

## RECENTES ALTERAÇÕES E PERSPECTIVAS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES NAS OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Alécia Paolucci Nogueira Bicalho

**Sumário:** 1. O atual ambiente das contratações de obras e serviços de engenharia. 2. A tendência de transição para um novo regime: RDC e PLS 559/13. 3. A patologia das contratações de obras e serviços de engenharia. 4. O papel dos regimes preferenciais do RDC. 5. Alterações da Lei nº 12.980/13 (conversão da Medida Provisória nº 630, de 2013). 5.1 Diretrizes do RDC. 5.2 Contratação integrada. 5.3 Breve registro sobre a possibilidade de manutenção e operação do bem pelo executor (art. 1º, § 3º do PLV 01/2014, rejeitado pelo Senado Federal). 6. Conclusão.

### 1. O atual ambiente das contratações de obras e serviços de engenharia

A estabilidade das relações entre a Administração Pública e a iniciativa privada é um dos sustentáculos da realização do princípio constitucional do desenvolvimento nacional sustentável.

O Poder Público necessita dessa parceria, quer a *expertise* da iniciativa privada, sua eficiência, suas técnicas; esta, a seu turno, quer os negócios públicos como meio de realizar seus fins, entre os quais a percepção do legítimo lucro.

Nos contratos que visam à implantação de infraestrutura vinculada à prestação de serviços, públicos ou não públicos, é noção corrente o uso das delegações, via suas espécies de *concessões comuns* (Lei nº 8.987/95), *patrocinadas*, ou *administrativas* (Lei nº 11.079/04). Os dois primeiros regimes são, por natureza, desorçamentados, total ou parcialmente.

Os contratos de obras e serviços de engenharia, orçamentados, constituem tradicionais instrumentos de implantação das infraestruturas físicas de que a Administração Pública necessita. Estes contratos se referem às *obras*, propriamente ditas, ou aos *empreendimentos*, sempre que envolverem, além da construção, as etapas de montagem, testes, pré-testes, enfim, todos os serviços e prestações necessários à entrada do bem em operação.

Estas contratações, regidas pela Lei nº 8.666/93, e, mais recentemente, pelo regime *alternativo* do RDC (aplicável segundo o critério material do art. 1º da Lei nº 12.462/11), afiguram-se úteis à Administração Pública não apenas isoladamente, mas também quando consideradas como meio de desonerar as projeções financeiras das desestatizações de longo prazo, potencializando a atratividade ou mesmo garantindo a viabilidade dos projetos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cite-se, a título de exemplo, o processo do Trem de Alta Velocidade (Edital ANTT 1/2010). No primeiro modelo aventado, o valor das obras civis, infraestrutura e edificações sobrecarregaram a tal ponto a viabilidade do projeto, que a modelagem foi alterada para se retirar da etapa de operação o ônus do concessionário construir a infraestrutura, que ficou com o Poder Concedente. O projeto foi fracionado o projeto em 3 etapas: 1ª - escolha do operador; 2ª - execução das obras civis, a cargo do Poder Concedente; e 3ª - execução da infraestrutura e edificações, também a cargo do Poder Concedente. Simultaneamente, alterou-se o critério de julgamento do *menor valor da tarifa* para a *maior outorga*, calculada em função do número trens-quilômetro equivalentes movimentados, observado um valor mínimo. Foi preciso a disponibilidade do Governo Federal em (i) ceder um financiamento em condições especiais ao empreendedor do projeto; (ii) participar do projeto em termos de aporte de capital; e (iii) garantir desoneração tributária ao projeto. O pagamento de outorga vinculado-se à entrega do subtrechos. No exame do modelo reformulado (Processo TC-002.811.2006-6, Acórdão 3349/2012, 2º. Estágio), o TCU destacou que os riscos seriam os atrasos na obra e por isso enfatizou a importância de criar a obrigação do concessionário acompanhar esse desenvolvimento, sob pena de ter comprometida sua Taxa Interna de Retorno na operação.

Contudo, observa-se hoje, quanto às contratações de obras e serviços de engenharia, uma insegurança preocupante nas relações entre os setores público e privado. Parafraseando Sigmund Freud, vivemos a fase do *mal estar na contratação*.

Os desacertos do passado, relacionados em especial ao uso deturpado do regime de preço unitário, e às ineficiências dos projetos básicos postos em licitação, instalaram dois males que vem assombrado as obras públicas: um, o terror dos gestores, que tem receio do erro e da responsabilização; e outro, o terror do particular, escalavrado com os passivos surgidos *a posteriori* à conclusão e entrega das obras.

Não se diga que esse clima de insegurança jurídica terá sido efeito do controle de gastos e de resultados legitimamente exercido pelos órgãos de controle, em especial o Tribunal de Contas União. Tal afirmativa seria ingênua, senão injusta, além de tecnicamente incorreta.

Na verdade, os resultados dessa tutela não fizeram mais do que expor o óbvio: a falibilidade e o esgotamento do sistema, ambos refletidos nas práticas a que nos referimos acima, como desacertos do passado.

Não se cogita aqui de defender o RDC como o “salvador da pátria”, o que até se poderia aventar, desde que feitas as pertinentes ressalvas quanto à latitude dos modos de disputa e dos critérios de julgamento disponibilizados com certa fatura, indiscriminadamente, às licitações de obras e serviços de engenharia, independentemente de sua complexidade ou vulto.

Contudo, o objetivo nesse momento é tão somente fotografar o contexto histórico da instituição do Regime Diferenciado de Contratações, à luz das distorções do sistema vigente.

A introdução do RDC na legislação pátria ocorreu num cenário de notória dupla patologia instaurada nas licitações e contratos de obras públicas, pela qual a Lei nº 8.666/93 tem sido injustamente responsabilizada, e que o regime diferenciado “busca” extirpar.

Marçal Justen Filho destaca, com realismo, que o problema não reside propriamente na Lei nº 8.666/93, e não pode ser solucionado mediante uma simples alteração legislativa.<sup>2</sup>

Houve quem levantasse a bandeira de que o orçamento sigiloso previsto no RDC, hoje relativizado pela jurisprudência do TCU, seria a solução contra os conluios e a corrupção.

Ora, as leis são aplicadas por mãos humanas, que como tal erram, suscitam diferentes vertentes de interpretação, segundo a largueza dialética que caracteriza o Direito, enfrentam dificuldades de acesso à informação.

Bem por isso, na linha do que decidiu o Tribunal de Contas da União em processo relatado pelo Ministro Valmir Campelo, à maior margem de discricionariedade outorgada ao gestor no âmbito do RDC corresponde um maior dever de motivação; princípio, aliás, caro ao direito administrativo e reiteradamente prestigiado por aquele Tribunal.

Por outro lado, também o formalismo excessivo, que ultrapassa o caráter meramente formal inerente ao ato administrativo, e não é solução, daí a evolução dos procedimentos de saneamento admitidos pela lei do RDC, na linha das PPPs<sup>3</sup>.

Além disso, a propensão para praticar o bem ou o mal é uma contingência da psiquê humana, que nenhuma lei ou punição é capaz de extirpar.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários ao RDC: (Lei nº 12.462/11 e Decreto nº 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 158.

<sup>3</sup> Cite-se palestra proferida pelo Professor Joel Menezes Niebuhr: *Formalismos e formalidades nas licitações: parâmetros e limites para identificação de proposta mais vantajosa* durante o 12º Fórum Brasileiro de Contratação e Gestão Pública – Eficiência e segurança nas contratações públicas, Brasília, 30 de maio de 2014.

