relevância definidos pelo chefe do Executivo na edição de Medidas Provisórias.

2.5 NOVIDADES DO RDC

O RDC inova, mesmo que relativamente, o ordenamento jurídico pátrio. Por isso, escolheu-se no presente estudo destacar as seguintes ‘novidades’ do RDC: orçamento estimado sigiloso, fase de habilitação invertida, remuneração variável, critérios de julgamento, contratos de eficiência. Ainda menciona-se: prazos de publicação, registro de preços, saneamento de falhas formais, fase recursal única, certame eletrônico ou presencial, catálogo eletrônico de padronização, alterações na pré-qualificação e convocação dos licitantes remanescentes.

Por certo, outra importante ‘inovação’ no RDC é a Contratação integrada. Desta forma, pelo fato deste regime de execução ser o tema central de questionamento deste trabalho, optou-se por detalhar seu funcionamento em capítulo próprio.

Trata-se de inovações legislativas, no sentido estrito, todavia, muitas dessas já eram praticadas pela Petrobrás, por força do Decreto Nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, o qual aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS (RPLSPB).

A constitucionalidade de tal regulamento por si só, já é questionável, eis que normatizada por Decreto presidencial, quando a redação do §1º, do art. 173, da Carta de 1988, dada pela EC nº 19/1998, explicita a necessidade de lei para estabelecimento de estatutos jurídicos de empresas públicas ou se sociedade de economia mista.

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação

dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).”

Tanto é que o próprio Regulamento prevê necessidade de sua adequação quando da vigência da mencionada Lei, a ser editada.

Item 10.2 Quando da edição da lei a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição, com a redação dada pela Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, o procedimento licitatório disciplinado neste Regulamento deverá ser revisto, naquilo que conflitar com a nova lei.

A defesa do Regulamento está no art. 67 da Lei Nº 9.478/1997. Tal lei dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, e dá outras providências. Por sua vez o mencionado artigo prevê que o procedimento licitatório simplificado da Petrobrás será definido por decreto presidencial.

Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

Fato é que tal regulamento licitatório é amplamente utilizado pela estatal. Diversos posicionamentos do STF em decisões monocráticas⁴⁵ ratificam esse entendimento, ainda que não se analisando a questão formal da origem da norma, mas sim a materialidade da atividade de mercado da estatal.

De toda forma, não foi proferida a posição do Plenário do STF sobre a discussão a respeito da obrigação da Petrobrás de se submeter ou não à Lei de Licitações (Lei 8.666/93). Trata-se do RE 441.280⁴⁶, processo que se arrasta desde 2005 no Supremo. No recurso, a recorrente – empresa contratada da Petrobrás – visa reverter posição do TJRS, buscando a aplicação da Lei Geral de Licitações, pois em 1994 a Estatal dispensou tal empresa, contratando uma outra. Até o momento houve dois votos: um do relator contra o provimento, e outro a favor.

⁴⁵ Vide MS nº 29. 123-MC/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 08.09.2010; MS nº 28.626-MC/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, DJ de 05.03.2010; MS nº 27.796-MC/DF, Relator Ministro Ayres Britto, DJ de 09.02.2009; MS nº 26.783-MC/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 01.08.2007; MS nº 25.986-ED-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 30.06.2006; e MS nº 27.743, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 15.12.2008.

⁴⁶ BRASIL. STF, RE 441280: Acompanhamento Processual. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=441280&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20.06.2015.

A seguir, apenas a título de contextualização, passa-se a uma breve exposição dessas novidades trazidas pelo RDC, sem compromisso com o esgotamento do tema.

2.5.1 Orçamento estimado sigiloso

Um dos pontos mais polêmicos do RDC, diz respeito ao Sigilo do Orçamento estimado pela Administração. Consta no art. 6º da Lei 12.462/2011:

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

[...]

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

Parte-se da premissa que, ao saber o valor estimado do orçamento realizado previamente pela Administração, o particular tende a lançar sua proposta em valor muito próximo, com baixa margem de desconto. Nesses casos, o acesso à informação do valor estimado do orçamento seria sigiloso a fim de permitir uma maior competição entre os licitantes, que utilizariam como parâmetro os preços praticados no mercado. Deve restar claro que o orçamento é realizado pela Administração, e que esta ferramenta não se refere a uma ausência de orçamento. O acesso da informação aos Órgãos de Controle deve ser sempre possibilitado.

Apesar de não ser o tema central desse estudo, deve-se atentar ao grande assédio que receberão os servidores públicos detentores dessas informações sigilosas, praticados por parte de particulares licitantes de má-fé.

2.5.2 Fase de habilitação invertida

No RDC a regra é que a habilitação seja realizada depois da classificação e julgamento. Essa inversão de fases – em comparação ao definido na LGL – é o que se aplica hoje no pregão. O art. 12 do RDC prevê:

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.

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

Como visto no parágrafo único, o Administrador pode optar, ainda assim, por realizar a habilitação antes da apresentação de propostas e julgamento, se o motivar quando da publicação do instrumento convocatório.

O ganho de tempo e, conseqüentemente, de recursos financeiros se dá pela desnecessidade de a administração analisar documentação de vários licitantes, quando apenas haverá um vencedor contratado. Também existe a possibilidade da correção de um fator de inabilitação, que faria com que, pelas regras puras da LGL, uma proposta vantajosa à Administração não fosse sequer analisada.

2.5.3 Remuneração Variável

O art. 10 do RDC permite a remuneração do particular conforme desempenho da contratada:

Art. 10 - Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

A remuneração variável nada mais é do que um reajuste no pagamento feito pela Administração de acordo com o desempenho da contratada na realização do contrato; se positivo, com bônus, se negativo, com descontos. São passíveis as seguintes variáveis: qualidade, sustentabilidade, prazos de entrega. Tudo deve ser motivado, baseado em metas e limitado ao orçamento da contratação.

2.5.4 Critérios de julgamento e os contratos de eficiência

O RDC inova pela inclusão do critério do maior retorno por força do art. 18 da Lei do RDC (grifou-se):

Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:
 I - menor preço ou maior desconto;
 II - técnica e preço;
 III - melhor técnica ou conteúdo artístico;

IV - maior oferta de preço; ou

V - maior retorno econômico.

§ 1o O critério de julgamento será identificado no instrumento convocatório, observado o disposto nesta Lei.

§ 2o O julgamento das propostas será efetivado pelo emprego de parâmetros objetivos definidos no instrumento convocatório.

§ 3o Não serão consideradas vantagens não previstas no instrumento convocatório, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido.

O objetivo do critério de julgamento do Maior Retorno Econômico é selecionar a proposta que proporcionará a maior economia da execução do contrato para a Administração pública e será utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência por determinação do §1º do art. 23:.

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

§ 1o O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

§ 2o Na hipótese prevista no caput deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento.

§ 3o Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:
I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Por sua vez, os contratos de eficiência visam melhor aproveitamentos dos recursos públicos através de melhores resultados ou ainda redução de gastos. Para isso, utiliza-se de sanção financeira positiva ou negativa (descontos) ao particular.

2.6 OUTROS DESTAQUES DO RDC

Para que se tenha melhor embasamento ao se analisar em específico o regime de contratação integrada no próximo capítulo, destacou-se a seguir algumas matérias reguladas de forma geral no RDC.

2.6.1 Projeto Básico no RDC

A redação referente ao tema na lei do RDC é muito semelhante àquela feita quando da LGL, exposta no capítulo anterior. Na tabela abaixo cotejou-se analiticamente ambas redações, grifando suas mínimas diferenças:

RDC - Lei nº 12.462/2011	LGL – Lei nº 8.666/1993
<p>Art. 2º [...]</p> <p>IV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:</p> <p>a) caracterizar a obra ou serviço <u>de engenharia</u>, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;</p> <p>b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e</p> <p>c) possibilitar a avaliação do custo da obra <u>ou serviço</u> e a definição dos métodos e do prazo de execução;</p>	<p>Art. 6 [...]</p> <p>IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:</p>
<p>Art. 2º [...]</p> <p>Parágrafo único. O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, <u>sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório</u>, os seguintes elementos:</p> <p>I - desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza;</p> <p>II - soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a <u>restringir</u> a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem <u>a situações devidamente comprovadas em ato motivado da administração pública</u>;</p> <p>III - identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento;</p> <p>IV - informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra;</p> <p>V - 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, <u>exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada</u>;</p> <p>VI - orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.</p>	<p>Art. 6,</p> <p>IX - Projeto Básico [...] devendo conter os seguintes elementos:</p> <p>a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;</p> <p>b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a <u>minimizar</u> a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;</p> <p>c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, <u>sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução</u>;</p> <p>d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, <u>sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução</u>;</p> <p>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;</p> <p>f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;</p>

Tabela 1 : comparativo da redação legal acerca do projeto-básico. RDC x LGL

Assim sendo, algumas diferenças que merecem comentários são: a) a restrição de alterações no projeto a situações devidamente comprovadas por atos da Administração (RDC, Art. 2º, §único, II). Pode-se ver mais uma tentativa do legislador evitar os famigerados aditivos contratuais; b) A inclusão de exceção para que justamente nos casos da contratação integrada não seja o projeto básico a ferramenta de subsídios à sua licitação (RDC, Art. 2º, §único, V); e, c) a inclusão do texto ‘sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório’ (RDC, Art. 2º, §único) corresponde a um pressuposto básico a todos os incisos. A competitividade da licitação, aliás, é um dos objetivos do RDC (art. 1º, §1º, I).⁴⁷

Em muitos casos sob a égide da lei 8.666/1993 a elaboração do Projeto Básico era objeto de licitação, para que, posteriormente, com base nele, a Administração pudesse elaborar nova licitação visando a obra ou serviço de engenharia.

No RDC, persiste a vedação de participação simultânea no Projeto Básico e Executivo, salvo nos casos do Regime de Contratação Integrada.

2.6.2 Alteração dos contratos

A seção III da Lei do RDC, que versa sobre as “Regras Específicas Aplicáveis aos Contratos Celebrados no Âmbito do RDC” atribui de forma genérica a regência desses contratos para o regramento já desenvolvido pela Lei nº 8.666/1993, salvo exceções previstas na própria Lei do RDC, como se observa:

Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

Especificamente acerca da alteração dos contratos, deve-se destacar a regra pertinente aos contratos de obras e serviços de engenharia que forem licitados sob os regimes da empreitada integral ou da empreitada por preço global, conforme artigo 42, §4º do Decreto do RDC.

⁴⁷ Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), [...]

§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

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.

No que tange as regras pertinentes a alteração de contratos relativos ao regime da contratação integrada, será objeto de tópico no próximo capítulo.

3 REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA

O capítulo ingressa no tema central propriamente dito, o regime da contratação integrada, analisando seus elementos constitutivos, para em seguida, realizar questionamentos de sua constitucionalidade e análise crítica.

Primeiramente são abordados conceitos e características básicas do mencionado regime. Após, faz-se uma análise dos pressupostos de sua utilização, do envolvimento do objeto da licitação, do anteprojeto de engenharia, da matriz de riscos, dos critérios de julgamento e, por fim, é estudada a vedação de celebração de termos aditivos.

3.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

O conceito de contratação integrada é fornecido pela própria Lei nº 12.462/2011 e posteriores alterações, em seu artigo 9º, como se lê:

§ 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.

Trata-se de um novo regime de execução contratual, reservado para a execução de obras e serviços de engenharia (art. 9º *caput*). Nesses mesmos serviços e obras de engenharia sua adoção é preferencial ao lado dos regimes de empreitada integral e por preço global por previsão do art. 8º, §1º.

A definição legal desses regimes é dada pela própria lei do RDC, em seu art 2º:

I - empreitada integral: quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para a qual foi contratada;
II - empreitada por preço global: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

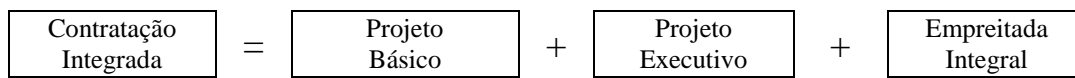
Uma semelhança facilmente identificada dentre os três mencionados regimes é o fato de serem reservados a prestações contratuais não fracionáveis, ou seja, a execução deve ser realizada de forma conjunta ou unitária. Por força da lei, nos serviços de engenharia, não poderá a Administração Pública contratar mais de uma empresa para executar o mesmo serviço. (art. 11, §2º).

