



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

MARCELO LÍRIO ALVES

**A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC**

Brasília

2016

MARCELO LÍRIO ALVES

**A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: João Paulo Soares Coelho.

Brasília

2016

MARCELO LÍRIO ALVES

**A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC**

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito no
curso de graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.

Aprovado pelos membros da banca em ____/____/2016, com menção _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Joao Paulo Soares Coelho
Orientador

Professor Doutor Lucas Rocha Furtado
Membro da banca examinadora

Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira
Membro da banca examinadora

Brasília, dezembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Liria e Jorge, e aos meus irmãos, Luciano e Bruno, que sempre me apoiaram e me incentivaram ao longo de todo o curso.

À Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pelo excelente ensino que me proporcionou ao longo desses cinco anos.

Ao meu orientador, Professor João Paulo Soares Coelho, pelos conhecimentos e orientações transmitidos e pelo apoio prestado desde a elaboração do projeto inicial deste trabalho.

Aos membros da banca examinadora, Professor Doutor Lucas Rocha Furtado e Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira, por aceitarem fazer parte de minha defesa.

Aos meus amigos e companheiros de curso, pela troca de informações que tanto enriqueceram os meus conhecimentos ao longo de tão significativa etapa de nossas vidas.

RESUMO

No dia 10 de agosto de 2011, foi promulgada a Lei nº 12.462 que introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, o Regime Diferenciado de Contratações – RDC. A princípio, este seria aplicado apenas às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo FIFA de 2014, das Olimpíadas e Paraolimpíadas. Entretanto, posteriormente, foram adicionadas algumas outras hipóteses de aplicação do novo regime, como às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC; às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; às obras e serviços de engenharia para reforma de estabelecimentos penais; às ações no âmbito da segurança pública, entre outras. O novo regime trouxe consigo algumas novidades, por exemplo, a Contratação Integrada, que é o objeto de nosso estudo. A presente monografia tem por objetivo abordar as características, bem como a aplicação da Contratação Integrada cuja responsabilidade pela elaboração dos projetos básico e executivo será do futuro contratado. A bibliografia utilizada abordou o regime da contratação integrada que foi alvo de duras críticas por não possuir projeto básico elaborado previamente à licitação de obras e serviços de engenharia. Esta crítica considera a possibilidade de existir contrariedade ao princípio da isonomia e contratações menos vantajosas para a Administração Pública. De acordo com o presente estudo, foi demonstrado que a Administração, mesmo com a ausência do projeto básico elaborado previamente, não está livre garantir a isonomia da disputa, e tampouco está livre de estabelecer regras básicas para garantir uma qualidade mínima do objeto a ser licitado, não se tratando de um instrumento para solucionar problemas de desorganização ou falta de planejamento da Administração. Por fim, foram explanados os principais procedimentos aplicados à contratação integrada, sendo estes: a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas; a previsão de uma fase recursal única; o orçamento sigiloso; a possibilidade de negociação com os licitantes; entre outros elementos significativos.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Regime Diferenciado de Contratações. RDC. Lei nº 12.462/2011. Contratação Integrada.

ABSTRACT

On August 10, 2011, Law No. 12,462 was enacted and introduced the Differential Public Procurement Regime (RDC in Portuguese) in the Brazilian legal system. At first, the regime would only be applied to the bids and contracts necessary for holding the 2013 Confederations Cup, the 2014 FIFA World Cup, the Olympics and Paralympics. However, later on, some other hypothesis on the application of the regime were added, such as the actions included in the Growth Acceleration Program (PAC); Engineering works and services within the Unified Health System - SUS; Works and engineering services for the reform of penal establishments; Actions on public security, among others. The new regime brought some news, for example, the Integrated Contracting, which is the object of our study. This monograph aims to address the characteristics as well as the application of the Integrated Contracting in which the future contracted will be responsible for the elaboration of the basic and executive projects. The bibliography used approached the Integrated Contracting regime that was severely criticized for not having a basic project prepared prior to the bidding for engineering works and services. This criticism considers the possibility of existing contradiction to the principle of isonomy and less advantageous contracts for the Public Administration. According to the present study, it was demonstrated that the Administration, even if the basic project is not elaborated previously, is not free to guarantee the equality of the dispute, nor is it free to establish basic rules to guarantee a minimum quality of the object to be bid. The Integrated Contracting is not an instrument to solve disorganization problems or lack of planning from the Administration. Finally, the main procedures applied to the integrated contracting were explained, being these: the inversion of the phases of qualification and judgment of the proposals; The provision of a single appeal phase; The stealth budget; The possibility of negotiation with bidders; Among other significant elements.