Mas um fato é inquestionável. Os embates e efeitos corretivos dessas verdadeiras metamorfoses contratuais vivenciadas nos últimos anos foram severamente sentidos pelos gestores responsáveis e pelas empresas contratadas.<sup>4</sup>

Prevalece no momento um clima de antagonismo incompatível com a natureza *cooperativa* que deve permear a execução do contrato administrativo, segundo lições de Hely Meirelles e Arnold Wald. A impressão que se tem é a de se participar de um jogo, um jogo de *ganha-perde*, enquanto a regra deveria ser *ganha-ganha*; no momento, a sensação é de estarmos todos no *perde-perde*.

Essa relação associativa que deveria se basear em interesses mútuos, a despeito de contrapostos, segundo a noção de contrato administrativo, está míope. Atingiu-se um ponto de alto desgaste das parcerias público privadas nos negócios orçamentados, de forma que a insegurança jurídica grassa em todos os níveis da relação, com frustração e desmotivação geral e recíproca.

Este sentir é um sinal de alerta para a possível inoperância do sistema vigente.

O Presidente do Tribunal de Contas da União, Ministro Augusto Nardes, tem destacado que a gestão pública brasileira ressenete-se de **planejamento** e de **capacitação** e tem se empenhado no aprimoramento de condutas de governança.<sup>5</sup>

As leis são boas; mas para que se tenha avanço, é preciso que sejam aplicadas com eficiência. Os interesses políticos e econômicos devem se curvar à *maturidade cívica*, na feliz expressão de Márcio Cammarosano, empregue ao abordar o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de PPPs<sup>6</sup>. Lá, como aqui no RDC, em especial na contratação integrada, há que se abolir a ideia equivocada de que trespassar encargos ao particular implica transferir-lhe todos os riscos, inclusive a álea extraordinária.

A assimetria de noções e de princípios tem dificultado a superação desse cenário de insatisfação e anti-eficiência, em que pese o esforço legislativo no sentido de modernizar o trato do negócio público, buscando eficácia, agilidade e segurança de processos, com mecanismos aptos a conferir a necessária estabilidade aos contraentes.

## 2. A tendência de transição para um novo regime: RDC e PLS 559/13

Quando a Lei nº 8.666/93 revogou o Decreto nº 2.300/86, os operadores das licitações foram obrigados a se adaptar de imediato ao novo regime. As minudências de regramento a que a LNL chegou dispensaram regulamentação, dado o caráter detalhista e regrado do texto.

Um experiente diretor jurídico de grande construtora nacional, caro amigo de longa data, descreveu o fenômeno vivenciado naquela ocasião, dizendo que a lei, então nova, sangrou as empresas por dois anos.

<sup>4</sup> No recente 12º Fórum Brasileiro de Contratação e Gestão Pública – Eficiência e segurança nas contratações públicas, a Professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro proferiu palestra intitulada *Regime Diferenciado de Contratações: uma perspectiva crítica*. Brasília, 30 de maio de 2014. Em sua exposição, a Professora abordou os aspectos positivos do RDC e deixou a seguinte questão: se a contratação é efetivada com base em orçamento fixado como limite superior fechado, para a execução de projeto definido pelo contratante, a quem caberia a efetiva responsabilidade por eventual sobrepreço ou superfaturamento?

<sup>5</sup> A Revista do Tribunal de Contas da União (Brasil – ano 45 – número 127 – maio/agosto 2013, p. 13 e 16) traz matéria intitulada “Diálogo Público”, em que se comenta a busca por aprimorar a governança pública em todo o país e o papel de destaque do TCU em, sem abrir mão do controle, atuar de forma mais pedagógica para auxiliar os gestores a adotar medidas que evitem, já na origem, irregularidades que se repetem, ano após ano, como sobrepreço, superfaturamento, licitação irregular, falta de projeto básico ou executivo, e inadequação dos estudos ambientais. A mesma Revista traz do Presidente, Ministro Augusto Nardes, intitulado *O Controle Externo como indutor da governança em prol do desenvolvimento*. (<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>, acesso em 02/06/14).

<sup>6</sup> Palestra proferida durante o 2º Fórum Brasileiro de Contratações Públicas e Infraestrutura – 10 anos da Lei de Parcerias Público-Privadas – PPPs: balanço e perspectivas, Brasília, 28 de maio de 2014.

Enquanto a Lei nº 8.666/93 veio adquirindo maturidade, assistimos a adaptações e ajustes no sistema de compras e de contratações de serviços, em geral; o que não atendia foi sendo aperfeiçoado *a latere* da LNL, como se viu quanto à lei do pregão, às contratações dos serviços de publicidade, entre outros inúmeros exemplos que poderiam ser citados. Foram muitos esforços no sentido de se enquadrar amplamente as contratações de obras no sistema do pregão, o que felizmente não prosperou, por evidente incompatibilidade jurídica e técnica de conceitos.

Também nesse período, a Lei de Responsabilidade Fiscal representou significativa conquista ao trazer o conceito de *responsividade* na gestão dos recursos públicos, com parâmetros e referências de controle do poder de gasto e do planejamento orçamentário.

As desestatizações processadas pelas Leis 8.987/95, 11.079/04, bem como o marco regulatório de diversos setores de infraestrutura também tiveram seus conceitos e institutos modernizados, como reflete a evolução legislativa<sup>7</sup>, num movimento mais assertivo iniciado a partir da Lei 12.349, de 2010, que inseriu o desenvolvimento nacional sustentável entre os princípios das licitações, no *caput* do art. 3º da Lei de Licitações.

Toda essa evolução seguiu uma tendência de aprimoramento do sistema, numa vertente mais condizente com o conceito das relações entre público e privado, segundo a realidade contemporânea.

O RDC não foge à regra, e representa um amálgama desses institutos testados e depurados pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Embora o regime diferenciado tenha caráter normativo optativo, em relação à Lei nº 8.666/93, como decorre do §2º do art. 1º da lei, vivenciamos neste momento o fenômeno referido por Marçal Justen Filho, de *experimentação legislativa*.<sup>8</sup>

É imperioso reconhecer que um dos maiores méritos da Lei 8.666/93 foi ter se constituído como a base de construção da farta e rica jurisprudência hoje existente em tema de licitações, em especial no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Enfim, a celeridade e a eficiência tuteladas pelo regime diferenciado não justificariam um grau de simplificação da fase processual interna, que comprometesse a positiva evolução já obtida pelos órgãos de controle em temas arduamente desenvolvidos e aplainados. Espera-se, ao contrário, que a inteligência de tais matérias (*mutatis mutandis*) seja aperfeiçoada no âmbito do RDC.

Nesses quase vinte e um anos de vigência da Lei nº 8.666/93, as tentativas de sua alteração e modernização foram frustradas; seja pela latitude do trabalho, ou pelos interesses econômicos e políticos envolvidos, o PL 32/2007 não vingou.

A mais recente tentativa de alteração da Lei nº 8.666/93 está expressa no PLS 559/13. Relatado pela Senadora Kátia Abreu, o Projeto foi apresentado pela Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) – CTLICON – Tipo: Comissão Temporária do Senado Federal, e tem por finalidade “atualizar e modernizar a Lei nº 8.666, de 21 de junho, de 1993”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Apenas para citar alguns exemplos, *vide* Decreto nº 7.603, de 2011, que regulamentou as condições para aprovação dos projetos de investimento considerados prioritários na área de infraestrutura; Lei 12.815/13, no setor portuário; Decretos nº 7.624, de 2011 e nº 7.871, de 2012, destinado a alavancar o desenvolvimento da infraestrutura aeroportuária.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ... cit.*, p. 14. Palestra proferida no 11º Fórum Brasileiro de Contratação e Gestão Pública, Brasília, 23.05.13.