Uma análise mais profunda permite observar ainda maior identidade entre o regime da empreitada integral e o regime da contratação integrada. Ambos fornecem uma margem de autonomia mais ampla ao particular em relação à concepção da prestação a ser executada.

Acerca da empreitada integral, consoante afirma Justen Filho⁴⁸ em seus comentários à Lei nº 8.666/93 :

“é adequada nas hipóteses de **objetos dotados de elevada carga de complexidade**, em que a Administração não dispõe de condições de identificar, de modo preciso e exato, as etapas, as tecnologias e os custos mais adequados. A empreitada integral, nesses casos, que a Administração atribua aos licitantes uma margem mais ampla de autonomia para conceber soluções complexas e heterogêneas.”

Entretanto, não há dúvidas que esta autonomia do particular é maximizada no regime de contratação integrada, pois esta contém todos os encargos da empreitada integral, acrescida a participação do particular nos projetos básico e executivo da obra ou serviço a ser contratado, em outras palavras, o contratado desenvolverá os projetos básico e executivo além da completa execução até sua entrega efetiva.



Quadro 1: conceito analítico⁴⁹ da Contratação integrada⁵⁰

O RDC fez o projeto executivo ser elemento obrigatório em suas obras e serviços de engenharia, sem distinção do regime adotado (art. 8, § 7º). A definição de projeto executivo consta na própria Lei (art. 2º V): “conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes”

A razão de ser da contratação integrada tem origem em dificuldades encontradas em licitações como expressa Felipe Boselli⁵¹:

Diante da dificuldade de realizar dois processos licitatórios, da morosidade desse sistema, da ineficiência gerada por esse regime e, sobretudo, da altíssima quantidade de pedidos de alterações no projeto durante a execução das obras públicas, o legislador inovou ao criar uma possibilidade que agregasse a elaboração do projeto básico à execução da obra.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 131.

⁴⁹ Adaptado de BAETA, 2014 Apud DPL/UFSC, 2014

⁵⁰ Deve-se alertar de que o quadro objetiva apenas uma melhor visualização do instituto em comento, não servindo como ‘fórmula matemática’, haja vista que a própria Empreitada Integral já admitia a realização do Projeto Executivo por parte do particular (LGL, 9º, §2º). Nesse caso, a soma fatores feriria a exatidão da ciência algébrica.

⁵¹ BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. O Regime Diferenciado de Contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2013. p.86.

A formulação do projeto básico pelo particular nas licitações para serviços de engenharia não é absolutamente inovadora na ordem jurídica brasileira. Pelo contrário, já era previsto no RPLS da Petrobrás, como se analisa na tabela abaixo, com grifo às semelhanças de texto.

RDC - Lei nº 12.462/2011	Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRÁS (Decreto Nº 2.745/1998)
Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, <u>poderá ser utilizada</u> a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: [...] § 1º: A <u>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.</u>	Item 1.9 : Sempre que <u>economicamente recomendável</u> , a PETROBRÁS <u>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</u> , com a solidez e segurança especificadas.

Tabela 2: comparação da redação legal que prevê a contratação integrada no RDC e no RPLS Petrobrás.

Reisdorfer⁵² também aponta a admissão dessa sistemática de contratação para contratos de concessão, que podem ser licitados com a mera especificação de “elementos do projeto básico” no edital na Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (art. 18, XV, da Lei nº 8.987/1995). Ainda pode-se encontrar previsão no âmbito do Município de São Paulo em seu plano diretor estratégico (art. 239, §2º, Lei Municipal nº 13.430/2002); e por derradeiro, em regras de contratação do Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, em concorrências de âmbito internacional (art. 42, lei 8.666/1993).

Segundo o mesmo autor, essas contratações e a atribuição do encargo de desenvolvimento do projeto básico ao particular são inspiradas por uma lógica de cooperação mais acentuada, que se revela na medida que o particular é chamado a participar da concepção da prestação a ser contratada.

⁵² REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 151.

Ribeiro e Prado⁵³ acreditam que esse tipo de contratação seja justificado por imperativos de eficiência, dada a potencial expertise a ser desempenhada pelo particular. Ou seja, quanto maior o número de atividades delegadas ao parceiro privado, maior espaço para ele aumentar a eficiência da prestação do serviço.

Entretanto, ao mesmo tempo que se transfere autonomia ao particular, também se transfere os riscos e responsabilidades a ela inerente. Aqui se reafirma o intuito do legislador de se destinar o regime de contratação integrada previsto no RDC a obras e serviços de engenharia de alta complexidade onde o conhecimento técnico aplicado do parceiro privado e sua expertise são razões suficientes para a Administração Pública conferir ao mesmo tais riscos e responsabilidades da contratação.

Assim, tratamento diferente merecem as contratações mais simples ou rotineiras. Nestas a Administração pode assumir para si maior parte dos riscos referentes a futura execução do contrato. A menor complexidade desses casos permite que a Administração calcule e preveja, com maior precisão, os riscos e variáveis contidos na execução contratual. Aqui devem ser utilizadas outras ferramentas licitatórias da LGL, ou ainda do próprio RDC quando aplicáveis. Repisa-se que esse não é o escopo do regime da Contratação Integrada.

Baeta⁵⁴ aponta que o regime da contratação integrada do RDC é indicado, via de regra, para empreendimentos extremamente complexos que utilizam tecnologia de ponta ou que exigem conhecimentos e tecnologia que não estão disponíveis para uma única empresa como: subestações de energia, refinarias e plantas petroquímicas, instalações industriais, oleodutos, gasodutos, usinas nucleares; usinas hidroelétricas e termoelétricas, estações de bombeamento, edificações e rodovias.

Conforme previsão (art. 9º, §2º, II) “o valor estimado de contratação baseado no mercado e pagos pela Administração pública em obra similar ou na avaliação do custo global da obra, orçamento sintético, metodologia expedita paramétrica”. Logo neste regime de execução não há uma preferência para adoção das tabelas referenciais de preços SICRO (obras rodoviárias) e SINAPI (construção civil) como ocorre nos demais regimes de execução por previsão do Art. 8º, 3º.

⁵³ RIBEIRO e PRADO (2010) Apud REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 165.

⁵⁴ BAETA 2015 Apud KLEPER, Alfredo; PERSSON, Erik e PORTO, Ricardo. ET AL. Regime Diferenciado de Contratações – Contratação Integrada em Foco. Departamento de Licitações - Universidade Federal de Santa Catarina – DPL/PROAD/UFSC. Out.2014. p. 14. Disponível em: <http://licitacoes.ufsc.br/?page_id=442>. Acesso em: 05.mar.2015.

3.2 PRESSUPOSTOS DE UTILIZAÇÃO

A adoção do regime da Contratação Integrada – assim como todos os atos em matéria administrativa, especialmente de cunho licitatório – não é arbitrária. A discricionariedade prevista pelo legislador é direcionada apenas para determinados casos devendo ser fundamentada e motivada.

A respeito da opção por um ou outro regime de contratação, Cesar Pereira⁵⁵ ao explicar sobre as Parcerias Público-Privadas, vai além, a ponto de considerar que as razões da escolha sejam vinculantes e controláveis, não se inserindo no campo da suposta discricionariedade técnica. O autor menciona haver dever legal de identificar razões (expor fatos e demonstrar seu enquadramento jurídico) que justifiquem a opção por esse instrumento de atuação estatal. Desta feita, entende o autor, haveria comando normativo para a Administração demonstrar com transparências as apreciações técnicas de cada opção.

A cabeça do Artigo 9º da Lei do RDC, impõe as situações e requisitos para que possa ser utilizado o regime da Contratação Integrada. Versava sua redação original de 4 de agosto de 2011:

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.

O mencionado trecho de lei sofreu alteração de redação pela Medida Provisória nº 630, de 24 de dezembro de 2013, convertida em Lei nº 12.980, de 28 de maio de 2014, resultando no seguinte texto (grifou-se as inclusões):

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e **cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:** (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

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

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

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

Originalmente, portanto, a possibilidade de adoção do regime da contratação integrada tinha como requisitos apenas a justificativa técnica e econômica. Com a mencionada alteração

⁵⁵ PEREIRA, Cesar. (2005, p. 219) apud REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 153.

legislativa foi adicionada a necessidade de o objeto da licitação incluir ao menos uma das seguintes possibilidades: a) inovação tecnológica ou técnica; b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Como comentado por Schwind⁵⁶, essas novas previsões buscam fornecer maior segurança jurídica à Administração Pública para se utilizar da contratação integrada. Entretanto, a alteração legislativa incluiu palavras suficientemente amplas para contemplar grande variedade de casos. Afinal as expressões inovação, tecnologia, metodologia estão intimamente ligadas, e de certa forma já incluídas, à necessária fundamentação técnica, como se verá a diante.

Deve ser lembrado que a mesma conclusão poderia ser obtida antes mesmo da alteração legislativa. Isso porque a regra era a obrigatoriedade do tipo ‘técnica e preço’ como critério de julgamento para todas as licitações utilizadoras da contratação integrada. Assim, já se utilizava a disposição legal do §1º e incisos, do art. 20 da Lei do RDC (grifou-se):

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.

§ 2º É permitida a atribuição de fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70% (setenta por cento).

Esse tema específico será visto adiante dentre os possíveis critérios de julgamento no regime da contratação integrada (item 3.6).

Assim sendo, a Administração Pública tem o dever de comprovar a viabilidade e a utilidade técnica de atribuir ao particular a elaboração dos projetos e, ainda o envolvimento do objeto licitado com uma das citadas condições.

⁵⁶ SCHWIND, Rafael Walbach. Alterações no RDC: a Medida Provisória n 630 e as modificações de lei de conversão. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 86, abril.2014. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=86&artigo=1137>> Acesso em 04.abr.2015.

Desta feita, a adoção da contratação integrada pode se justificar a partir da demonstração de que ela constitui a solução mais eficiente em determinado caso – seja porque mais econômica, seja por possibilitar uma maior qualidade técnica à futura contratação.

Para o DPL/UFSC⁵⁷, deve-se apresentar a conveniência técnica, necessidade e oportunidade da contratação por tal regime, além de focar os objetivos que se pretende alcançar, os impactos positivos da contratação para a instituição e, principalmente, justificar a contratação integrada. É necessário demonstrar que é fundamental que a futura contratada tenha *know-how* em soluções para projetar e executar o determinado objeto complexo.

Quanto ao quesito econômico, a opinião do DPL/UFSC é que devam ser apresentados a conveniência econômica, e igualmente a necessidade e oportunidade da contratação. Focar os objetivos que se pretende alcançar, os impactos positivos da contratação para a instituição e, principalmente, mostrar e justificar as vantagens econômico-financeiras da contratação integrada. Aqui é necessário demonstrar que a concentração da elaboração dos projetos e da execução da obra numa mesma pessoa contratada trará vantagens econômicas para a Administração em comparação com a contratação em separado, levando em consideração os riscos típicos da contratação integrada.

3.3 ENVOLVIMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO

Por seu turno, o envolvimento do objeto da licitação com ao menos uma das possibilidades apresentadas nos incisos do art. 9º, detalha-se a seguir:

A inovação tecnológica ou técnica (art. 9º, I) se aplica tanto para processos quanto para produtos. O Manual de Oslo, da OCDE⁵⁸ conceitua o tema: “inovação tecnológica é toda novidade implantada pelo setor produtivo, por meio de pesquisa ou investimentos, e que aumenta a eficiência do processo produtivo ou que implica um novo ou aprimorado produto”. Esta inovação pode ser total e radicalmente novas, ou parcial e relativamente inovadoras. Também se atribui a inovação ao método ou ao processo, como esclarece o DPL/UFSC⁵⁹:

⁵⁷ KLEPER, Alfredo; PERSSON, Erik e PORTO, Ricardo. ET AL. Regime Diferenciado de Contratações – Contratação Integrada em Foco. Departamento de Licitações - Universidade Federal de Santa Catarina – DPL/PROAD/UFSC. Out.2014. Disponível em: <http://licitacoes.ufsc.br/?page_id=442>. Acesso em: 05.mar.2015.