Keywords: Administrative law. Differential Public Procurement Regime. RDC. Law No. 12, 462. Integrated Contracting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I.....	10
A CONTRATAÇÃO INTEGRADA.....	10
1.1 Definição.....	10
1.2 Requisitos e características para a adoção da contratação integrada	11
CAPÍTULO II.....	17
O PLANEJAMENTO DA LICITAÇÃO	17
2.1 O planejamento da licitação e do contrato	17
2.2 Características e funções do projeto básico	17
2.3 Dispensa do projeto básico e suas consequências	20
2.4 O anteprojeto de engenharia	22
2.5 O orçamento na contratação integrada e o seu caráter sigiloso	27
2.6 A alocação de riscos	30
CAPÍTULO III	32
O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA A CONTRATAÇÃO INTEGRADA E AS PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES EM RELAÇÃO À LEI Nº 8.666/1993	32
3.1 A publicação do Edital.....	34
3.2 Os modos de disputa	36
3.3 A inversão das fases no procedimento licitatório e a fase recursal única.	39
3.4 A possibilidade de negociação.....	41
3.5 O julgamento das propostas	43
CAPÍTULO IV	49
A CONTRATAÇÃO E SUAS PECULIARIDADES	49
4.1 Convocações para assinatura do contrato	49
4.2 Ainda a questão dos riscos e da alteração contratual.....	50
4.3 A revisão por iniciativa do particular.....	52
4.4 As alterações contratuais promovidas por iniciativa da Administração Pública	53
4.5 Rescisão contratual e contratação para o objeto remanescente	55
4.6 A remuneração variável	57
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, para que exerça da melhor forma possível suas atribuições, necessita da participação de particulares que com ela celebrarão um contrato público e, após a contratação, poderão fornecer os bens ou serviços necessários indispensáveis à atuação da máquina pública.

O contrato público, como previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988¹, observará um procedimento licitatório prévio para que seja assegurada a igualdade de condições entre os concorrentes. Apenas em algumas situações excepcionais, previstas em lei, poderá haver a contratação sem a licitação prévia.

Nesse sentido, a licitação é, em regra, o procedimento administrativo que deve ser observado sempre que a Administração Pública, no exercício de suas funções administrativas, compre bens ou contrate serviços públicos. Sendo assim, abre-se a todos os interessados, que deverão se sujeitar às condições determinadas no instrumento convocatório, a oportunidade de elaborarem propostas, dentre as quais, a Administração selecionará e aceitará a que seja mais conveniente para a celebração do contrato.

Depreende-se do art. 22, inciso XXVII, de nossa Constituição, que a União Federal possui competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em quaisquer modalidades, para todos os entes das administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes federativos.²

Dando seguimento ao dispositivo constitucional, foram criadas algumas normas de âmbito nacional, por exemplo, a Lei nº 8.666, de 1993, que visa instituir normas gerais para licitações e contratos públicos; a Lei nº 10.520, de 2002, que tem por finalidade estabelecer, no âmbito de todos os entes federativos, a modalidade do pregão; a Lei nº 12.232, de 2010, que regula as normas de licitação e contratos pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências; e a Lei nº 12.462, de 2011, que definiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), que posteriormente foi regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 2011.

¹ “Art. 37[...] XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a 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 “Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII – Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III”.

A Lei nº 12.462/11 surgiu, a princípio, de forma temporária estabelecendo que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas só seria aplicado às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014, aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, às obras de infraestrutura e aos serviços relacionados aos aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos eventos esportivos com o ensejo de agilizar suas contratações.

Entretanto, posteriormente, a lei foi ampliada incluindo entre as hipóteses de aplicação do RDC as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC; obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; obras e serviços de engenharia para construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos prisionais e unidades de atendimento socioeducativo; ações no âmbito da segurança pública, entre outros.

A lei do RDC traz um novo regime de contratação pública que busca ampliar a eficiência das contratações para melhor atender ao interesse público. Tal lei prevê diversas inovações em relação à Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666/93. Entre elas, uma nova forma de execução contratual, a contratação Integrada – nosso objeto de estudo. Essa inovação possui previsão legal no art. 8º da Lei nº 12.462/11 juntamente com outros regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia.