O art. 176 do Projeto revoga a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 e os arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462/11. Seu texto incorpora diversas nuances da sistemática do RDC, bem como dos demais diplomas que revoga, modernizando o sistema legal das contratações públicas, em seu conjunto. Consta de sua Exposição de Motivos que:

Reconhecidos os êxitos da legislação vigente, não faria sentido a simples substituição de suas cláusulas por regramento inteiramente novo. Por isso, em grande medida, o projeto pode ser entendido como uma proposta de compilação dos diplomas legais citados, acrescida de inovações<sup>10</sup>.

A inserção do RDC via Medida Provisória não contou com a aprovação de juristas e técnicos, por violência ao sistema legislativo, que demandaria a via adequada, da alteração da Lei de Licitações.

Esta circunstância, contudo, não elimina a importância do papel que vem sendo desempenhado pelo RDC, cuja aplicação há muito ultrapassou seu arco temporal e delimitado originariamente, do atendimento das contratações necessárias à preparação dos eventos esportivos das Copas e Olimpíadas.

Em que pese a forma escamoteada como surgiu no cenário nacional, o RDC foi cunhado para modernizar as contratações de obras e serviços de engenharia.

Segundo o ideal iluminista, o importante não é amar nem odiar: é compreender. Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcanti registraram em epígrafe a sua recém publicada obra sobre as contratações integradas: *“toda verdade passa por três estágios: primeiro, é ridicularizada; depois, violentamente combatida; e finalmente, aceita como evidente por si própria”* (Arthur Schopenhauer)<sup>11</sup>.

O Regime Diferenciado de Contratações, mais do que uma via de se processar licitações com rapidez, ou de uma forma *diferenciada*, numa conotação negativa de preferencialidade, como querem alguns críticos, implica sim numa mudança de paradigma das relações de contratação de obras e serviços de engenharia pelo Poder Público.

Essa realidade, adiante brevemente visitada, é confirmada pelo rápido avanço da ampliação do âmbito de aplicação da Lei nº 12.462/11, cujo art. 1º vem sendo sistematicamente alterado para a inserção de outros objetos de aplicação do regime: (i) a Lei nº 12.688, de 2012 incluiu ao art. 1º o inciso IV: ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); (ii) a Lei nº 12.745, de 2012 incluiu ao art. 1º o inciso V: obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); (iii) a Lei nº 12.722, de 2012 incluiu ao art. 1º o § 3º: obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino; e (iv) a Lei nº 12.833/13 incluiu o art. 63-A, § 1º: modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos.

Outras leis esparsas também previram a aplicação do RDC a determinados objetos, como é caso do art. 1º da Lei nº 12.873/13, que admite o regime diferenciado para as contratações pela CONAB (Companhia Nacional de Abastecimento), 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.

<sup>9</sup> Requerimento de criação: ATS nº 19 de 03.06.2013, 28.05.2013: Ato do Presidente do Senado Federal – 13.06.2013: Instalação em 22.12.2013: Prazo final prorrogado. Quantidade de membros: Senadores: 8 titulares.

<sup>10</sup> Relatório Final CTLICON, 23.12.13, p. 4.

<sup>11</sup> ALTONIAN, Cláudio Sarian e CAVALCANTI, Rafael Jardim, *RDC e Contratação Integrada na Prática – 250 questões fundamentais*, Belo Horizonte, Fórum, 2014.

A legislação de regência de alguns setores específicos da infraestrutura nacional também passaram a contemplar a aplicação do RDC às suas licitações e contratos. É o caso do “novo” marco regulatório do setor portuário, cujo art. 54, §4º, da Lei nº 12.815, de 2013 prevê que as contratações das obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária (PND II) poderão utilizar o RDC, segundo a Lei nº 12.462/11.<sup>12</sup> O art. 66 da mesma Lei prevê a aplicação subsidiária às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, do disposto na Lei nº 12.462/11, além das Leis nº 8.987/95 e nº 8.666/93.<sup>13</sup>

Também o art. 10 do Projeto de Lei nº 5.807/2013, contendo as proposições para o novo marco regulatório do setor minerário, prevê a aplicação da Lei nº 12.462/11 às licitações de concessão e autorização dos direitos de que trata.

Essa tendência ampliadora culminou com a proposta de alteração do art. 1º da Lei nº 12.462/11 pelo PLV nº 01, de 2014 -- que a seu turno alterava a Medida Provisória nº 630, de 2013 --, para prever a aplicação do RDC *a licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios*, extinguindo o critério de sua limitação material. Foi esta a redação apresentada no Parecer da Comissão Mista do Senado, da relatoria da Senadora Gleisi Hoffmann, que acolheu a Emenda nº 1 à Medida Provisória nº 630, de 2013, de autoria do Senador Inácio Arruda.

Em sessão de 08/04/14 a Câmara dos Deputados aprovou o texto final do PLV nº 01, de 2014, cujo texto, contudo, não logrou aprovação do Senado, em sessão de 20/05/14, onde os debates foram acirrados, em especial diante da tramitação, naquela Casa, do mencionado PLS 559/13, cuja votação deverá ser priorizada, em prejuízo da extensão do RDC da forma proposta.

Com isto, a Lei 12.980, de 2014, que resultou da conversão da Medida Provisória nº 630, de 2013, inseriu o inciso VI ao art. 1º da Lei do RDC, estendendo a aplicação do RDC às *obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo*.

Além das alterações pontuais citadas, ao art. 1º da Lei, até o momento, o Decreto 7.581, de 2011 foi alterado pelo Decreto 8.080, de agosto de 2013 e pelo Decreto 8.251, de 23 de maio de 2014.

De qualquer forma, e a esta altura, o cenário de estrita vinculação do RDC aos eventos esportivos que constituíram o mote de sua criação já se transmutou, na medida em que o escopo de sua aplicação vem sendo hodiernamente ampliado.

Por mais que a circunstância da *experimentação legislação* possa parecer tecnicamente *sui generis*, ou seja, duas leis de mesma origem constitucional regendo uma mesma matéria, não houve uma ruptura drástica com a Lei de Licitações, como se testemunhou em 1993.

E as ampliações da incidência do RDC confirmam nossas impressões iniciais quanto à tendência do regime avançar e se firmar de forma integrada ao sistema geral de licitações, mormente com o acordo do legislativo pela apreciação e votação do PLS 559/2013, que prestigia diversos de seus conceitos.

<sup>12</sup> Edital RDC Presencial nº 01/2014 – SEP – Porto de Santos – SP, DOU 24 fev. 14 e RDC Presencial nº 02/2014 – SEP – Porto de Fortaleza – CE.

<sup>13</sup> Vide artigos 5º, e 12 a 17 do Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, que regulamentou a Lei nº 12.815/13.

### 3. A patologia das contratações de obras e serviços de engenharia

A patologia largamente detectada na contratação de obras públicas situa-se, num primeiro momento, nas falhas da fase interna, preparatória das licitações. É corriqueiro que os projetos básicos destinados a instruir os editais ressintam-se de qualidade. Os reflexos dessa fragilidade são sentidos, num segundo momento, na execução dos contratos, diuturnamente afetados por tais imperfeições originárias, sob seus aspectos técnico, qualitativo, quantitativo e econômico-financeiro.<sup>14</sup>

Essa precariedade nuclear de planejamento foi agravada na Administração Pública brasileira pelo uso generalizado da empreitada por preço unitário. O regime firmou-se como uma “pseudo solução” de mais “simples” concepção para viabilizar de pronto o certame; e como uma “pseudo-vantajosidade de controle estrito”, por pagar-se exatamente o que for executado.