⁵⁸ OCDE, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Manual de Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação 3ª ed. FINEP — Financiadora de Estudos e Projetos (Trad). 2005. Disponível em: <<http://www.uesc.br/nucleos/nit/manualoslo.pdf>>. Acesso em 20.05.2015.

⁵⁹ KLEPER, Alfredo; PERSSON, Erik e PORTO, Ricardo. ET AL. Regime Diferenciado de Contratações – Contratação Integrada em Foco. Departamento de Licitações - Universidade Federal de Santa Catarina – DPL/PROAD/UFSC. Out.2014. p. 30. Disponível em: <http://licitacoes.ufsc.br/?page_id=442>. Acesso em: 05.mar.2015.

Inovação tecnológica de processos é a adoção de métodos de produção novos ou significativamente melhorados, incluindo métodos de entrega dos produtos. Tais métodos podem envolver mudanças no equipamento ou na organização da produção, ou uma combinação dessas mudanças, e podem derivar do uso de novo conhecimento. Os métodos podem ter por objetivo produzir ou entregar produtos tecnologicamente novos ou aprimorados, que não possam ser produzidos ou entregues com os métodos convencionais de produção, ou pretender aumentar a produção ou eficiência na entrega de produtos existentes.

No que tange à possibilidade de execução com diferentes metodologias (art. 9º, II), faz-se necessário algumas conceituações: método⁶⁰ é o processo racional para chegar a determinado fim, ao conhecimento ou a demonstração da verdade. Ao passo que, metodologia⁶¹ é a arte de dirigir o espírito na investigação da verdade ou aplicação do método para a produção do conhecimento.

Portanto, a obra ou serviço objeto da licitação pelo regime da contratação integrada podem ser executados por processos diferenciados para atingir a mesma finalidade.

Por derradeiro, o inciso III, do art. 9º é um dispositivo autorizativo para que haja envolvimento do objeto licitado com a ‘possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado’, desde que comprovada as vantagens técnicas e econômicas para utilização da contratação integrada e, ainda, comprovada a vantagem frente ao não fracionamento da contratação (seguindo preceitos do art. 4º, VI, da lei do RDC).

Antes mesmo da citada inclusão dos três incisos ao *caput* do artigo 9º, houve decisão favorável a aplicação genérica destes dispositivos em Acórdão paradigmático do TCU, como se lê (grifou-se) :

Afinal, se uma obra é licitada com base no anteprojeto, ela já carrega em si a possibilidade de a contratada desenvolver metodologia e/ou tecnologia própria para a feitura do objeto. Logo, se justificada a vantagem, o enquadramento no art. 20, § 1º, será quase automático. [...] Uma obra licitada com base no anteprojeto já carrega em si a possibilidade de a contratada desenvolver metodologia e/ou tecnologia própria para a feitura do objeto, no caso de a motivação para a utilização da contratação integrada estar baseada nessa viabilidade de emprego de diferenças metodológicas, nos moldes do art. 20, § 1º, inciso II, da Lei 12.462/2011, justifique, em termos técnico-econômicos, a vantagem de sua utilização, em detrimento de outros regimes preferenciais preconizados no art. 8º, § 1º c/c art. 9º, § 3º da Lei 12.462/2011. (TCU, Acórdão 1510/2013-Plenário, TC 043.815/2012-0, relator Ministro Valmir Campelo, 19 jun. 2013).

⁶⁰ DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA.2008-2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO>>. Acesso em: 19.abr.2015.

⁶¹ *Ibidem*.

Diante do exposto acerca dessas três possibilidades de envolvimento do objeto, não há de se falar em favorecimento de determinada licitante – seja ela inovadora, aplicadora de diferente metodologia, ou detentora exclusiva de uma certa tecnologia de mercado – ou ainda, dano ao princípio da competitividade. Pelo contrário, entende-se que – uma vez motivados técnica e economicamente os critérios de julgamento – a não escolha da solução ofertada por essa licitante significaria possíveis prejuízos à coletividade por não usufruir dos benefícios de tal tecnologia e, conseqüentemente, um detrimento ao interesse público, este considerado um dos grandes princípios implícitos do Direito Administrativo.

3.4 ANTEPROJETO DE ENGENHARIA

O anteprojeto deve caracterizar adequadamente o objeto a ser licitado. Nos termos do art. 5º da Lei n.º 12.462/2011, “o objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias”.

A lacuna causada pela ausência do projeto básico, não pode significar um autorizativo para a Administração realizar uma licitação de objeto indefinido. Uma vez que na contratação integrada a elaboração do projeto básico fica a cargo do particular, o anteprojeto de engenharia torna-se peça fundamental no processo licitatório.

Por óbvio, como o próprio nome sugere, o anteprojeto não terá a mesma completude do projeto básico. Na lei do RDC, o anteprojeto está assim disposto no inciso I, do §2º, do art. 9º:

Art. 9º [...]

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

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

A uma primeira leitura percebe-se, que mais uma vez, o legislador optou por utilizar palavras amplas, dando largas margens de interpretações por parte do administrador público.

Ao analisar minuciosamente o conteúdo do trecho das alíneas supramencionadas, Motta e Bicalho⁶² levantam importantes aspectos e características.

Referente a alínea ‘a’, os autores destacam o ‘programa de necessidades’, termo trazido da área técnica da engenharia e arquitetura:

Hershberger (1999) acredita que o programa é a primeira e mais importante etapa de definição do projeto, o momento para descobrir a natureza do problema do projeto, ao invés da natureza de sua solução. Define programa como a ‘primeira etapa no processo de projeto arquitetônico, no qual os valores relevantes do cliente, usuário, arquiteto e sociedade são identificados; importantes objetivos do projeto são articulados, fatos sobre o projeto são descobertos e as necessidades de recurso tornam-se explícitas’.

Assim sendo, o dito programa de necessidades será o fio condutor para a visão global dos investimentos e o nível de serviço desejado na obra ou serviço a ser licitado.

No que tange a alínea ‘b’, traz-se à tona elementos mais concretos como ‘as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega’. Motta e Bicalho⁶³, destacam que esses itens são tratados no Código Civil em seus arts. 610 e 618.⁶⁴ Por último, esta alínea repisa o dever se observar o regramento acerca do orçamento sigiloso (*caput* e §1º, do art. 6º da Lei do RDC).

Já o item ‘c’ exige que se conste no anteprojeto ‘a estética do projeto arquitetônico’. Mais uma vez, Motta e Bicalho⁶⁵ alegam grande nebulosidade, estando a condição “relacionada a aspectos insondáveis, situados em plano mais individual que coletivo”.

Por fim, a alínea ‘d’, mescla elementos bastante vagos como ‘adequação ao interesse público’ vez que já se trata de princípio implícito à Administração Pública e conseqüentemente a todos os atos administrativos, com exigências mais tangíveis, tais quais ‘economia na

⁶² BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 139.

⁶³ Ibidem. p. 140.

⁶⁴ CAPÍTULO VIII - Da Empreitada

Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.

§ 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

§ 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução.

[...]

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19.abr.2015.

⁶⁵ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 140.

utilização’, ‘facilidade na execução, ‘impactos ambientais’ e ‘acessibilidade’, que costumeiramente são regulamentados pela legislação e por normas técnicas.

Ainda assim, a lei do RDC prevê expressamente algumas semelhanças entre o projeto básico e o anteprojeto a citar: documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço; visão global dos investimentos; prazo de entrega; os parâmetros de adequação aos impactos ambientais.

Por sua vez, o Decreto Nº 7.581, de 11 de outubro de 2011 que regulamenta a lei do RDC, não é profícuo em esclarecer ou fornecer detalhes acerca do anteprojeto previsto para o regime da contratação integrada. Em verdade, os incisos do artigo 74⁶⁶ simplesmente repetem com exatidão o conteúdo das já mencionadas alíneas ‘a’ a ‘d’, do inciso I, do §2º, do art. 9º da lei do RDC.

Neste ponto, a inovação do referido decreto é a inclusão de documentos técnicos (§1º) ao anteprojeto de engenharia.

Decreto 7.581/2011

Art. 74. [...]

§ 1º Deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos:

I - concepção da obra ou serviço de engenharia;

II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;

III - levantamento topográfico e cadastral;

IV - pareceres de sondagem; e

V - memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

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

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

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

⁶⁶ “Art. 74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo:

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

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

III - a estética do projeto arquitetônico; e

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

BRASIL, Decreto 7.581/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 05.mar.2015.

Sobre tais documentos técnicos, Ferreira e Santos apontam ponderações⁶⁷:

“São referências importantes, mas que conferem aos licitantes um elevado grau de subjetividade para a elaboração dos projetos básicos. Assim, os projetos básicos elaborados pelos licitantes, mesmo tendo como referencial a norma legal, poderão apresentar diferenças substanciais em relação à qualidade dos insumos, preços global e unitários, metodologias de execução entre outras definições técnicas.

Já Reisdorfer,⁶⁸ apesar de reconhecer a importância do dispositivo como referencial normativo, revela que, por conta da menção ‘deverão constar do anteprojeto, *quando couber*’, “[...] o regulamento do RDC acaba por remeter ao juízo do administrador, no caso concreto, a definição dos documentos que comporão o anteprojeto de engenharia”. Ainda na opinião do autor, a ausência de qualquer um destes documentos deve significar uma motivação específica, a fim de justificar sua impossibilidade ou inviabilidade.

Percebe-se que para aumentar a juridicidade deste regime de contratação, o Decreto nº 8.080, de 2013 incluiu o citado §4º, ao artigo 74, do Decreto do RDC. Dessa forma, restam autorizados os Ministérios supervisores dos órgãos e entidades da Administração Pública a definir o detalhamento dos elementos mínimos necessários para a caracterização do anteprojeto de engenharia.

Um exemplo desta atuação estatal em detalhamentos da regulação do RDC, dá-se por parte do Ministério dos Transportes, que no âmbito do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT⁶⁹ editou a Instrução de Serviço/DG N° 09, de 30/07/2014, Publicada no Boletim nº 031 de 28/07 a 01/08/2014, a qual “estabelece as diretrizes para a elaboração, apresentação, análise e aceitação de Anteprojetos de Engenharia e a elaboração do Termo de Referência para licitação das obras no âmbito do RDC - no regime de Contratação Integrada em empreendimentos do DNIT. Revoga a IS nº 17 de 04/12/2013.”

Diante das lacunas deixadas pelo legislador e pelo executivo ao regulamentar o tema, menciona-se iniciativa por parte da sociedade civil. Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Auditoria de Engenharia – IBRAENG, elaborou a Orientação Técnica – OT 002/2014, a qual objetiva “contribuir para a padronização do entendimento quanto à definição de ‘anteprojeto de

⁶⁷ FERREIRA E SANTOS (2011) apud BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 142.

⁶⁸ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 156-157.

⁶⁹ Em breve pesquisa do presente estudo, realizada sítio do DNIT, constata-se que desde 2012, das licitações desempenhadas pela sede do órgão em Brasília, 262 utilizaram o RDC, e dessas 46 foram realizadas pelo regime da contratação integrada. O RDC foi autorizado a ser utilizado nas obras do PAC pela Lei nº 12.688, de 2012, em vigor desde 18.07.2012.

Engenharia' e dos elementos mínimos que devem nele constar, considerando as características peculiaridades de diferentes tipos de obras". Dentre estas obras estão edificações; instalações; obras hídricas (irrigações e canais, saneamento básico, redes adutoras, estações elevatórias e de tratamento); rodovias; obras d'arte; obras aeroportuárias (pátios, pistas de pouso e terminais); obras portuárias; obras de terra; redes urbanas.