Por esse regime, poderá a Administração Pública contratar com particulares a execução de obras e serviços de engenharia. Ocorre que o novo regime gerou grande polêmica por modificar uma regra básica consolidada pela Lei nº 8.666/93, qual seja a necessidade de elaboração de um projeto básico na fase interna do procedimento licitatório e a sua divulgação em conjunto com o edital. Na contratação integrada, a contratada será a responsável pela elaboração do projeto básico, já para a divulgação do edital, será exigido apenas o anteprojeto de engenharia.

Por fim, o presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por finalidade abordar algumas características e também algumas das possíveis implicações que poderão advir com a adoção da contratação integrada, tanto em seu procedimento licitatório como em sua execução contratual.

CAPÍTULO I

A CONTRATAÇÃO INTEGRADA

1.1 Definição

A contratação integrada possui previsão legal no art. 9º da Lei nº 12.462/11 e é regulada também pelos artigos 73 a 76 do Decreto nº 7.581/12. Tal regime seria um ajuste utilizado pela administração pública para que, de forma exclusiva, contrate obras e serviços de engenharia cujos projetos básico e executivo serão elaborados pela contratada no transcurso da execução do objeto, juntamente com a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as outras operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.³

Dessa forma, de acordo com os membros do Tribunal de Contas da União, Ministro Benjamin Zymler e o Auditor de Controle Externo Laureano Canabarro Dios:

As contratações do tipo *turn key* também são denominadas EPC (do inglês *Engineering, Procurement and Construction*), cuja tradução é engenharia, Suprimento e Construção. Nessa modalidade de execução contratual, a contratada é responsável pelo fornecimento integral do objeto, incluindo fornecimento de materiais e equipamentos, construção, montagem e colocação em operação.⁴

Além disso, verifica-se, conforme o Decreto nº 2.745, norma infralegal, que aprova o regulamento licitatório da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras – que o regime de contratação integrada não seria novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que a Petrobras, antes mesmo do advento da Lei do RDC, pôde utilizar-se do mesmo regime, com a realização de projeto básico, execução de testes, pré-operação e todas as outras operações que são necessárias para que o objeto final seja entregue. De acordo com o item 1.9 do decreto:

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.

Portanto, a contratação integrada, prevista anteriormente à lei do RDC, além de consistir no regime de execução contratual para obras e serviços de engenharia também funciona como um *turn key*, isto é, a contratada torna-se responsável pela elaboração do

³ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e a contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 249.

⁴ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 231.

projeto básico e do projeto executivo, assim como pela execução e a entrega da obra terminada com todas as condições para seu funcionamento.

1.2 Requisitos e características para a adoção da contratação integrada

No RDC, o regime da contratação integrada será exclusivamente reservado para execução de obras e serviços de engenharia⁵. Além disso, em relação aos cinco regimes de execução contratual previstos no art. 8º, *caput*, da Lei nº 12.462/11, apenas a contratação integrada não possui previsão legal na Lei nº 8.666/93.

Os cinco regimes de execução contratual são: I – empreitada por preço unitário; II – empreitada por preço global; III – contratação por tarefa; IV – empreitada integral; ou V – contratação integrada.

Para o direito administrativo, a empreitada existe quando a Administração incumbe ao particular a execução da obra ou serviço para que seja executado por sua conta e risco e por meio de remuneração prefixada. Ademais, pode ser caracterizada como de labor ou mista. Por esta, haverá uma abrangência em que, além da obra, o empreiteiro se encarrega do fornecimento de materiais e por aquela, irá abranger apenas obra ou serviço.

Além disso, pode a empreitada ser dividida de acordo com a forma de remuneração, podendo ser por preço global - pagamento total, abrangendo toda a obra ou serviço - e por preço unitário - o trabalho deverá ser executado gradualmente e pago por unidade de execução, por exemplo, por metro quadrado ou por quilômetro - .⁶

A empreitada integral, de acordo com Marçal Justen Filho, nada mais é que espécie de empreitada por preço global, diferenciando-se apenas pela abrangência da prestação imposta ao contratado, o qual deverá executar e entregar um empreendimento em sua integralidade, pronto, acabado e em condições de funcionamento. Por empreendimento, deve-se entender uma obra ou um serviço não consumível que seria instrumento para produzir outras utilidades.⁷

A tarefa é definida como um contrato administrativo que teria como objeto a mão de obra para pequenos trabalhos, pelo pagamento por preço certo, podendo haver ou não o