Para tanto, parte-se de antemão da premissa distorcida da “virtual facilidade” de se procederem os ajustes das lacunas e desacertos de projeto futuramente, na fase de execução, por meio de aditivos aos contratos.

Essa solução deficiente tem levado a uma gestão contratual permeada por alterações e não rara *dissociação* entre o *licitado* e o *executado*, nas palavras de Marçal Justen Filho; à descaracterização do projeto licitado; ao aumento do preço final das obras; à má qualidade ou inexecução de contrato; entre outras *desvantajosidades* ao erário.<sup>15</sup> O histórico das obras públicas demonstra a persistência de custos *lato sensu*, decorrentes das severas distorções cujas causas comenta o autor<sup>16</sup>.

A *latere* das mutações contratuais destinadas a corrigir falhas de projetos, a cultura do uso distorcido e indiscriminado da empreitada por preço unitário deu margem, ainda, a outros expedientes questionáveis relacionados à artificialidade ou manipulação dos preços, como o surrado jogo de planilha, sobrepreço e superfaturamento, apenas para citar alguns exemplos.<sup>17</sup>

A recorrência dessas práticas mereceu legítima tutela pelo Tribunal de Contas da União, cuja construção jurisprudencial consolidou mecanismos e determinações destinados a coibir os desvios — não sem consequências indesejadas (em que pesem inevitáveis), para os ordenadores e para as empresas contratadas.

---

<sup>14</sup> Vide ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas, licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 139.

<sup>15</sup> Em palestra proferida no 11º Fórum Brasileiro de Contratação e Gestão Pública, Brasília, 23.05.13 (*Licitações e contratos administrativos: novas e antigas questões*), Marçal Justen Filho abordou a incapacidade de planejamento adequado; (ii) a ausência de contratações satisfatórias; e (iii) a ineficiência e o desperdício dos recursos públicos.

<sup>16</sup> [...] a generalização da ausência de projeto executivo e, muitas vezes, a insuficiência do projeto básico conduziram à profusão da contratação sob regime de empreitada por preços unitários. A isso corresponde uma situação desastrosa na prática administrativa. Produziu-se uma *dissociação* relevante entre a licitação e o contrato efetivamente executado. As estimativas de custo obtidas na licitação não eram confirmadas durante a contratação. Os itens previstos originalmente e os quantitativos estimados eram alterados radicalmente durante a execução do contrato. Ou seja, o objeto licitado e contratado não guardava pertinência com aquele realmente executado. Ao longo da contratação e à medida da elaboração do projeto executivo, havia alterações contínuas que transformavam o contrato de modo significativo. Até por isso, o valor final desembolsado pela Administração não guardava relação com aquele contemplado na licitação. Isso gerava problemas jurídicos e práticos relevantes, com disputas reiteradas relativamente à observância do art. 65, §§1º e 2º, da Lei nº 8.666/93. JUSTEN FILHO. *Comentários...*, *op. cit.*, 2013, p. 157, 2013.

<sup>17</sup> “As insuficiências de estudos preliminares e as deficiências de projeto são a origem de todo o tipo de mazelas contratuais, como superfaturamento, desvio de objeto, fugas ao regular procedimento licitatório, ‘jogo de planilha’ e extrapolação aos limites contratuais de aditamento, só para citar algumas” (CAMPELO, Valmir; CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Obras públicas, comentários à jurisprudência do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 440).

Nesse cenário, sobressaiu uma aparente ineficiência do sistema da Lei nº 8.666/93 e o clima de insegurança jurídica e insatisfação recíprocos entre Poder Público e iniciativa privada, a que nos referimos.

Mas as alterações contratuais dessa categoria, reprimidas pelo TCU, o vem sendo porque em geral seus motivos se divorciam — sob os aspectos ideológico e legal —, dos fundamentos da mutabilidade contratual albergada pela teoria geral dos contratos administrativos e abrigada pela Lei de Licitações.

O permissivo de alteração dos contratos para *modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos* (art. 65, I, alínea “a”, LNL) destina-se a atender as situações conhecidas *a posteriori* à licitação, no curso da execução dos contratos. Não pretendeu o legislador que servisse de arrimo para “futura alteração contratual programada”, ou seja, quando se tem ciência, já na fase de licitação, da perspectiva de mudança de projeto por razões técnicas ou financeiras de eficiência do futuro contrato.

A mutabilidade acomodada em sede legislativa pelo art. 65 da LNL é aquela a que se refere Caio Tácito ao tratar do dever de alcançar plena eficácia na prestação contratada.<sup>18</sup>

Daí que esta forma viciada de lidar com o permissivo legal, da qual se impregnou a Administração Pública brasileira, transfigurou a autenticidade da mutabilidade dos contratos administrativos — na condição de característica indissociável de tais ajustes<sup>19</sup> —, para sua perversa metamorfose.

A premência de correção dessa realidade impôs, enfim, uma retração, em sede legislativa, do uso indiscriminado do regime de empreitada a preço unitário, categorizado pela Lei do RDC como exceção devidamente motivada; enquanto a empreitada a preço global, a empreitada integral e a contratação integrada são eleitas regimes preferenciais, como decorre dos §§1º e 2º do art. 8º.

#### 4. O papel dos regimes preferenciais do RDC

O RDC desempenha importante papel no aquecimento das parcerias com a iniciativa privada ao trazer diversos conceitos e instrumentos que o aproximam das dinâmicas praticadas no setor privado.

Os regimes preferenciais de contratação de obras e serviços de engenharia, indicados no art. 8º, § 1º da Lei nº 12.462/11, são a empreitada por preço global, a empreitada integral e a contratação integrada. O regime de preços unitários permanece como exceção, devendo ser utilizado motivadamente, nos casos de obras que carreguem em si uma *imprecisão congênita de quantitativos*, nas palavras do Ministro Valmir Campelo.<sup>20</sup>

Com isso, o RDC propõe uma renovação da própria essência das contratações de obras públicas no país, em especial do *modus* como a Administração deve lidar com a fase preparatória das licitações, que impõe um maior esforço de planejamento, prosseguido por eficiente gestão contratual.

Essa vertente amplia também a densidade do controle de legalidade a ser exercido sobre os atos da fase interna das licitações, em especial daqueles de motivação dos

<sup>18</sup> Vide TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 2, p. 1405.

<sup>19</sup> Vide MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 697; JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da mutabilidade dos contratos administrativos. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 89.

<sup>20</sup> Acórdão 1.977/2013, TCU-Plenário.



fundamentos da *decisão estruturada de contratação*, nas palavras de Carlos Pinto Coelho Motta.

A estrutura desses regimes preferenciais expressa claramente a ênfase da participação da iniciativa privada e uma repaginação dos contratos de obras públicas, uma vez que envolvem maior trespasse ao contratado de atribuições e encargos.

Principalmente na contratação integrada, em que caberá ao contratado a integral concepção e execução do empreendimento, com sua entrega em pleno funcionamento. Para tanto, não há projeto básico disponibilizado pela Administração Pública, mas anteprojeto de engenharia, de forma que o próprio projeto, a solução técnica, o método construtivo, e demais condições da execução do objeto são definidos pelo próprio contratado.

Essa perspectiva é o elo de compreensão dessa nova dimensão de contratar obras. Há uma profunda incisão, um “corte” nessa nova concepção, na contratação integrada, em relação à Lei 8.666/93. Há, na verdade, uma convergência conceitual das contratações orçamentadas e desorçamentadas.