Para o IBRAENG⁷⁰, além de outras definições da OT, está a de anteprojeto de engenharia, qual seja:

conjunto de documentos técnicos (desenhos e textos) que possibilitam a caracterização da obra ou serviço planejado, que representam a opção aprovada no estudo de viabilidade e que permitem a estimativa dos custos e prazos de execução dos seus serviços, bem como a elaboração do projeto executivo.

Na continuação do documento, o Instituto elabora tabelas contendo elementos mínimos para anteprojetos e seus respectivos conteúdos para diversos tipos de obras de engenharia.

Essas mencionadas práticas vão ao encontro, da afirmação de Baeta⁷¹, o autor de livro da temática do RDC, é também auditor federal de controle externo do TCU: "Aos poucos será construído entendimento doutrinário, técnico e jurisprudencial sobre as características e o conteúdo do anteprojeto."

De fato, como se verá mais adiante, alguns acórdãos paradigmáticos do TCU já estão a sugerir melhores práticas, acompanhando a velocidade e o volume com que o RDC se espalhou nas contratações públicas.

Outro detalhe a ser mencionado sobre o anteprojeto de engenharia, é a possibilidade de que este seja elaborado por um particular, vencedor de licitação própria para este objetivo. Nesses casos, existe a vedação de participação direta ou indireta deste particular na licitação posterior, da obra ou serviço de engenharia baseada no seu anteprojeto (Decreto do RDC, art. 3º, §1º, II).

⁷⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE ENGENHARIA. OT-002/2014-IBRAENG: elementos mínimos para anteprojetos de engenharia. Fortaleza, 2014. p. 4. Disponível em: <www.ibraeng.org>. Acesso em 04.abr.2015.

⁷¹ BAETA, André Pachioni. Boas Práticas em RDC Regime Diferenciado de Contratações Públicas (slides). V Fórum de Controle. TCE/TO, Palmas, 12.nov.2013. Disponível em: <ead.tce.to.gov.br/rdc/images/stories/material/RDCtocantins.ppt> Acesso em: 06.mar.2015.

3.5 MATRIZ DE RISCOS

A inclusão da matriz de risco dentre os documentos componentes do anteprojeto não é expressamente originada na Lei, tampouco no Regulamento do RDC. Ela provém de dois julgados do TCU paradigmáticos na seara da contratação integrada do RDC (grifou-se):

“9.2. recomendar ao *omissis* que:

(...)

9.2.1 preveja, doravante, nos empreendimentos a serem licitados mediante o regime de contratação integrada, previsto no art. 9º da Lei nº 12.462/2011, **uma “matriz de riscos” no instrumento convocatório e na minuta contratual, de forma a tornar o certame mais transparente, fortalecendo, principalmente, a isonomia da licitação** (art. 37, XXI, da Constituição Federal; art. 1º, § 1º, IV, da Lei nº 12.462/2011) e a **segurança jurídica do contrato** (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal);” (TCU, Acórdão 1.465/2013-Plenário).

9.1.3. a **"matriz de riscos", instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, na medida em que é informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte das licitantes, é elemento essencial e obrigatório do anteprojeto de engenharia, em prestígio ao definido no art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei 12.462/2011, como ainda nos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da obtenção da melhor proposta;** (TCU, Acórdão nº 1.510/2013 – Plenário)

Desta forma, conceituou-se a matriz de riscos como um instrumento/documento componente do anteprojeto de engenharia, no qual a Administração deverá explicitar os riscos inerentes ao contrato. Nela deverão estar definidos a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos posteriores à contratação, na medida em que é informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte dos concorrentes.

Sobre o tema, reforça Baeta⁷²:

A matriz de riscos é uma das formas de se fazer a análise dos riscos previstos para o empreendimento, servindo como diretriz para redação das cláusulas contratuais. Nela, todos os riscos são indicados de forma genérica, para serem futuramente regulamentados no contrato administrativo. Assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato será avaliado de forma conjunta com a matriz de riscos.

[A matriz de risco é recomendada] para orientar a lavratura da minuta do instrumento contratual, o qual deverá alocar exaustivamente os riscos entre o contratante e o contratado.

⁷² Idem.

Para Reisdorfer,⁷³ parte-se da premissa de que cada tipo de risco deve ser transferido para a parte em melhores condições de assumi-lo. Para o autor, a lógica da contratação integral é a de atribuir uma responsabilidade maior ao particular e diminuir os riscos assumidos pela Administração Pública em uma atividade que, em tese, pode ser melhor desempenhada pela iniciativa privada – segundo tenha sido apurado nos estudos iniciais empreendidos em âmbito administrativo.

Neste ponto, deve-se lembrar que no regime da contratação integrada – como será melhor explicado e problematizado no itens 3.7 e 4.2, respectivamente – apenas poderão haver aditivos contratuais nas hipóteses expressas na Lei do RDC, daí a relevância da matriz de riscos para a preparação das propostas por parte dos particulares.

Já a Escola de Administração Fazendária – ESAF⁷⁴, integrante do Ministério da Fazenda, associa a matriz de risco a menção ‘taxa de risco’ do empreendimento licitado de acordo com os parágrafos do art. 75 do Decreto do RDC, *in verbis* (grifou-se):

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. (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

§ 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. (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

Em resumo, o DPL/UFSC⁷⁵ considera como sendo exigências para a utilização do regime da contratação integrada os seguintes itens e sua previsão legal ou da jurisprudência de contas):

⁷³ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 155.

⁷⁴ ACHE, Andréa. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (slides). XI Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas. ESAF - Escola de Administração Fazendária, MPOG .2014. Slide 73. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/a_esaf/sao-paulo/arquivos/rdc-regime-diferenciado-de-contratacao.pptx> Acesso em: 20.mai.2015.

⁷⁵ KLEPER, Alfredo; PERSSON, Erik e PORTO, Ricardo. ET AL. Regime Diferenciado de Contratações – Contratação Integrada em Foco. Departamento de Licitações - Universidade Federal de Santa Catarina – DPL/PROAD/UFSC. Out.2014. p. 27. Disponível em: <http://licitacoes.ufsc.br/?page_id=442>. Acesso em: 05.mar.2015.

- Justificativas técnica e econômica (*caput*, art. 9º da Lei do RDC);
- Justificativa de envolvimento do objeto com uma das condições (trazidas aos incisos do art. 9º pela Lei do RDC);
- Anteprojeto de Engenharia (Acórdão TCU nº 1.510/2013 – Plenário);
- Matriz de Risco (Acórdãos TCU nº 1.465 e 1.510/2013 – Plenário).

Para Reisdorfer,⁷⁶ será essencial e imprescindível que o edital da contratação integrada disponha de um grau de objetividade suficiente para possibilitar: (i) a identificação do objeto licitado; e, (ii) a elaboração, a seleção e o controle das propostas. É a estipulação concreta de critérios de seleção das propostas e de definição dos aspectos essenciais da contratação em relação aos fins e resultados que devem ser atingidos pelo futuro contratante que poderá confirmar a adequação da utilização do regime de contratação integrada.

3.6 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

Tipos de licitação são os critérios de julgamento pelos quais a Administração irá avaliar objetivamente as propostas dos licitantes. Eles são previamente estabelecidos no ato convocatório.

Inicialmente, por força do inciso III, § 2º, art. 9º, a lei do RDC previu, exclusivamente, a aplicação do critério de julgamento técnica e preço, como se lê:

§ 2º No caso de contratação integrada:

[...]

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço. (Revogado pela Medida Provisória nº 630, de 2013) (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

Tal disposição ainda é mantida⁷⁷ no § 2º do art. 73 do Decreto do RDC, embora sabidamente seja inaplicável, a se considerar a hierarquia das normas, em seu sentido amplo.

Ocorre que a MP 630/2013 – convertida em Lei nº 12.980, de 28 de maio de 2014 – revogou o inciso III que obrigava as licitações de contratação integrada a se valerem do critério de julgamento de técnica e preço.

⁷⁶ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 157.

⁷⁷ CAPÍTULO III - DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA Art. 73. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada. [...] § 2º Será adotado o critério de julgamento técnica e preço.

Sobre esta obrigatoriedade de utilização do critério de técnica preço, antes da referida revogação do inciso, Moreira e Guimarães a justificavam pois possibilitaria um exame qualitativo e classificatório das soluções apresentadas pelos licitantes para o projeto básico: “Não seria admissível que a Administração deixasse de verificar a correção e a exatidão veiculadas pelo conteúdo do projeto, inclusive para fins de avaliação de sua correlação com a proposta econômica apresentada pelo licitante”⁷⁸.

Segundo Schwind⁷⁹ o objetivo da alteração legal, como demonstrada em sua Exposição de Motivos, era de aproximar o RDC da Lei Geral de Concessões e da Lei das PPPs, permitindo ao Administrador Público, diante do caso concreto, a escolha do critério de julgamento da licitação, obviamente motivando sua decisão.

Portanto, com a redação legal em vigor, fica a cargo do gestor público motivar a escolha do critério de julgamento da contratação integrada dentre os seguintes: Menor Preço ou Maior Desconto, Maior Retorno Econômico, Técnica e Preço. Resultado dos critérios constantes no artigo 18 e ainda, a vedação do parágrafo único do artigo 21⁸⁰ para a utilização do critério de ‘melhor técnica ou conteúdo artístico’ para projetos de engenharia.

3.7 VEDAÇÃO DE CELEBRAÇÃO DE TERMOS ADITIVOS

Como visto, a respeito da disciplina dos contratos firmados pelo RDC não há regulamentação ampla e específica dada pela Lei ou Regulamento, restando, portanto, literal menção no art. 39 da Lei nº 12.462 para a utilização da Lei nº 8.666/1993 nesse particular, salvo regras expressamente previstas na legislação do RDC.

Assim, uma notável disposição do RDC no que tange ao regime da contratação integrada é a vedação de celebração de termos aditivos aos contratos firmados. É a regra geral instituída

⁷⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 212

⁷⁹ SCHWIND, Rafael Walbach. Alterações no RDC: a Medida Provisória n 630 e as modificações de lei de conversão. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 86, abril.2014. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=86&artigo=1137>> Acesso em 04.abr.2015.

⁸⁰ Art. 21. O julgamento pela melhor técnica ou pelo melhor conteúdo artístico considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes com base em critérios objetivos previamente estabelecidos no instrumento convocatório, no qual será definido o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores.

Parágrafo único. O critério de julgamento referido no caput deste artigo poderá ser utilizado para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia.

no §4º, do art. 9º, da Lei nº 12.462/2011 que apenas admite duas exceções em seus incisos, como se lê: ⁸¹

Art. 9º [...]

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Logo, uma primeira análise literal do excerto acima passa uma ideia restritiva das permissões de aditivos contratuais, ao se considerar o termo ‘exceto nos seguintes casos’. Soma-se a este pensamento a conjunção aditiva ‘e’ entre os incisos, de forma a se entender tratar dos únicos casos.

Citado acima, o inciso I, diz respeito à ‘recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior’. Deve-se lembrar que, dentro da divisão de riscos nos contratos administrativos, a doutrina divide a álea extraordinária nos institutos do fato do príncipe e da teoria da imprevisão. Embora essa divisão doutrinária seja de difícil fixação⁸², a redação do inciso I parece abranger apenas os casos da teoria da imprevisão, calando-se quanto ao chamado ‘fato do príncipe’.

Por seu turno, o inciso II, permite a celebração de aditivos contratuais ante casos de ‘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’.

Trata-se de alterações qualitativas do contrato, motivadas pela constatação de que a solução técnica inicialmente prevista não era a mais adequada ou se faz necessária melhor adequação aos objetivos da contratação. Observa-se que o afastamento da modificação na hipótese de erro ou omissão culposos imputáveis ao contratado já era sistemática prevista na LGL em seu art. 65.

⁸¹ O Decreto regulador do RDC praticamente repete a redação supracitada em seu artigo 76:

Art. 76. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, fica vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto se verificada uma das seguintes hipóteses:

I - recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, devido a caso fortuito ou força maior;

II - necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 1993.