⁵ “Art. 9º – Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada [...]”.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 344.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 105-106.

fornecimento de material. Esse tipo de regime de execução é utilizado para trabalhos de pequeno valor que justifiquem a dispensa de procedimento licitatório e o termo de contrato.⁸

A contratação integrada, já definida no capítulo anterior, possui caráter relevante devido a sua preferência em relação à empreitada integral e a empreitada por preço global, sempre que houver prestação de serviços e execução de obras de engenharia, conforme o §1º, art. 8º da lei do RDC.⁹

Os três regimes preferenciais para contratação de obras e serviços de engenharia possuem algumas semelhanças. Isso ocorre porque são aplicadas sempre que houver prestações contratuais de caráter não fracionável, ou seja, sempre que, por razões técnicas e econômicas, não haja viabilidade ou conveniência a fragmentação do objeto ora licitado em unidades autônomas.

A rigor, a empreitada integral e a contratação integrada possuem maior semelhança, pois o contratado terá a responsabilidade, em ambos os regimes, de executar não apenas a obra física, mas também deverá realizar todas as instalações necessárias para total operação do empreendimento, assim como deverá assumir as responsabilidades sobre todas as interfaces existentes e sobre o relacionamento com os fornecedores. Nesse sentido, ambas geram ao particular contratado um grande conjunto de atribuições, isto é, o seu ponto comum consiste em gerar uma maior margem de autonomia ao particular quanto à concepção da prestação que deverá ser executada¹⁰.

Entretanto, observa-se que, na contratação integrada, há uma maior amplitude da autonomia do particular em relação à empreitada integral. Pelo disposto no art. 9º, §1º, da Lei nº 12.462/2011, a contratação integrada abarca os mesmos encargos do regime contratual de empreitada integral, acrescido da participação do particular na execução dos projetos básico e executivo da obra ou serviço que deverá ser prestado.

Além do mais, existem outras diferenças entre a contratação integrada e a empreitada integral. A primeira é orçada e realizada através de um anteprojeto de engenharia, que seria um documento de engenharia mais simples. Já a segunda é orçada e realizada mediante projeto básico ou executivo; a contratação integrada possui hipóteses em que há maior restrição para que sejam elaborados os termos aditivos, gerando, assim, uma maior quantidade

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 347.

⁹ “Art. 8º, §1º – Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do *caput* deste artigo”.

¹⁰ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. *A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. In: JUSTEN FILHO, Marçal; Pereira, César A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581: (atualizados pela Lei 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014)*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 162.

de riscos para a contratada; a contratação integrada é restrita a determinados objetos; nesta, incumbe à contratada elaborar o projeto básico e executivo, que deverão ser executados apenas após a contratação. Enquanto na empreitada integral, deverá a contratada, caso necessário, executar apenas o projeto executivo.¹¹

Observa-se, a partir do Regulamento da Petrobras, acima indicado, e também com os contratos de concessão, que poderão ser licitados apenas com mera especificação de “elementos do projeto básico” no edital, art. 18, inciso XV, da Lei nº 8.987/95, que não é estranho ao ordenamento jurídico brasileiro a previsão legal de transferência do encargo do projeto básico quando da contratação de serviços de engenharia.

Tais contratações com o encargo dado ao particular de formular o projeto básico surgem através de uma lógica de cooperação. Por um lado, os parceiros privados envolvidos com a elaboração do projeto básico geram uma maior eficiência e ganho na execução do contrato devido a sua maior especialização. Nesse sentido, nas palavras de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado:

A possibilidade de produção de ganhos de eficiência é diretamente proporcional à abrangência das responsabilidades transferidas pelo contrato ao parceiro privado. Ou seja, quanto maior o conjunto de atividades delegadas ao parceiro privado, maior espaço ele terá para aumentar a eficiência na prestação do serviço.¹²

Por outro lado, essa maior autonomia da contratada promove uma maior quantidade de riscos quanto à execução do contrato pelo particular.