Nesse aspecto, a tônica do RDC é precisamente a mesma das contratações desorçamentadas, as concessões, especificamente na linha de uma maior atuação do contratado. A Administração não quer mais obter “apenas” a obra, e sim o empreendimento pronto para utilização, segundo as diretrizes e especificações (no caso da integrada) do anteprojeto de engenharia.

E a quer bem feita. Então, quando a Administração transfere determinados encargos ao contratado, ganha densidade na contratação integrada a eficácia e eficiência na execução contratual, porque junto com esses encargos serão transferidos ao contratado os respectivos riscos, a serem devidamente remunerados – daí a necessidade de motivação pelo gestor quanto à efetiva *vantajosidade* do regime.

Nas concessões de serviços públicos, autossustentáveis por natureza, e nas PPPs, em que a remuneração do concessionário é lastreada em critérios de desempenho objetivamente aferíveis, o contratado tem interesse, motivação ou necessidade de erigir uma infraestrutura sólida, apta a futuramente viabilizar uma eficiente prestação de serviços e realizar a Taxa Interna de Retorno (TIR) projetada para o empreendimento. Sua remuneração ao longo da execução contratual será tão melhor quanto melhores forem as condições da infraestrutura edificada e, por conseguinte, de sua exploração mediante a prestação do serviço delegado.

No regime orçamentado isso não é uma realidade; por isso a lógica da contratação integrada se aproxima da desorçamentação, com essa dinâmica.

Então, consideradas em seu conjunto, num primeiro plano, a obrigatória preferência pelos regimes de empreitada integral, empreitada por preço global e da contratação integrada; e num segundo plano, especificamente a dinâmica de execução da integrada, apontam para a profunda alteração do eixo de gravitação das bases dos contratos de obras e serviços de engenharia, operada pelo RDC, em relação ao sistema da Lei de Licitações.

Numa visão analítica do RDC, no contexto contemporâneo das contratações públicas, a tendência viabilizada no regime preferencial da contratação integrada é captar a responsabilidade e o interesse do empreiteiro no sentido da boa execução e funcionalidade do empreendimento.

Mas, verdade seja dita, o RDC se aplica às contratações orçamentadas, donde essa “transferência de riscos” será sempre relativa, a despeito da vedação à celebração de termos aditivos, prevista no § 4º do art. 9º da Lei, e à luz do princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

Para mitigar a patologia de aditivos vivenciada no regime tradicional do preço unitário, na contratação integrada esses riscos são projetados em matriz de risco, remunerados por taxa de risco alocada no orçamento estimado, e garantidos em percentuais bem superiores àqueles da LNL.

Esta busca da eficácia na contratação fica potencializada por outros institutos e diretrizes da Lei nº 12.462/11.

## 5. Alterações da Lei nº 12.980/13 (conversão da Medida Provisória nº 630, de 2013)

### 5.1 Diretrizes do RDC

Destaquem-se entre as diretrizes do art. 4º da Lei nº 12.462/11, os incisos III e IV, este último ora com nova redação dada pela Lei nº 12.980/13, respectivamente: (i) busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância; e (ii) condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10.

Esses dispositivos têm sua congruência lógica na medida em que o inciso III assegura à Administração Pública a perspectiva do melhor aproveitamento da *expertise* da iniciativa privada, especialmente quanto aos **custos e benefícios diretos e indiretos**, e a outros fatores de igual relevância, cujas condições poderão integrar os critérios de aferição da maior vantagem da proposta, para a administração contratante. A disposição é bem explicitada no § 1º do mesmo dispositivo.

E o inciso IV já dava lastro à disposição que lhe antecede, viabilizando o estabelecimento de relação com o setor privado, na latitude em que se pretende via RDC, garantindo ao licitante condições compatíveis com as do setor privado. A Lei nº 12.980/14 inseriu as *garantias* entre tais condições com a finalidade de reforçar a efetiva perspectiva de segurança na execução dos contratos decorrentes do RDC, conforme justificado na Exposição de Motivos da Medida Provisória.<sup>21</sup>

Eliminou-se, com isso, a polêmica em torno da aplicabilidade (ou não), aos contratos do RDC, dos limites percentuais de garantia contratual previstos nos §§2º e 3º do art. 56 da Lei nº 8.666/93, de cinco e dez por cento, respectivamente.

A nosso ver, tais percentuais seriam, sim, inicialmente aplicáveis aos contratos do RDC, uma vez que o art. 39 da Lei nº 12.462/11 remete a regência dos contratos licitados sob sua égide à Lei nº 8.666/93, com exceção das regras específicas previstas na lei. Dito isso, aplicar-se-iam a tais contratos o bloco das disposições contidas nos arts. 54 a 80 da Lei nº 8.666/93.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> “Adicionalmente, a proposta de Medida Provisória, ora apresentada, explicita que as condições de prestação de garantias pelos licitantes e pelos contratados devem ser compatíveis com aquelas existentes no setor privado, de modo a se obter a conclusão das obras em proveito da Administração Pública contratante e do interesse público” (EMI nº 00287/2013 MP CGU MJ SDH. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2014). A seu turno, o texto da Medida Provisória foi profundamente alterado no âmbito do PLV nº 01/2014, com ampliações especificamente neste tema, a partir do acolhimento da Emenda nº 21, de autoria do Senador Francisco Dornelles, que propôs a inserção do art. 43-A da Lei nº 12.462. A proposta será comentada adiante, para meros fins de registro histórico, uma vez que referido Projeto foi **rejeitado** pelo Senado Federal.

<sup>22</sup> Em comentário ao inciso XIII do art. 8º do Decreto nº 7.581/11 — anterior à edição da referida MP — abordando a previsão de garantias e seguros no instrumento convocatório, Marçal Justen Filho expressou o seguinte entendimento: “O tema depende das regras da contratação e sua disciplina se subordina à Lei nº 8.666, por força do art. 39 da Lei do RDC”

Tal entendimento foi defendido pela unidade técnica do Tribunal de Contas da União no Relatório de Fiscalização nº 303/2013 (Edital RDC Presencial nº 232/2013-00 – DNIT), entre cujos achados a auditoria apontou excesso no percentual de 20% exigido a título de garantia contratual. Como então registrado, após oitiva da autarquia, “a unidade técnica permaneceu com o entendimento anterior, de que a regência legal para garantia contratual de contratos administrativos pelo RDC é o §2º, art. 56 da Lei nº 8.666/1993, aplicável por força do art. 39 da Lei nº 12.462/2011”.<sup>23</sup>

Assim, os editais da esfera federal já vinham manifestando a tendência de prever, além do seguro risco de engenharia, garantias de execução de contrato em percentuais substancialmente superiores àqueles previstos na LNL — em que pese a ausência de permissivo específico para tanto, na Lei nº 12.462/11. Pelo contrário, o que havia era a disposição de seu art. 39.

No processo citado, do TCU (anterior à edição da citada MP), a proposta de retificação do percentual de garantia não foi acolhida pelo Relator, Ministro Valmir Campelo, segundo o qual a contratação integrada fez surgir, no rol de garantias, um novo panorama que não havia sido previsto pelo art. 56 da Lei de Licitações. Seu entendimento foi no sentido de que, com efeito, o limite de garantias poderia ser superado, de forma motivada e proporcional aos riscos assumidos, não havendo irregularidade na extrapolação daquele limite.

O Ministro conferiu interpretação teleológica ao inciso IV do art. 4º da Lei, à luz da então ausente previsão legal expressa das *garantias* entre o elenco de condições compatíveis com as do setor privado, contempladas no dispositivo<sup>24</sup>.