⁸² MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013. p. 228

Para a verificação da culpabilidade ou não do particular, será de suma importância a conferência dos documentos técnicos constantes do instrumento convocatório. Como visto, no regime da contratação integrada o anteprojeto – de responsabilidade da Administração – deverá clarificar ‘todos os elementos e informações necessárias para definir o objeto contratado’, pois embasará os projetos básico e executivo – de responsabilidade do contratado. Fundamental, como já abordado, também será a análise da matriz de riscos.

Deste modo, verifica-se que ambos os incisos apontados serão algumas fontes de críticas, por não representarem uma verdadeira restrição como pretendido pelo legislador, e até mesmo origem de questionamento quanto a sua constitucionalidade pela ofensa ao art. 37, XXI, como se dissertará no próximo capítulo.

4 CONSTITUCIONALIDADE E ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Pode-se afirmar que o regime da contratação integrada é um dos pontos mais polêmicos, dentro do RDC, sendo amplamente questionado e criticado.

Em que pese questões críticas e de constitucionalidade estarem, em certo grau, intimamente ligados, neste trabalho optou-se em assim dividir o capítulo para a análise do tema: i) quanto à ótica de sua constitucionalidade, principalmente à lume dos argumentos guerreados nas ações em tramitação no STF, por serem de ordem mais abstrata, em função do seu ‘dever ser’; ii) à luz de outras críticas de ordem pragmática, feitas pela doutrina, que vislumbram a aplicação concreta do estudado regime licitatório.

4.1 CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Dentre as questões levantadas sobre o RDC, está a da constitucionalidade material do Regime de Contratação Integrada.

Para o desenvolvimento deste item, utilizar-se-á elementos questionados pelos autores das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs em trâmite no STF, sem que se faça uma estrita distinção daquilo que foi arguido e rebatido em cada qual, pois, a maioria de seus argumentos se repetem dada a intrínseca relação entre elas. Inclusive, em momento oportuno do curso judicial, as mesmas deverão ser apensadas e ter julgamento comum.

Atualmente, estão em tramitação no STF, duas ADIs arguindo o tema. Ambas têm como relator o Ministro Luiz Fux, o qual, em função dos pedidos de medida cautelar elaborados, determinou a adoção do rito abreviado (previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99), ao considerar a matéria de indiscutível relevância e de especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

Primeiramente, em 26/08/2011, foi proposta a ADI 4.645 pelos seguintes partidos políticos: Partidos da Social Democracia Brasileira – PSDB; Democratas – DEM; e, Partido Popular Socialista – PPS. A última movimentação do processo⁸³ data de 19/08/2013, quando ocorreu a publicação no DJE de despacho que admitiu o ingresso da Associação Brasileira de

⁸³ BRASIL. STF, ADI 4.645: Acompanhamento Processual. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=ADI&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20.06.2015.

Direito & Economia - ABD&E, como *amicus curiae* no feito, após o parecer da PGR opinando pela procedência dos pedidos da inicial.

Já em 09/09/2011, de autoria do PGR foi proposta a ADI 4.655, a qual foi distribuída por prevenção ao mesmo Ministro relator. Os autos encontram-se conclusos para despacho desde 12/03/2013.⁸⁴

Destaca-se que no presente tópico deste trabalho não serão objetos de análise, os seguintes itens, que constam nas mencionadas ADIs: a) a discussão da Inconstitucionalidade formal da Lei do RDC – brevemente dissertada no capítulo 2; e, b) demais inconstitucionalidades materiais arguidas acerca de outros dispositivos da lei ou decreto do RDC que não versem a respeito do regime da contratação integrada, a saber: a delegação ao Executivo sobre a escolha do regime jurídico aplicável, orçamento sigiloso, remuneração variável, prescindibilidade de publicação de atos.

São impugnados os seguintes dispositivos da Contratação Integrada previstos na Lei do RDC : Art. 2º, § único, V; Art. 8º, V e §5º ; Art. 9 (em sua totalidade)⁸⁵; Art. 36, §1º, *in verbis* (grifou-se):

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

[...]

Parágrafo único. O **projeto básico** referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos:

[...]

V - 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**; execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

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

[...]

V - **contratação integrada**.

[...]

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

⁸⁴ BRASIL. STF, ADI 4.655: Acompanhamento Processual. 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4655&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20.06.2015.

⁸⁵ Nas referidas ADIs, consta a redação original do art. 9º, como aqui colacionado. As alterações neste artigo foram dissertadas ao longo do presente trabalho – item 3.2. Da análise dos autos virtuais, observa-se que em ambas as ADIs não foram adotados pelos respectivos autores, petições em referência as inovações legislativas de 2013 e 2014. Existe divergência jurisprudencial no STF, sobre a análise ou não de textos legais modificados ao longo do curso de ADI ou ADC, mesmo não tendo havido alteração substancial nos dispositivos.

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.

§ 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.

§ 2º No caso de **contratação integrada**:

I - o instrumento convocatório deverá conter **anteprojeto de engenharia** que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

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

II - o valor estimado da contratação 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 sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço. (Revogado pela Medida Provisória nº 630, de 2013)

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 36. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações de que trata esta Lei:

I - da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente;

II - da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente;

III - da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou

IV - do servidor, empregado ou ocupante de cargo em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo no caso das **contratações integradas**.

Nestas ADIs, portanto, a constitucionalidade do regime da contratação integrada é arguida por violar os seguintes excertos da Carta de 1988, grifou-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impeccabilidade**, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

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.

A peça exordial da ADI 4.645 considera a contratação integrada uma ‘modalidade de licitação’ inconstitucional, ao violar o art. 37, *caput* da CF, especificamente quanto aos princípios da moralidade e isonomia. Também estaria ofendido o princípio constitucional da licitação (inciso XXI), que preconiza pelo julgamento objetivo.

Em síntese, conforme os autores desta primeira ADI, a ausência do projeto básico – nos moldes do art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93 – substituído tão somente pelo anteprojeto, não identificaria precisa e individualmente a obra ou serviço de engenharia a ser licitado e, por consequência, não seria possível a utilização de critérios objetivos para decisão do licitante vencedor, como se lê⁸⁶:

A verdade é que a contratação integrada, por seus meios e efeitos, acaba por afastar a incidência da própria obrigação de licitar, na medida em que a subjetivação dos critérios de escolha torna o processo licitatório mero instrumento formal, incapaz de atingir os objetivos do princípio constitucional da licitação, quais sejam, o de permitir uma seleção em que haja igualdade entre os participantes, a escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público e a moralidade do ato, consubstanciada na existência de elementos objetivos no edital de licitação e na possibilidade de controle dos atos da administração pelos meios previstos na própria Constituição Federal.

No mesmo sentido, prossegue a petição inicial do PGR na ADI 4.655, a qual considera que a não definição adequada do objeto da licitação e do futuro contrato, viola condições de disputa, e também os princípios da competitividade, da isonomia e da impessoalidade, porque impediria o julgamento objetivo da licitação. Também aduz que poderá ensejar graves desvios de verbas públicas em razão da deficiência e da insuficiência do citado “anteprojeto de engenharia”.

Na doutrina, especificamente, a constitucionalidade do regime de contratação integrada não é amplamente questionada. A maior parte dos autores pesquisados traçam comentários críticos que versam sobre a operabilização do regime, os quais serão melhor vistos no próximo tópico.

Ainda assim, encontra-se o posicionamento de Dal Pozzo:

⁸⁶ Petição inicial (p. 39) *in*: BRASIL. STF, ADI 4.645: Acompanhamento Processual. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 14.06.2015.

“à primeira vista parece bastante discutível a constitucionalidade desse dispositivo trazido pelo art. 8º, inciso V, e art. 9º do RDC. Isso porque o processo licitatório tem como premissa a comparação objetiva entre as propostas [...]”⁸⁷

[...] mesmo tentando se esquivar, com o anteprojeto de engenharia, de uma crítica quanto às reais condições a serem encarecidas na licitação posteriormente entabuladas no contrato, por se tratar de uma peça mais simplificada, à luz do quanto exposto, continua-se sem saber previamente, as reais condições do contrato, ensejando uma impossibilidade efetiva de promover a comparação objetiva de propostas oferecidas.⁸⁸

Para rebater as arguições mencionadas, deve-se igualmente trazer à baila os principais fundamentos expostos pela Advocacia Geral da União – AGU. Em suas manifestações⁸⁹ realizadas em sede das citadas ADIs, requer a improcedência dos pedidos dos autores, genericamente, quanto ao RDC e, especificamente, na defesa da constitucionalidade material do regime de execução contratual em tela.

A argumentação inicial da AGU é a de negar a premissa dos autores de que a Lei nº 8.666 cumpre seu desiderato, de forma a ser o RDC desnecessário. Prossegue, afirmando que o RDC não fere a Constituição e encontra-se em consonância com às leis brasileiras, sendo baseado inclusive em práticas licitatórias adotadas na comunidade internacional a mencionar Estados Unidos e União Europeia e, ainda, é recomendada pela OCDE.

Ainda resume a AGU⁹⁰:

O RDC é uma alternativa ao modelo tradicional de contratação, que busca desburocratiza-la e dar maior agilidade ao processo. É uma modalidade diferente de licitação pública, que não é regida pela Lei 8.666/93. Ela tem regras próprias, mas alguns pontos específicos da lei se aplicam subsidiariamente às regras da Lei 8.666. O objetivo é aumentar a eficiência e economicidade do Poder Público.

Rebate de forma geral que a própria Lei do RDC, em seu art. 3º, refere-se à conformidade do regime com os “princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do

⁸⁷ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 71.

⁸⁸ Idem. p. 73.

⁸⁹ AGU. Manifestação. in: BRASIL. STF, ADI 4.645: Acompanhamento Processual. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4645&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 14.06.2015.

⁹⁰ BRASIL, AGU apresenta no STF manifestações em defesa do Regime Diferenciado de Contratação para Copa do Mundo e Olimpíadas. (sítio eletrônico). Brasília. 11.out.2011. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/167561>. Acesso em 20.06.2015.

juízo objetivo”. Ou seja, os mecanismos e ferramentas do RDC já teriam sido previstos pelo legislador a luz desses princípios, sem que houvesse possibilidade de afronta aos mesmos.

Especificamente, quanto aos questionamentos de inconstitucionalidade do regime da contratação integrada, a AGU alega ser infundada a afirmação de que apenas a existência do projeto básico é que traria requisitos para uma contratação impessoal. Isso, porque, o §2º do art. 9º prevê um rol de documentos técnicos ao anteprojeto, que visam permitir o julgamento objetivo das propostas. – como já expressado nesse trabalho.

Ao defender o RDC em seu artigo, Guilherme Jurksaitis⁹¹, busca desconstituir a necessidade absoluta do projeto básico e aposta na contratação integrada ao questionar: “De que adianta um projeto básico que é completamente modificado uma vez vencida a licitação? E pior, com custos para a Administração? Assim, vale a pena apostar em outras soluções para melhorar o sistema. Uma delas é a contratação integrada.”

Ademais, segundo a AGU, a integração do projeto básico e executivo a ser realizado pelo mesmo licitante traz a vedação de celebração de termos aditivos, frequentemente solicitados com base em falhas do projeto básico, salvo as previsões dos incisos do art. 9º, §4º do RDC.

Outro ponto positivo, fruto da realização conjunta do projeto básico e executivo pelo mesmo particular, é a redução do tempo despendido para a licitação. Como apontado pela AGU, ocorre porque na contratação integrada a Administração Pública realiza apenas um procedimento licitatório, ao passo que na licitação convencional necessita realizar dois procedimentos, uma para cada plano.

Esta celeridade auxiliaria para a finalização em tempo das grandes obras dos megaeventos desportivos aos quais se destinara inicialmente o RDC.

Por derradeiro, ainda sobre a constitucionalidade da realização da contratação em processo licitatório único, a manifestação da União alega a existência de previsão em nosso ordenamento desde 1995, com a lei de Concessões Públicas, e também em 1998, para as contratações da Petrobrás, através de seu Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado instituído pelo Decreto nº 2.745/1998.