Outrossim, prevê o art. 9º da Lei nº 12.462/11 que, como nos demais regimes de empreitada, para a utilização da contratação integrada deverá existir motivação, ou seja, só será possível utilizar-se desse mecanismo quando técnica e economicamente justificado pela Administração Pública, não sendo possível sua livre utilização.¹³ Nesses casos, a Administração Pública deverá demonstrar a utilidade técnica e a viabilidade de atribuir ao particular a elaboração dos projetos básico e executivo. Será necessário, também, determinar as vantagens econômicas que poderão advir com a adoção de tal regime. Quando a Administração optar por um ou outro regime de contratação, estará ela incumbida do dever legal de identificação das razões, isto é, deverá ela expor os fatos assim como demonstrar seu enquadramento jurídico, que possam justificar a adoção desse instrumento de contratação. As

¹¹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 233.

¹² RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – parceria público-privada: fundamentos econômico jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 268.

¹³ “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 [...]”.

razões adotadas serão controláveis e vinculantes. Não será possível a sua adoção técnica de forma discricionária.¹⁴

Em acórdão do Tribunal de Contas da União, há o entendimento de que não poderá ser aplicado o regime de contratação integrada com a justificativa pura e simples de tratar-se de obra ou serviço de engenharia, mas sim para situações de caráter especial e grande complexidade.¹⁵

De acordo com a Corte de Contas, devem ser observados três requisitos para adoção do regime, são eles: I – aplicação apenas em obras mais complexas; II – aplicação em ajustes do tipo “*turn key*” e; III – aplicação quando se confere ao fornecedor ampla liberdade para conceber a solução técnica adequada, atribuindo-lhe, em contrapartida, os riscos inerentes de insucesso do empreendimento.¹⁶

Aduz o TCU que, devido a complexidade do problema, haverá autorização da transferência à iniciativa privada da concepção de possíveis soluções que podem ser mais satisfatórias e efetivas do que aquelas que a Administração Pública poderia desenvolver. Por esse motivo, de acordo com o art. 74 do Decreto nº 7.581/11, que se concede ao órgão licitante que conceba apenas um anteprojeto, ou seja, que determine as necessidades que deverão ser satisfeitas, permitindo a iniciativa privada determinar e também propor a solução técnica melhor cabível e assumir os possíveis riscos que advenham de sua proposta. Tal delegação surge em situações que venham a extrapolar a experiência comum, e não para quaisquer situações.¹⁷

Quanto aos contratos do tipo *turn key*, ou de EPC (*Engineering, procuremnet and construction* = Engenharia, Suprimento e Construção), entende-se que a contratação integrada possui como característica a integração, ou seja, o objeto será contratado juntamente com o que seja necessário para que seja perfeitamente funcional, similar ao regime de empreitada integral, abrangendo a concepção, a execução da obra, a aquisição e instalação dos equipamentos, os testes de operação e desempenho, entre outros. Seria o equivalente a uma contratação simultânea do projeto básico e do projeto executivo e também da execução posterior da obra no regime de empreitada integral. A própria Lei nº 12.462/11, em seu art. 9º, §1º, prevê que a integração é característica do regime ao determinar que a contratação

¹⁴ O Processo Licitatório das Parceria Público-Privadas (PPP) na lei 11.079-2004. In: TALAMINI, Eduardo, JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p. 219.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.242/2014 – Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, 28 de maio de 2014.

¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁷ *Idem, ibidem*.

integrada abranja “a elaboração 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”.¹⁸

A liberdade dada ao particular para conceber a solução técnica mais adequada surge com o fato de que a opção pela adoção desse regime é motivada pela complexidade do objeto e a Administração Pública poderia ter certas limitações para identificar e especificar a solução que seria mais satisfatória. Por haver essa alta complexidade as soluções de empreitada podem gerar riscos de insucesso, assim como acarretarem grandes custos econômicos; por esse motivo, o encargo transferido ao particular de “conceber o empreendimento, com todos os riscos inerentes, propiciará uma solução economicamente mais vantajosa do que aquela que seria obtida mediante uma modalidade distinta de empreitada”.¹⁹

Além disso, a contratação integrada deverá seguir pelo menos uma das condições previstas nos incisos I, II e III do art. 9º da lei do RDC. São elas: I – inovação tecnológica ou técnica; II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito de mercado.