---

(Comentários..., *op. cit.*, p. 251, 2013. Sobre a timidez e insuficiência das garantias praticadas nos contratos públicos *vide*: RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. *Manual Prático das licitações*: Lei nº 8.666/93. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 118 *apud* FURTADO, Madeline Rocha; SOUZA, Joaquim Furtado de. A garantia nas contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 136, p. 41, abr. 2013.

<sup>23</sup> *Vide* Relatório, TCU, Acórdão nº 2.745/2013, 09.10.13, Rel. Min. Valmir Campelo, p. 2 e 7-8. Em seu voto, o Ministro delimita o objeto do questionamento trazido pela unidade técnica e fundamentou sua decisão conforme segue: 22. Creio, de outro modo, que um juízo justo sobre a matéria — mesmo que perfunctório, nesta fase processual — deva passar por uma visão finalística; nem tanto gramatical. 23. O intuito da instituição das garantias contratuais na Lei de Licitações, logicamente, é resguardar a Administração de eventual prejuízo ou inadimplemento do objeto, fruto de responsabilidade da contratada. Os limites estabelecidos, nesse norte, seriam os necessários e suficientes para cumprir esse desiderato, sem, todavia, onerar desnecessariamente o contrato de tal forma a restringir, em demais, a participação de potenciais concorrentes. Prêmios muito altos de seguros tendem a ser por demais custosos. [...] 24. O objetivo inscrito no art. 4º, inciso IV, da Lei nº 12.462/2011 — tido como uma das diretrizes do RDC — não é outro, que não acautelar eventual prejuízo. Esse dispositivo, contudo, foi inserido em um contexto muito mais específico, relacionado à forma de entrega e pagamento do objeto (condições de aquisição, seguros e pagamento). Essas condições não de obedecer às práticas correntes do mercado, como requisito para a obtenção da melhor proposta (sob o risco de não tê-la). [...] 30. Acredito, assim, que o “Seguro-Garantia” remetido no art. 56 da Lei de Licitações tratou a questão de maneira ampla. Tal opção é mais uma possibilidade de garantia a ser escolhida pela contratada para acautelar, de forma global, eventual inadimplemento.

<sup>24</sup> 31. A diretriz enraizada no inciso IV, do art. 4º do RDC, ao contrário, foi mais específica. No contexto em que está inserido, **sempre que as características do objeto assim o motivarem (por requisitos próprios do mercado), há de se estabelecer a respectiva contrapartida acautelatória, em proporção e em coerência às respectivas condições de aquisição, seguros e de pagamento. Os cuidados proporcionais ao risco são, nesse caso, requisitos indissociáveis para a garantia da melhor proposta.** 32. Isso visto, por se tratar de uma contratação integrada, **com condições de execução e pagamento muito especiais**, entendo que, igualmente, não de existir resguardos proporcionais aos maiores riscos assumidos pela Administração, em termos de inadimplemento do objeto. Essa garantia primeira — a da melhor proposta — é o valor fundamental a ser seguido em qualquer contratação e, por isso, foi inscrita como diretriz das contratações baseadas no RDC. 33. Existe, nas contratações integradas um tripé de coerência na concepção dos empreendimentos. A matriz de riscos, os elementos do anteprojeto e os seguros devem ser idealizados de forma integrada; elaborados em um planejamento cuidadoso, de forma a, em conjunto, diminuir os riscos da contratação. Quanto maior a liberdade conferida para o particular inovar e assumir riscos, menor será, em tese, a necessidade de detalhamento do anteprojeto e maior deverá ser a cobertura de seguros, para contrapor o potencial inadimplemento. 34. Em um modo de pensar, para as parcelas do empreendimento mais simples, em que a Administração tem meios de melhor detalhar a solução em anteprojeto (por absoluta simplicidade e pequeníssima vantagem de os particulares competirem em termos de metodologia construtiva), mais conveniente detalhá-los no anteprojeto e exigir a identidade em sua feitura. Os riscos dessa parcela, por conseguinte, serão da Administração. 35. Ao contrário, para aquelas frações mais complexas, tanto se libere as contratadas para propor, cada qual, a sua metodologia, quanto, por consequência, se transfira os respectivos riscos para o particular. No que se refere à viabilidade da cobertura de

Assim, a Lei nº 12.980/14 veio corroborar integralmente tal raciocínio, fixando definitivamente a diretriz legitimadora da exigência de garantias de execução contratual em percentuais superiores àqueles da LNL, para os contratos decorrentes do RDC.

Anote-se que o PLV nº 01, de 2014, rejeitado pelo Senado Federal, avançava no tema, conforme redação proposta ao art. 43-A da Lei nº 12.462/11.<sup>25</sup>

A nosso ver, como fartamente sustentado no voto acima transcrito, e ora prosseguido na alteração legislativa proposta – **não aprovada** –, a elevação desses percentuais, com demanda de garantias mais robustas pela Administração Pública, é uma contingência da própria concepção do RDC, em especial da contratação integrada, que envolve amplo trespasse de encargos e riscos ao contratado. Novamente faz-se presente a semelhança com os regimes de delegação, e os *step-in-rights* que lhes são típicos.

Ainda entre as diretrizes, o mesmo inciso IV remete ao art. 10 da Lei do RDC, segundo o qual, na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada 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.

O instituto tem precedente em regulamentos próprios de empresas paraestatais.<sup>26</sup> Também o art. 5º da Lei nº 11.079/04, que dispõe sobre as PPPs, elenca entre as cláusulas contratuais obrigatórias os “critérios objetivos de avaliação de desempenho do parceiro privado” (inciso VII). E o então parágrafo único (renumerado no atual §1º do art. 6º da Lei nº 11.079/04, pela Lei nº 12.766/12) já tratava da possibilidade do contrato prever pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Essa disposição sofre, na prática, a dificuldade de ser limitada ao valor do orçamento disponível para a contratação do objeto.

A se considerar tais ditames em seu conjunto, vê-se que os objetivos e as diretrizes tradicionais vieram potencializados por ferramentas criadas ou importadas de institutos típicos das delegações, destinadas a pôr em operação suas premissas e assim gerar-lhes uma perspectiva de efetividade prática e não apenas conceitual.

Em outras palavras: ao vincular o objetivo da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público a uma diretriz detalhada dos parâmetros definidores da maior vantagem

---

seguros, deve existir uma exigência contratual de seguro para mitigar essa potencial insegurança. É um imperativo que tanto confere maior estabilidade ao contrato (em termos de certeza no seu adimplemento), como viabiliza a própria precificação do risco. Mais que isso, **os seguros proporcionais aos riscos são elementos indissociáveis para a segurança da oferta da melhor proposta**. 36. Acredito, pelo que expus, que a contratação integrada tenha criado um novo cenário factual e mercadológico, então não coberto pelas possibilidades então previstas pelo art. 56 da Lei de Licitações, em seu rol de garantias. Desde que devidamente motivado e proporcional aos riscos assumidos, pode-se superar aqueles limites. Nesse ponto, entendo não reprimendas ao instrumento editalício criticado. (grifos do original). *Idem*, p. 8-9.