⁹¹ JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Em defesa do RDC. Artigo publicado em 06.set.2011 no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. (p. 2). Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis_-_Em_defesa_do_RDC_-_versao_pa..pdf> . Acesso em 04.abr.2015.

Na doutrina, dentre as opiniões que defendem a constitucionalidade deste regime de execução contratual, encontra-se Felipe Boselli⁹², que em sua dissertação de mestrado analisou o RDC pelo prisma principiológico e concluiu:

A contratação integrada, tópico mais polêmico do RDC, não pode ser considerada inconstitucional, haja vista não haver, no aspecto do dever ser, nenhuma afronta aos princípios estabelecidos. Não obstante, é imperioso que seja mantida atenta fiscalização para impedir que a prática desvirtue os conceitos dessa inovação legislativa. Quanto à conveniência e utilidade de sua aplicação, apenas o uso e o tempo poderão confirmar se a opção legislativa é a mais acertada;

No mesmo sentido, ao estudar aspectos controvertidos da lei do RDC em artigo acadêmico, Eduardo Lee⁹³, afirma: “Não há que se falar, pois, em uma suposta inconstitucionalidade do referido instituto [contratação integrada]. O que há, em verdade, é uma falsa premissa de que a contratação integrada será mal aplicada pelo administrador público.”

Ante o exposto ao longo deste item, o presente estudo opina pela constitucionalidade material do regime da contratação integrada. Não se encontra violação abstrata da lei quanto aos princípios da moralidade, isonomia, competitividade, impessoalidade e julgamento objetivo. Ressaltando que a contratação integrada pode significar opção para o Administrador Público buscar a concretização do princípio constitucional da eficiência e economicidade na seara licitatória.

4.2 ANÁLISE CRÍTICA DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Superada a questão de ser materialmente constitucional a contratação integrada – posicionamento adotado neste trabalho acadêmico, pois sequer se iniciou o julgamento das ADIs existentes sobre o tema pela Suprema Corte – aprofunda-se a análise, encaminhando-se o estudo às críticas do instituto em comento.

O regime da contratação integrada recebe as principais críticas do RDC. Muitos leigos criticam todo o RDC, por apenas terem conhecimento parcial dele, igualando o instituto da contratação integrada a todo funcionamento do RDC. Apesar desse fato, deve-se destacar

⁹² BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. O Regime Diferenciado de Contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2013. p.145.

⁹³ LEE, Eduardo da Rocha. Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aspectos controvertidos da Lei nº 12.462/. 2013. 29 p. Artigo Científico (Pós-Graduação Lato Sensu) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. P. 16.

que o regime da contratação integrada é ferramenta do RDC e seu uso é uma faculdade à Administração Pública.

Leia-se: sempre que constatado pelo Administrador Público que a contratação integrada representa a melhor solução para a licitação de obra ou serviço de engenharia – assim justificados seus pressupostos elencados pela Lei e Jurisprudência de Contas – este regime de contratação não só pode, como deve, ser utilizado.

Baeta⁹⁴ resume as vantagens da utilização do regime da contratação integrada além das mesmas trazidas pela empreitada por preço global:

- O empreendimento é entregue pronto para operação;
- O proprietário da obra tem garantias sobre a performance 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;
- Há clara definição da responsabilidade pela perfeita execução contratual;
- Afasta os termos aditivos, costumeiros na prática licitatória.

Entretanto, existem diversas críticas ao instituto em tela, feitas pela doutrina especializada. Buscou se analisar as principais neste capítulo, a citar: a) capacidade técnica da Administração elaborar anteprojeto “suficiente”; b) qualidade da obra ou serviço de engenharia licitado, e; c) vedação dos aditivos contratuais e o elevado preço final do contrato.

4.2.1 Capacidade técnica da Administração elaborar anteprojeto “suficiente”

Na LGL existe demora com o projeto básico, não podendo ser a mesma empresa contratada a realizar o projeto básico e o executivo. Caso isso ocorra, será alvo de impugnação do certame.

A contratação integrada visa afastar os erros do projeto básico da responsabilidade da Administração. Assim sendo, o anteprojeto deve conter critérios claros e em precisão suficiente para que sejam cumpridos os princípios da impessoalidade, isonomia e julgamento objetivo das propostas

⁹⁴ BAETA (2013) apud KLEPER, Alfredo; PERSSON, Erik e PORTO, Ricardo. ET AL. Regime Diferenciado de Contratações – Contratação Integrada em Foco. Departamento de Licitações - Universidade Federal de Santa Catarina – DPL/PROAD/UFSC. Out.2014. Disponível em: <http://licitacoes.ufsc.br/?page_id=442>. Acesso em: 05.mar.2015.

Um problema, apontado por Luciano Reis⁹⁵, é a dúvida sobre a verdadeira capacidade técnica da Administração Pública para se elaborar o anteprojeto de qualidade. Para o autor, o anteprojeto deve ser muito bem realizado tecnicamente, pois substitui insumos do projeto básico.

Não se pode olvidar, que a Administração, costumeiramente, faz licitação do projeto básico para embasar a futura licitação do projeto executivo ou da obra em si. Da mesma forma, tem-se notado no âmbito do RDC, licitações visando a elaboração do anteprojeto para utilização na posterior licitação de obras ou serviços de engenharia com aplicação da contratação integrada.

Assim, do mesmo modo realizar-se-iam dois procedimentos licitatórios que necessitariam dois vencedores distintos. Estaria posto em cheque a eficiência da contratação integrada em relação: a) tanto a sua ‘celeridade’; b) quanto a ‘harmonia’ entre os diferentes projetistas, o que poderia gerar litígios e pleitos entre estas partes e a Administração.

Moreira e Guimarães⁹⁶, em defesa do RDC nos casos de contratação integrada, argumentam que é possível licitar sem a existência do projeto básico, valendo-se do anteprojeto. De toda forma, reforçam a importância da boa elaboração deste.

Ademais, a experiência histórica com as licitações vem demonstrando ausência de vocação das Administrações quanto à execução de projetos confiáveis e adequados. Isso vem produzindo a banalização das alterações supervenientes de projeto, com custos revertidos à própria Administração.

[...]

Esta vulnerabilidade do regime [da contratação integrada] às incertezas quanto ao orçamento e às condições objetivas de disputa deve ser mitigada pelo refinamento das técnicas de orçamento e, sobretudo, pelo adequado nível de detalhamento do anteprojeto.

A capacidade técnica da Administração Pública elaborar o anteprojeto e seus documentos componentes deve ser suficiente para caracterização e dimensionamento da solução buscada, especialmente em serviços e obras de engenharia complexos como são os típicos exemplos de objetos licitados com a utilização da contratação integrada.

Todavia, em alguns casos questiona-se: até que ponto a Administração detém este conhecimento técnico para preparar a licitação ou avaliar as propostas? Caso não o possua, de que formas ela deve buscar as soluções com o ‘mercado-privado’, antes da licitação ou durante a execução do contrato?

⁹⁵ REIS, Luciano Elias. Regime Diferenciado de Contratações (Palestra). in: OABSC. Seminário de Licitações: O Regime Diferenciado de Contratações e Licitações Sustentáveis. Florianópolis. 08.dez.2014.

⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. (p. 203 e 211)

Essas respostas não são simples e demandariam estudo próprio e complexo fugindo do escopo do presente trabalho. Apenas a título informativo, menciona-se institutos utilizados em concessões e PPPs no Brasil – portanto não aplicáveis em licitações realizadas pela LGL ou mesmo pelo RDC – como o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)⁹⁷, dentre outros, no âmbito da União Europeia como o Diálogo Concorrencial e o Procedimento por Negociação⁹⁸.

Assim sendo, finaliza-se este tópico afirmando-se que a qualidade do anteprojeto se demonstra ponto nevrálgico para o sucesso das obras e serviços de engenharia a serem licitados pelo regime de contratação integrada.

4.2.2 Qualidade da obra ou serviço de engenharia licitado

Uma vez encerrado o processo licitatório da obra ou serviço de engenharia com o emprego da contratação integrada, o licitante vencedor elaborará o projeto básico e o projeto executivo, além da execução e todas demais operações necessárias à entrega final do objeto.

Como o valor total da contratação é de conhecimento do particular, Felipe Boselli⁹⁹ alerta para a possibilidade da ocorrência de redução na qualidade da obra ou serviço de engenharia licitado. Trata-se da lógica de mercado da redução de custos para que se obtenha maior lucro na atividade econômica.

Segundo o autor¹⁰⁰, nas contratações comuns, o particular que realizou o projeto básico apenas se preocuparia com a qualidade do mesmo e o atendimento aos requisitos elencados pela Administração. Já no caso da contratação integrada, o particular trataria de prever a redução de custos totais da obra ou serviço ainda em sede do projeto básico.

⁹⁷ “Procedimento de manifestação de interesse – PMI é instituto de Direito Administrativo cujo âmbito consiste no diálogo público-privado a ser promovido na etapa preparatória de concessões comuns e parcerias público-privadas” O tema é amplamente discutido em: SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Procedimento de manifestação de interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. 2013. 500 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2013.

⁹⁸ “ O diálogo concorrencial visa, em primeira linha, a definir ‘soluções’ para necessidades públicas em ordem de permitir o desenho de um projecto contratual a submeter-se à concorrência. Já o procedimento por negociação arranca um ‘solução’ predefinida e de um certo caderno de encargos previamente elaborado.” GONCALVES, Pedro (2010 p. 287) apud MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. (p. 211)

⁹⁹ BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. O Regime Diferenciado de Contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2013. p.88.

¹⁰⁰ Idem.

Essa redução de custos poderá fazer, em um objeto mal detalhado pela Administração no anteprojeto, com que a obra tenha uma qualidade muito inferior à esperada pela contratante, que nada poderá fazer, já que sua especificação foi limitada e não estipulou características mínimas que eram fundamentais àquela execução¹⁰¹.

Seguindo a linha de raciocínio, diante de item mal especificado pela Administração em seu anteprojeto pode ocorrer a redução na qualidade da obra, e suas consequências podem ser nefastas. Pode-se imaginar emprego de materiais de baixo nível comprometendo-se, inclusive, a durabilidade das edificações, podendo gerar riscos de segurança e custos altíssimos de manutenção e correção desses vícios¹⁰².

Nesse mesmo diapasão, Vital *et al* em obra do Instituto de Fiscalização e Controle¹⁰³ comenta que pelo fato de o projeto básico, na contratação integrada, ser elaborado pelo contratado resta “dificultada a avaliação, por parte do poder público, da qualidade do objeto construído ou da sua vantagem em relação a outras opções”. Ressalta que o modelo já é utilizado nas concessões, porém nessas o contratado – concessionário – permanece na obra e a explora economicamente por longos anos. Ainda assim, permanecem dúvidas quanto ao valor das tarifas e dificuldades na fiscalização do contrato.

Todavia, adverte o autor, nos casos executados através da contratação integrada, “haverá risco significativamente maior de existirem maus projetos e obras ruins, pois esse regime não impõe a permanência do vencedor do certame na operação dos serviços, como ocorre nas concessões em geral”¹⁰⁴.

Por outro lado, para Moreira e Guimarães¹⁰⁵, no regime da contratação integrada há a prevalência da contratação de resultados, através de metas, e até a utilização de remuneração mediante desempenho (art. 10 da Lei do RDC). Assim, deduzem os autores, ocorrerá a transferência de riscos ao contratado, o qual, por conseguinte, terá incentivo econômico para que zele pela qualidade dos projetos e sua execução.

Esse possível problema vem a corroborar com a importantíssima temática da especificação e detalhamento do anteprojeto e dos resultados esperados como solução do empreendimento licitado, já amplamente tratado neste trabalho. Se esta atenção for dispensada ao anteprojeto, tem-se o contraponto dessa crítica analisada.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Vital *et al* (2011) Apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho.; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 152

¹⁰⁴ Idem. p. 153

¹⁰⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. (p. 210)

4.2.3 Vedação dos aditivos contratuais e o elevado preço final do contrato

Em relação à contratação integrada, a Lei nº 12.462/2011, em seu art. 9º, §4º, incisos I e II, passa a ideia geral de vedação da celebração de aditivos contratuais, ou ao menos sua restrição, excepcionando as hipóteses ali elencadas, como abordado no item 3.7 deste trabalho. Em suma, as exceções estariam relacionadas a recomposição da equação econômico-financeira quando da ocorrência de caso-fortuito ou força-maior; assim como diante da necessidade de alteração do projeto para melhor adequação técnica de seus objetivos, afastadas as hipóteses de erro ou falta do contratado.

Apesar disso, consideram Moreira e Guimarães, “em termos práticos quase não há diferenças marcantes entre o regime da LGL e o prescrito pelo RDC, neste particular”¹⁰⁶. Entendem os autores que as hipóteses costumeiramente postas como ‘fato do príncipe’ e da teoria da imprevisão, nesse caso, são reconduzíveis a eventos de caso fortuito ou de força maior. A mesma posição adotam Motta e Bicalho¹⁰⁷.

No mesmo norte, Klein¹⁰⁸ aduz que os conceitos de caso fortuito e força maior são amplos e abarcariam eventos imprevisíveis e/ou aqueles previsíveis, mas de consequências não possíveis de dimensionamento. Portanto, a proximidade entre esses conceitos não autoriza tal distinção levada a cabo pelo legislador do RDC.

Desta forma, Dal Pozzo,¹⁰⁹ ao analisar os incisos mencionados, afasta sua ideia de taxatividade e afirma que se tratam de hipóteses meramente exemplificativas.

Inicialmente, considera que equilíbrio econômico-financeiro, insto no art. 37, XXI, da CF, tem a natureza de princípio jurídico, não podendo a norma legal – como o RDC – afastá-lo para os chamados ‘fatos do príncipe’, como acontece com o silêncio do inciso I (art. 9º, §4º, do RDC).

Acerca do inciso II, afirma ser mera repetição de texto da alínea ‘a’ do inciso I do art. 65 da LGL. E mais, os limites mencionados (de até 25% nas obras, serviços ou compras, e de

¹⁰⁶ Idem. p. 215.

¹⁰⁷ No mesmo sentido: MOTTA, Carlos Pinto Coelho.; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 146.

¹⁰⁸ KLEIN, Aline Lúcia. Alteração dos Contratos no RDC. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 415.

¹⁰⁹ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73.

até o limite de 50% em reforma de edifício ou de equipamento) nos casos dessas alterações qualitativas não são vinculantes, por vezes tendo sido excepcionados pelo TCU.¹¹⁰

Dal Pozzo¹¹¹ aventa um questionamento que se repete ao longo do estudo desse regime de execução contratual, mas não por isso menos relevante: “Se, na contratação integrada, não é a Administração que desenvolverá o projeto básico e, muito menos, o projeto executivo, como ela terá expertise de verificar a pertinência em se promover alguma alteração técnica para melhor cumprir com o objetivo da contratação?”

Assim, novamente as dúvidas retornam à capacidade técnica do Administrador Público em elaborar o anteprojeto e acompanhar a execução contratual. Existe o receio de que o Administrador fique refém das informações trazidas pelo particular contratado, sem possibilidades de contra argumentar técnica e juridicamente ou de demonstrar sua contrariedade aos projetos ora executados e fiscalizados. Essa desproporção de conhecimentos entre o público e particular é chamada de ‘assimetria de informações’, e para muitos representa ponto negativo para o regime de contratação integrada.

Por último, o autor reforça a ideia de que as exceções às vedações de aditivos contratuais não sejam taxativas, ao indagar a inexistência de previsão legal quanto às hipóteses de necessidade de dilação do prazo contratual.

Boselli¹¹² também alerta para o fato da contratação integrada não ter alcançado o objetivo de restringir os famosos termos aditivos:

Contudo, a legislação abre uma margem que, indubitavelmente, será o foco de inúmeros aditivos contratuais ao estabelecer que poderá ser alterado o contrato para modificar ou corrigir falhas ou omissões no anteprojeto. O resultado dessa regra é mais do que óbvio, anteprojetos com especificações insuficientes serão corrigidos por meio de aditivos contratuais para adequar a obra às necessidades da Administração.

Em sua avaliação final sobre a crítica aos aditivos contratuais, Klein¹¹³ considera que a ausência de clareza nas regras quanto ao rol restritivo das hipóteses de alteração contratual, por

¹¹⁰ TCU, Acórdão n.º 448/2011-Plenário, TC-011.298/2010-3, rel. Min. Aroldo Cedraz, 23.02.2011. e. TCU Acórdão n.º 3133/2010-1ª Câmara, TC-021.842/2008-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 01.06.2010.

¹¹¹ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 74-75.

¹¹² BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. O Regime Diferenciado de Contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2013. p.91.

¹¹³ KLEIN, Aline Lúcia. Alteração dos Contratos no RDC. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 425.

sua redação dúbia passível de questionamentos, são fatores de insegurança para o particular, que conseqüentemente cobrará preços superiores da Administração em suas propostas.

Apesar dessas críticas aos mencionados dispositivos legais de vedação dos aditivos contratuais, não há de que se falar em sua inconstitucionalidade material pura. Entende-se imperativo realizar uma interpretação dos incisos conforme a constituição (CF, artigo 37, XXI) a fim de se garantir o equilíbrio econômico-financeiro nas diversas situações aqui tratadas, tais como as decorrentes dos casos de ‘fato do príncipe’.

Indaga-se: na prática, como a contratação integrada pode reduzir os aditivos contratuais?

A resposta mais uma vez parece residir na maior acurácia possível do anteprojeto. Nesse particular, através de uma correta alocação dos riscos no momento da elaboração da matriz de riscos. Desta forma buscar-se-ia a alocação do risco para a parte que tenha melhor capacidade técnica de suportá-lo.

Acontece que essa transferência de porção maior de riscos ao particular, pela simples lógica econômica, significa um aumento do preço cobrado para realizar a obra ou serviço. O elevado preço final do contrato é apontado por Baeta¹¹⁴ como uma das desvantagens da adoção do regime da contratação integrada (por também seguir a empreitada por preço global) O autor cita alguns dos diversos riscos assumidos pelo construtor: geológico, hidrológico, de performance do empreendimento e de desempenho dos equipamentos.

A presidente do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - IBRAOP, e também servidora do TCE/MT, engenheira Narda Consuelo Silva¹¹⁵ critica a contratação integrada em vários aspectos, dentre eles quanto aos altos preços em suas licitações:

Houve redução dos descontos observados nas licitações – o que já representa um fator extremamente negativo. Além disso, ao não oferecer aos licitantes projetos básicos detalhados e consistentes, a Administração suprime informações imprescindíveis para avaliação de riscos e dos reais custos. Haverá eventos que impactam o custo que não foram adequadamente identificados e precificados pelos licitantes, que talvez não suportem o aumento sem revisão contratual. Ressalto ainda que a contratação integrada pode ser um cruel mecanismo de seleção adversa, em que justamente a licitante que pior fizer a avaliação dos riscos do empreendimento – e por isso ofertar menor preço – será a contratada para executar a obra. (grifou-se)

Ante o exposto neste tópico, conforme fundamentado por diversos autores, haja vista as mazelas costumeiramente ocorridas nas licitações tradicionais, percebe-se uma tentativa

¹¹⁴ BAETA, André Pachioni. Boas Práticas em RDC Regime Diferenciado de Contratações Públicas (slides). V Fórum de Controle. TCE/TO, Palmas, 12.nov.2013. Disponível em: <ead.tce.to.gov.br/rdc/images/stories/material/RDCtocantins.ppt> Acesso em: 06.mar.2015.

¹¹⁵ LIMA, Eduardo Campos. Leis & Normas: Entrevista com Narda Consuelo Vitério Neiva Silva,. In . Revista Infraestrutura Urbana. Ed. 37. São Paulo. PINI. Mar.2014. Disponível em: <http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/37/artigo308729-1.aspx > Acesso em 05.05.2015.

forçada do legislador do RDC em vetar os aditivos contratuais no que tange ao regime da contratação integrada. Essa vedação, contudo, não pode violar o equilíbrio econômico-financeiro consagrado na Constituição (art. 37, XXI). Nesta via, deve-se interpretar a restrição no sentido de uma adequada distribuição dos riscos do empreendimento entre o Público e o Particular, mormente, através da confecção da matriz de riscos, anexada ao anteprojeto.

4.2.4 Considerações às Críticas

Por fim, cumpre destacar a pertinência das críticas aventadas, que sem dúvida alguma merecem atenção dos operadores do direito envolvidos em licitações e contratações de obras ou serviços de engenharia realizadas pelo regime da contratação integrada. Essas críticas não dizem respeito a questões abstratas, mas sim a casos concretos dessas licitações, onde ganham tamanha importância. Daí a impossibilidade de se generalizar ou se afirmar que esses pontos críticos ocorram – ou ocorrerão – em todos os processos licitatórios desse tipo.

Ainda é cedo, porém, para se poder afirmar que a contratação integrada representa um regime de execução contratual que realmente traga a melhor solução para Administração Pública e especialmente para o Interesse público primário. Os resultados das licitações realizadas pelo regime em comento ainda estão sendo calculados – já existem casos de sucesso e igualmente de insucesso –, e sua análise é de grande complexidade, fugindo do escopo dessa monografia. Por certo, haverá vantagens e desvantagens, e ajustes a serem feitos em sua aplicação, tanto pela legislação, quanto pela jurisprudência de contas.

Marçal Justen Neto,¹¹⁶ em palestra realizada no ‘X Congresso de Direito da UFSC’, ao comentar o RDC e algumas de suas ferramentas, como o orçamento sigiloso e a contratação integrada, mencionou a existência da chamada “metáfora do pêndulo, ou seja, quanto mais discricionariedade é concedida ao administrador público, mais se aumenta a concorrência e competitividade dos particulares licitantes, todavia igualmente maior é a possibilidade de haver equívocos, corrupção ou fraudes entre os agentes públicos e privados envolvidos.”

Destarte, independentemente do texto da lei ou de sua interpretação, haverá ocorrência – em menor ou maior grau – de condutas equivocadas ou fraudulentas. É o que se tem observado quando se trata de maximização dos lucros do particular. O que deve haver no ordenamento democrático republicano é um harmonizado sistema de freios e contrapesos, a fim de se evitar

¹¹⁶ JUSTEN NETO, Marçal. Direito da concorrência das licitações. Palestra realizada no “X Congresso de Direito da UFSC” em 17abr.2015, Florianópolis. 2015.

ou minimizar erros ou outros desvios e, por conseguinte, melhor a qualidade do uso dos recursos públicos.

Torna-se imperativo aumentar a transparência do processo licitatório, desde seu planejamento, análise das propostas, execução, fiscalização e usabilidade do objeto licitado. São primordiais os mecanismos de controle institucionais tais quais o Controle Interno dos Órgãos, Controle Externo exercido pelos Tribunais de Contas, Polícia Investigativa, Ministério Público, Poder Judiciário, e igualmente, o Controle Social. O último, todavia, ainda de baixo impacto em nosso país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após este estudo desenvolvido na seara licitatória, com foco no regime de contratação integrada previsto no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, pode-se concluir:

A Lei nº 8.666/1993, seguindo preceitos constitucionais, estabelece regras gerais acerca das licitações e contratos administrativos no Brasil. Referida lei objetivou trazer legalidade e moralidade ao processo licitatório e, assim, buscar a maior vantajosidade à Administração Pública, priorizando a opção de menor preço na maioria dos casos.

Por outro lado, o que se viu foi burocracia demasiada e lentidão nestes certames. Assim como, por vezes, a opção vencedora era de qualidade aquém da esperada pelo interesse público. Da mesma forma, a hodierna tecnologia não poderia ser prevista àquele tempo.

Algumas melhorias pontuais à LGL e ao sistema licitatório foram realizadas, como as Leis do Pregão, das Concessões, das Parcerias Público Privadas, e das Agências de Publicidade. A despeito disso, há tempos busca-se uma reformulação total da LGL no Congresso, porém sem muitos consensos dentro do Poder Legislativo Federal.