<sup>25</sup> Art. 43-A. Nos contratos de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir seguro-garantia que preveja a retomada do objeto contratual sob responsabilidade do segurador. §1º A garantia a que se refere o *caput* será definida entre 10% (dez por cento) e 30% (trinta por cento) do valor total estimado para a contratação, conforme os riscos envolvidos na execução do objeto. §2º Para retomada e conclusão do objeto contratual a que se refere o *caput*, o segurador, sem prejuízo de sua responsabilidade, poderá subcontratar a obra ou os serviços de engenharia, no todo ou em parte, desde que haja anuência do órgão ou entidade contratante. §3º Na hipótese de execução de garantia, o segurador assumirá os direitos e as obrigações do contratado, ficando autorizado o empenho dos créditos orçamentários necessários à conclusão das obras e serviços de engenharia em favor do segurador. §4º Nas obras e serviços de engenharia cujo valor global do contrato ultrapasse R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais), será exigido seguro-garantia correspondente a 30% do valor total estimado para a contratação. §5º O limite de garantia poderá ser reduzido para até 10% (dez por cento) do valor do contrato para as contratações previstas no §4º, que não envolvam alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, bem como nos casos em que o percentual da apólice possa inviabilizar as contratações.

<sup>26</sup> Vide item 2.3, “i”, do Decreto nº 2.745/1998, Regulamento da Petrobras.

— como deflui do inciso III do art. 4º — e criar o mecanismo da remuneração variável vinculada ao desempenho, a norma deixa entrever o caminho para uma concepção contemporânea das licitações e contratos que pressupõem a obtenção de resultados positivos para a Administração expressos numa vantagem *concretamente* aferível.

Para o sucesso de tal propósito seria preciso, logicamente, que a letra normativa gerasse o comportamento administrativo esperado.

É certo que a criação de parâmetros e critérios objetivos de mensuração não deixará de constituir um desafio e um enfrentamento dos perigos da subjetividade de conceitos; por exemplo, são hoje rotineiras as dificuldades na avaliação das propostas técnicas nas licitações de técnica e preço e na avaliação do desempenho empresarial nas parcerias público-privadas.

## 5.2 Contratação integrada

A Lei nº 12.980/14 deu nova redação ao art. 9º da Lei do RDC para prever o cabimento da contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada, e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (i) inovação tecnológica ou técnica; (ii) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (iii) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Tais elementos já constavam do art. 20, §1º, incisos I e II, que trata do julgamento pelo critério da melhor combinação de técnica e preço, destinado *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”.

A alteração legislativa ao *caput* do art. 9º é pertinente, como já sinalizava a doutrina de Marçal Justen Filho, em lição que a antecedeu.<sup>27</sup>

O autor enfatiza a necessidade da prévia estimativa de custos da contratação integrada — em cada caso concreto —, como condição indispensável de juridicidade da opção pelo regime. E assevera que essa estimativa deve ser exercitada mediante comparação objetiva entre as diversas alternativas possíveis, estimando-se o custo do empreendimento em vista dos demais regimes, de empreitada por preço global e empreitada integral. E conclui:

Não se pode adotar a contratação integrada sem existir uma evidência de ser essa a solução economicamente mais vantajosa. Se as estimativas indicarem que o preço será menor para o mesmo objeto, e que há viabilidade de elaborar o projeto básico desde logo, deve ser adotada uma empreitada integral. Nessas circunstâncias, existirá vedação a que se prefira a contratação integrada.<sup>28</sup>

O vetor da vantagem econômica já era apontado no texto paradigma da Lei do RDC (item 1.9 do Decreto nº 2.745, de 24.11.98), como fator determinante da opção pela contratação integrada.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> A solução da contratação integrada destina-se a ser adotada nos casos em que a complexidade técnica do objeto impede recorrer ao conhecimento assentado e exige atribuir ao particular contratado uma margem de autonomia adequada à concepção de soluções inovadoras, de modo a assegurar a obtenção de um resultado predeterminado. A vantajosidade econômica da contratação integrada apenas se verifica em casos em que há complexidade e problemas envolvidos na execução do objeto. JUSTEN FILHO. *Comentários...*, *op. cit.*, p. 190, 2013.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários...*, *op. cit.*, p. 197, 2013.

<sup>29</sup> Decreto nº 2.745/98, “Item 1.9 – Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas”.

Também anteriormente à edição da Medida Provisória nº 630, de 2013, o Tribunal de Contas da União já cuidara de ajustar as hipóteses de cabimento do regime, como assentado no Acórdão nº 1.510/13, relatado pelo Ministro Valmir Campelo, em que se examinou a primeira licitação de contratação integrada deflagrada pela INFRAERO.

O Tribunal apontou então as deficiências na motivação da escolha pela contratação integrada, com destaque para a conjugação dos fatores técnico e econômico; a conveniência do não parcelamento do objeto, a teor do que já sumulou o TCU;<sup>30</sup> e em função dos arts. 20, §1º, incisos I e II, e 4º, inciso VI, da LRDC<sup>31</sup>.

Portanto, os incisos I a III introduzidos ao art. 9º, têm efeito normativo positivo sobre o instituto da contratação integrada. Seu conteúdo fornece as condições objetivas necessárias a lastrear a justificativa técnica condicionante da legalidade da opção pela integrada (art. 9º, *caput*).

Referida justificativa adquire consistência e nitidez ao se nortear pelos parâmetros ora ali aportados, reduzindo-se assim os riscos de subjetividade de que poderia se contaminar a opção irrefletida pela contratação integrada. Enfim, a Lei nº 12.980/14 tutelou os desvios e abusos do uso tecnicamente inadequado da contratação integrada.

A mesma Lei revogou o inciso III do § 2º do art. 9º da Lei no 12.462, que determinava a adoção obrigatória do critério de julgamento de técnica e preço nas licitações no regime de contratação integrada.

A propósito, merece nota que o PLV 01/2014 adotava solução menos radical, determinando a adoção *preferencial* do referido critério, facultado à autoridade competente optar justificadamente por outro critério.

Portanto, um fator interveniente na constatação do acerto da alteração do *caput* deve ser ressaltado na crítica que se poderá tecer à revogação ao inciso III do §2º do art. 9º, com exclusão da obrigatoriedade do julgamento pelo critério de técnica e preço nas licitações de contratação integrada.

Nesse contexto, instaurou-se uma incongruência fundamental que atinge negativamente a própria construção dos novos incisos introduzidos ao *caput* do art. 9º, cujo conteúdo reafirma a técnica como fator determinante do cabimento da contratação integrada.

Ao admitir outros critérios de julgamento para as licitações de contratação integrada, cujos parâmetros não considerem necessariamente a preponderância do fator técnico, o julgamento das propostas se dissocia do próprio fundamento de cabimento do regime. O dispositivo frustra a eficácia do julgamento e tangencia sua finalidade, esvaziando a perspectiva da melhor contratação.

<sup>30</sup> Súmulas nºs 247 e 253.

<sup>31</sup> 9.1.1. a obra ou o serviço de engenharia deve preencher pelo menos um dos requisitos elencados no art. 20, §1º, da Lei nº 12.462/2011, quais sejam, a natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado (inciso I); ou que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se na avaliação técnica, sempre que possível, as vantagens e benefícios que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução (inciso II); 9.1.1.1. para enquadramento do objeto nos ditames do inciso II, §1º, do art. 20 da Lei nº 12.462/2011, a expressão “de domínio restrito de mercado” refere-se, especificamente, ao termo “tecnologias”, e não, necessariamente, às “diferentes metodologias”; 9.1.2. faz-se necessária a motivação acerca da inviabilidade do parcelamento da licitação, em razão da diretriz enraizada no art. 4º, inciso VI, da Lei nº 12.462/2011; 9.1.1.2. tendo em vista que 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 estiver baseada nessa viabilidade de emprego de diferenças metodológicas, nos moldes do art. 20, §1º, inciso II, da Lei nº 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 nº 12.462/2011. TCU, Acórdão nº 1.510/2013, Processo TC nº 043.815/2012-0, DOU, 16 jun. 2013, Rel. Min. Valmir Campelo.