Concomitantemente, o Brasil assumiu a responsabilidade de organizar grandes eventos esportivos – sendo os principais a Copa do Mundo de 2014, e as Olimpíadas de 2016. A necessidade de agilidade nessas licitações e contratações de grandes obras de infraestrutura para tais eventos fez com que o Governo Federal tentasse alterações de regras licitatórias específicas.

Diante do insucesso inicial em aprovar essas medidas no Congresso Nacional, a base aliada ao Governo optou por inserir, no Projeto de Lei de Conversão – PLV 17/2011, dispositivos alheios a matéria originalmente prevista no texto da respectiva MP nº 527/2011. O projeto contendo os novos dispositivos foi aprovado em ambas as casas legislativas, restando convertido em Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011 e ato contínuo, instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Nesse aspecto, a inconstitucionalidade formal de toda a Lei do RDC é questionada sob os argumentos: a) de não terem sido observados os pressupostos da urgência e relevância necessários à edição da MP; b) de ocorrência de abuso no poder de emendar a MP e violação do devido processo legislativo. A defesa contra argumenta que: a) tais pressupostos são de análise de conveniência exclusiva do chefe do executivo, e; b) de ter sido cumprido no Congresso, o devido processo legislativo, pois haveria pertinência temática nas matérias. Ainda aduz não haver vedação expressa quanto à emenda de temas estranhos a MP em sede de seu projeto de conversão em lei.

O escopo do RDC vem sendo gradativamente ampliado para ações e obras em diversas áreas de infraestrutura como: aeroportos, PAC, SUS, estabelecimentos penais ou socioeducativos, segurança pública, sistemas públicos de ensino. Também vem sendo adotado por estados e municípios em legislações próprias.

O RDC é visto como um verdadeiro teste legislativo, no qual seus erros e acertos serão revistos e considerados no momento de discussão da nova lei de licitações, aplicando-se suas ferramentas aos certames tradicionais.

Materialmente, o RDC concatenou diversas regras licitatórias presentes em outros regulamentos e leis brasileiras ou importando de outros ordenamentos jurídicos. Além do regime de contratação integrada, destacam-se: a inversão de fases, remuneração variada, contratos de eficiência, sigilo do orçamento estimado, sistema de registro de preços, fase recursal única, indicação de marca ou modelo.

Percebe-se o intuito legal de fornecer à Administração Pública ferramentas para que, no caso concreto, possa discricionariamente moldar a licitação e sua contratação, a fim de melhor atingir os objetivos do interesse público.

A contratação integrada é um regime de execução contratual reservado para a execução de obras e serviços de engenharia. Nele o particular elaborará e desenvolverá os projetos básico e executivo, a execução e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Teoricamente, a contratação integrada visa suprir um dos maiores problemas das licitações no Brasil – senão o maior deles - qual seja, o planejamento e elaboração de projetos. Além de dar celeridade ao processo de licitação e contratação.

A escolha deste regime deve ser justificada técnica e economicamente, seu objeto estar envolvido com inovação técnica, possibilidades de utilização de diferentes metodologias, ou ainda de execução por tecnologia de domínio exclusivo no mercado.

O Anteprojeto de Engenharia deve definir o objeto da licitação de forma clara e precisa. Dentre os documentos que o acompanham constará a Matriz de Risco. Esta deverá explicitar os riscos inerentes ao contrato e principalmente reparti-los objetivamente, atribuindo ao particular ou ao Público as responsabilidades advindas de eventos posteriores à contratação.

O critério de julgamento destas licitações poderá ser definido dentre os seguintes: Menor Preço, Maior Desconto, Maior Retorno Econômico e, Técnica e Preço.

O RDC nos casos de contratação integrada, previu a vedação de termos aditivos, exceto nas hipóteses: (i) de caso fortuito ou força maior para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente; (ii) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para

melhor adequação técnica, a pedido da Administração, desde que não decorrentes de erros ou omissões do contratado.

Ocorre que essas medidas restritivas para adicionais contratuais não podem ser tidas como taxativas, segundo as doutrinas pesquisadas, por macular o equilíbrio econômico-financeiros dos contratos, devendo-se, pois, utilizar da atual interpretação dada a mesma matéria na LGL.

Estão em trâmite perante ao Supremo Tribunal Federal – STF, ainda sem julgamento iniciado, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nº 4.645 e nº 4.655. Especificamente, no que tange a contratação integrada, é alegado a violação dos princípios da moralidade, isonomia, competitividade, impessoalidade e julgamento objetivo.

O presente estudo conclui pela constitucionalidade dos dispositivos referentes a contratação integrada, não podendo se falar em ofensa aos princípios mencionados. Ademais, o regime possibilita a concretização dos princípios da eficiência e economicidade.

Outrossim, deve-se reputar pertinentes as principais críticas imputadas pela doutrina, a citar: a verdadeira capacidade técnica da Administração elaborar o anteprojeto ideal; a possibilidade de baixa qualidade da obra ou serviço licitado em face da ambição por redução de custos pelo contratado, e; a vedação dos aditivos contratuais revertendo-se em eventual elevação preço final do contrato frente aos riscos assumidos pelo particular.

A deficiência no planejamento produz uma álea que gera prejuízos tanto ao particular quanto ao ente público, perdas essas multiplicadas pela mora, os custos inflacionais e o tempo que os cidadãos sofrerão com as obras/serviços e, principalmente, por não usufruir de sua conclusão.

A contratação integrada representa uma tentativa de eliminar – ou ao menos reduzir – esses riscos causados pelo mau planejamento, mas certamente não é um bálsamo em si. Isso porque permanece a necessidade de um planejamento mínimo quanto: a) a utilidade de transferir os encargos técnicos ao particular; b) a viabilidade de controlar a atividade do futuro contratado, preservando a autonomia que lhe é conferida para justificar a adoção da contratação integrada.

A ausência do projeto básico certamente trará novas questões para a Administração Pública quanto a execução do contrato. Serão necessárias, igualmente, novas respostas. Deve-se aumentar o conhecimento de parâmetros para orientar de forma suficiente a elaboração de propostas, assim como para analisá-las objetivamente e, posteriormente, controlar-lhes sua execução e entrega do objeto licitado.

REFERÊNCIAS

- ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR 6492:1994**. Representação de projetos de arquitetura. 30.04.1994. 27 p.
- ACHE, Andréa. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas** (*slides*). XI Semana de Administração Orçamentária, Financeira e de Contratações Públicas. ESAF - Escola de Administração Fazendária, MPOG. 2014. (113 *slides*) Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/a_esaf/sao-paulo/arquivos/rdc-regime-diferenciado-de-contratacao.pptx> Acesso em: 20.mai.2015.
- BAETA, André Pachioni. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Aplicado às Licitações e Contratos de Obras Públicas**. São Paulo: PINI, 2014. 454 p.
- _____. **Boas Práticas em RDC Regime Diferenciado de Contratações Públicas** (*slides*). V Fórum de Controle. TCE/TO, Palmas, 12.nov.2013. Disponível em: <ead.tce.to.gov.br/rdc/images/stories/material/RDCtocantins.ppt> Acesso em: 06.mar.2015.
- BOCCHINI, Caio Henrique. **Regime Diferenciado De Contratações Públicas (Inconstitucionalidades Formais)**. 2013. 59 p. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina –UFSC, Florianópolis, 2013.
- BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. **O Regime Diferenciado de Contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico**. 2013. 159 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06.mar.2015.
- _____. **Decreto Nº 2.745, de 24 de agosto de 1998**. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art . 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 ago. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm>. Acesso em: 05.mar.2015.
- _____. **Decreto Nº 7.581, de 11 de outubro de 2011**. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. (Redação dada pelo Decreto nº 8.251, de 2014). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 05.mar.2015.
- _____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 05.mar.2015.
- _____. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política

Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 ago. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 05.mar.2015.

_____. **Lei 12.462, de 05 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da (...). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 25.jun.2015.

_____. **Medida Provisória n.488**, de 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/488.htm>. Acesso em: 29 mai. 2015.

_____. **Medida Provisória n. 489**, de 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/489.htm>. Acesso em: 29 mai. 2015.

_____. MPF. Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do MPF: **Nota técnica do MPF ao projeto de lei de conversão da MP 512**, p. 4. Disponível em: <<http://5ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupo-de-trabalho/grupo-de-trabalho-copa-do-mundo-no-brasil-em-2014>>. Acesso em: 05.mar.2015.

BRITO, Julia Fernandes de. **O novo campo de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.** 2013. 86 p. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina –UFSC, Florianópolis, 2013.

COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. **As licitações sustentáveis na ótica do controle externo.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2493672.PDF>>. Acesso em: 06 mai 2015.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações:** a contratação integrada e seus reflexos. *In:* CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 61-76.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009. (864 p.)

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA.2008-2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO>>. Acesso em: 19.abr.2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE ENGENHARIA. **OT-002/2014-IBRAENG:** elementos mínimos para anteprojetos de engenharia. Fortaleza, 2014. Disponível em: <www.ibraeng.org>. Acesso em 04.abr.2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 14ª Ed. São Paulo: Dialética, 2010. 991 p.

JUSTEN NETO, Marçal. **O RDC e as reformas das leis de licitações**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 87, maio.2014. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=87&artigo=1144&l=pt>> Acesso em 04.abr.2015.

_____. **Direito da concorrência das licitações**. Palestra realizada no “X Congresso de Direito da UFSC” em 17abr.2015, Florianópolis. 2015.

KLEIN, Aline Lúcia. **Alteração dos Contratos no RDC**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 407-425.

KLEPER, Alfredo; PERSSON, Erik e PORTO, Ricardo. ET AL. **Regime Diferenciado de Contratações – Contratação Integrada em Foco**. Departamento de Licitações - Universidade Federal de Santa Catarina – DPL/PROAD/UFSC. Out.2014. Disponível em: <http://licitacoes.ufsc.br/?page_id=442>. Acesso em: 05.mar.2015.

LEE, Eduardo da Rocha. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aspectos controvertidos da Lei nº 12.462/11*. 2013. 29 p. Artigo Científico (Pós-Graduação *Lato Sensu*) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

LIMA, Eduardo Campos. **Leis & Normas: Entrevista com Narda Consuelo Vitório Neiva Silva**. In . Revista Infraestrutura Urbana. Ed. 37. São Paulo. PINI. Mar.2014. Disponível em: <<http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/37/artigo308729-1.aspx> > Acesso em 05.05.2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2013. 489 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. (1138 p.)

MEIRELLES, Hely Lopes.. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (872 p.)

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública - a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho.; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 385 p.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. (1062 p.)

OCDE, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação**. 3ª ed. FINEP — Financiadora de

Estudos e Projetos (Trad). 2005. 184 p. Disponível em: <<http://www.uesc.br/nucleos/nit/manualoslo.pdf>>. Acesso em 20.05.2015.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Financiamento dos serviços de limpeza urbana: campo adequado para as parcerias público-privadas**. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. P. 219.

REIS, Luciano Elias. **Regime Diferenciado de Contratações** (Palestra). in: OABSC. Seminário de Licitações: O Regime Diferenciado de Contratações e Licitações Sustentáveis. Florianópolis. 08.dez.2014

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. **Algumas inovações que o PLS 559/2003 tenciona introduzir o âmbito das licitações públicas**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 90, agosto.2014. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=90&artigo=1167&l=pt>> Acesso em 04.abr.2015.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. **A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 149-167.

SANTOS, Gabriella Marques de Azevedo dos. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz das ADINS 4645 e 4655 – Análise Crítica**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro – FGV DIREITO RIO, Rio de Janeiro, 2012. 73 p.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de manifestação de interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas**. 2013. 500 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2013.

SCHWIND, Rafael Walbach. **Alterações no RDC: a Medida Provisória n 630 e as modificações de lei de conversão**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 86, abril.2014. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=86&artigo=1137>> Acesso em 04.abr.2015.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Licitação – Linhas Gerais e Aspectos Destacados**. Artigo. In: Revista CEJ, Brasília, p. 80 - 95, 05 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18973-18974-1-PB.html> > Acesso em 05.03.2015.