Ora, o regime destina-se a atender objetos que envolvam inovação tecnológica ou técnica, execução com diferentes metodologias, ou com tecnologias de domínio restrito no mercado, como consolidado nos incisos I e III, recém introduzidos ao art. 9º.

A despeito disso — e ao mesmo tempo — admite-se seja dispensada no julgamento das propostas a aferição da qualidade técnica que deverá estar refletida na capacidade pretérita do licitante de lidar justamente os elementos técnicos determinantes do cabimento da contratação integrada. O paradoxo é evidente.

Num exercício dialético, duas observações são pertinentes.

Primeiro, a forma com que se vem processando os julgamentos pelo critério de técnica e preço — mediante aferição, primeiro, do fator preço, com peso de 70%, e, apenas sequencialmente, do fator técnica, com peso de 30% — é evidentemente **desvirtuadora** da finalidade a que se propõe o referido critério de julgamento, além de destituída de base legal, à luz da redação do art. 20 da Lei. Segundo esse procedimento inovador, o que se obtém é o mero cumprimento de uma formalidade, sem consistência efetiva de ponderação do fator técnico, desaguando num julgamento em que prepondera, essencialmente, o preço.

Em segundo lugar, dada à dificuldade concreta de se criarem critérios objetivos de pontuação de propostas técnicas, a praxe é conduzir uma pontuação quase cartorial, considerando o conteúdo de atestados de qualificação técnica, sem densidade efetiva de julgamento técnico, e cujo teor poderá ser dado a conhecer na fase de habilitação.

Por essas duas razões, observamos um esvaziamento na prática da aplicação de tal critério de julgamento.

No entanto, as dificuldades enfrentadas na implantação de uma dinâmica eficiente de estruturação e aplicação do critério de técnica e preço **não** deverá servir de fundamento para seu afastamento, em especial nas contratações integradas. O julgamento de tais licitações merecerá, por parte dos gestores públicos, dedicação no desenvolvimento de critérios objetivos efetivamente aptos a aferir a pontuação de propostas técnicas.

A possível renitência no afastamento do citado critério, no julgamento das contratações integradas, deverá implicar, a nosso ver, numa compensação, com adoção, alternativamente, dos procedimentos admitidos na Lei do RDC (i) de inversão de fases de julgamento, com avaliação, primeiro, da documentação de habilitação e apenas sequencialmente, do exame dos preços dos licitantes habilitados; ou (ii) da pré-qualificação de objeto ou de licitantes.

### **5.3 Breve registro sobre a possibilidade de manutenção e operação do bem pelo executor (art. 1º, § 3º do PLV 01/2014, rejeitado pelo Senado Federal).**

Enfim, merece registro que o rejeitado PLV 01/2014 propunha a inserção de um § 3º no art. 1º da Lei do RDC, prevendo a possibilidade de se contemplar os serviços de manutenção e/ou operação do objeto executado, por prazo não superior a 5 (cinco) anos, contados da data da entrega da obra.

Embora afastada no curso do processo legislativo a perspectiva então sob foco impõe breves reflexões de interesse, na condição, a nosso ver, de ferramenta potencializadora da eficácia dos contratos decorrentes do RDC.

Como comentamos a propósito dos regimes de execução indireta das obras e serviços de engenharia elencados no art. 8º da lei, a concepção trazida pelo RDC aos contratos desta natureza (orçamentados), parte de sua aproximação aos conceitos e às dinâmicas dos

contratos de delegação (concessões comuns ou patrocinadas, total ou parcialmente desorçamentados).

Sob essa ótica, a proposição se destinaria a estimular o contratado, responsável pela execução da obra, a cuidar do fator qualidade do bem a ser entregue, na medida em que poderia, ele próprio, mantê-la e operá-la. Ao se agregar ao escopo do contrato de execução da obra a possibilidade de manutenção e operação do objeto, é possível vislumbrar um evidente incremento à eficácia da qualidade da construção, suas condições de solidez e segurança, reforçando a responsabilidade do empreiteiro, na linha do que já preveem a Lei nº 8.666/93 e o Código Civil.

A utilidade da ferramenta exsuriria clara a partir da própria natureza dos regimes preferenciais de execução de obras e serviços de engenharia, indicados no §1º do art. 8º da Lei do RDC, em especial a contratação integrada e a empreitada integral, que compreendem todas as etapas de construção, montagem, testes, até a entrada em operação do objeto contratado, com sua integral funcionalidade.

A perspectiva aventada encerraria, ainda, uma evolução há muito esperada, dos contratos de serviços contínuos, cuja prestação muitas vezes demanda vinculação a infraestruturas dispendiosas, que não comportam amortização em período meramente anual, conforme regra do art. 57, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Para o contratado, a atratividade do contrato fica comprometida diante da incerteza quanto à prorrogação contratual futura, *a critério da administração*, ao final de cada período anual, conforme inciso II do mesmo dispositivo. Além disso, a hipótese poderia desonerar os investimentos, ou aportes de recursos nas Parcerias Público Privadas, em prol da modicidade da tarifa ou redução da contraprestação pecuniária mensal.

Assim, a economicidade e a eficiência estariam prestigiadas ao se propor um horizonte contratual pré-definido de 5 (cinco) anos — período, aliás, adequadamente parametrizado pelo limite tradicional dos serviços contínuos, fixado no mesmo inciso II citado, do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

É perceptível no modelo, ainda, a possibilidade de viabilizar a remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, de que trata o art. 10 da Lei do RDC — cuja incidência poderia alcançar a execução da obra, bem como nas etapas de manutenção e operação do objeto.

Um exemplo que deve ser citado dessa dinâmica, nas contratações orçamentadas, previsto antes mesmo da proposição, é o PND II (Programa Nacional de Dragagem II), da Secretaria Especial de Portos. O art. 54 da Lei 12.815/13 define dragagem por resultado compreendendo a contratação de obras de engenharia (aprofundamento, alargamento ou expansão de áreas portuárias e de hidrovias, inclusive canais de navegação, bacias de evolução e de fundeio e berços de atracação), bem como os serviços de sinalização, balizamento, monitoramento ambiental e outros com o objetivo de manter as condições de profundidade e segurança estabelecidas no projeto implantado. A contratação dos serviços aqui será por 10 anos, garantida com recursos PAC, uma vez que o Programa integra o PPAG da União.



## 6. Conclusão

As inovações introduzidas pelo Regime Diferenciado de Contratações ao sistema das contratações de obras e serviços de engenharia apontam para uma efetiva demanda de sua modernização, à luz do princípio da finalidade e da vantagem da licitação, como de resto confirma a tramitação do PLS 559/13.

A experiência prática tem demonstrado o cumprimento do papel designado ao RDC, nas palavras do Ministro Benjamin Zymler, de um balão de ensaio, ou ponta da lança para um novo regime.

### Referências bibliográficas:

ALTONIAN, Cláudio Sarian e CAVALCANTI, Rafael Jardim, *RDC e Contratação Integrada na Prática – 250 questões fundamentais*, Belo Horizonte, Fórum, 2014.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas, licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAMPELO, Valmir; CAVALCANTI, Rafael Jardim. *Obras públicas, comentários à jurisprudência do TCU*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FURTADO, Madeline Rocha; SOUZA, Joaquim Furtado de. A garantia nas contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 136, p. 41, abr. 2013.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da mutabilidade dos contratos administrativos. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 89.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. *Manual Prático das licitações: Lei nº 8.666/93*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.