Para Marçal Justen Filho, os casos de inovação tecnológica ou técnica compreendem aqueles os quais a execução da prestação abrangem não somente o conhecimento estabelecido e dominado, mas também abrangem a demanda de soluções originais e inovadoras. Sendo assim, incumbirá ao particular conceber uma solução assim como desenvolver providências de cunho tecnológico ou técnico apropriadas. Quando se tratar de objetos a serem executados por diferentes metodologias, aduz o autor, deverá ser analisado se à Administração Pública é adequado ou possível escolher previamente uma dentre as diversas metodologias a ser adotada. Caso a Administração tenha condições de escolher uma delas, incumbirá impor a indicada. Quanto aos objetos executáveis mediante tecnologias de domínio restrito, entende o autor que como a Administração Pública não possui o conhecimento preciso e exato para a utilização dessa tecnologia, será então remetido aos licitantes o desenvolvimento das soluções a partir do uso dessa tecnologia, que será uma atuação criativa e especializada.²⁰

Por todas essas razões, resta claro que a contratação integrada deve ser utilizada em obras de grande complexidade, as quais a Administração Pública não tenha domínio do

¹⁸ “Art. 9º, §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 do projeto final”.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 189.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581*. São Paulo: Dialética, 2013. *públicas*. 2016. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

conhecimento necessário para a conclusão do empreendimento, restando justificada a transferência para o particular da elaboração do projeto básico.

CAPÍTULO II

O PLANEJAMENTO DA LICITAÇÃO

2.1 O planejamento da licitação e do contrato

O planejamento falho ou incompleto é fonte de um dos principais problemas que a Administração Pública enfrenta em relação aos procedimentos licitatórios que realiza. De acordo com a Lei Geral de Licitações, devem ser observadas diretrizes e regras para que ocorra a futura contratação. Entre essas diretrizes, está prevista a execução de um projeto básico e um projeto executivo. Este, de acordo com o art. 7º, §1º da Lei nº 8.666/93, poderá ser desenvolvido concomitantemente à execução do contrato. Entretanto, é recorrente que, no curso da execução do contrato, haja algum equívoco no projeto básico. Os contratantes podem deparar-se com algo defasado ou com alguma imprecisão ou erro no projeto anteriormente licitado. Estes problemas acabam impondo à Administração Pública uma revisão contratual e, até mesmo, uma ampliação dos custos que inicialmente estavam previstos.²¹

2.2 Características e funções do projeto básico

Não há novidade em relação ao conceito de projeto básico trazido pela lei do RDC em comparação a Lei 8.666/93. Por projeto básico entende-se:

Art. 2º, inciso IV – Projeto básico: Conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

- a) Caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;
- b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e
- c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução.²²

Dessa forma, o Projeto básico é um documento que será elaborado a partir de estudos técnicos preliminares, devendo conter os elementos necessários e suficientes, com o devido nível de precisão, para que seja caracterizado o projeto da licitação. É por meio dele que os

²¹ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462-2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br-informativo>, acesso em: 25 de outubro de 2016.

²² BRASIL, Lei 12.462 de 10 de agosto de 2011.

interessados em participar do procedimento licitatório terão informações para tomar suas decisões.

No mesmo sentido, de acordo com resolução 361/91 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia o projeto básico é:

uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento

Ademais, o projeto básico será composto por elementos mínimos que sejam suficientes para permitir a identificação da prestação que deverá ser realizada. Por esse projeto, deverão ser identificados e caracterizados os materiais que serão necessários ao cumprimento do contrato e os serviços a serem executados. Também deverá constar uma análise do objeto do contrato de acordo com a perspectiva ambiental e sobre a viabilidade técnica e econômica do empreendimento.²³ Dessa forma, deverá o projeto básico conter soluções técnicas que sejam globais e localizadas, com suficiente detalhamento, restringindo a eventual necessidade de reformular ou de inserir variantes nas fases de elaboração do projeto executivo e da realização de obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da Administração Pública.²⁴ Além disso, o projeto básico deverá conter orçamento detalhado baseado em estudos e levantamentos que sejam feitos pela Administração.²⁵

De acordo com a Lei do RDC, art. 2º parágrafo único, incisos IV e V, todos os dados contidos no projeto básico deverão possibilitar “o estudo e a dedução de méritos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra”, assim como a “montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos”²⁶.

Além de ser o documento que define o objeto que será licitado pela Administração, o projeto básico garante a todos os licitantes igualdade de competição. Caso o projeto básico possua grave deficiência, estará comprometido o certame licitatório. Isso ocorre porque tais deficiências e erros afastam os particulares que não querem correr riscos com um projeto básico incerto e sem precisão, prejudicando a competitividade da licitação. Em julgado do Tribunal de Contas da União foi aduzido que:

²³ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462-2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br-informativo>, acesso em: 25 de outubro de 2016.

²⁴ BRASIL, Lei 12.462 de 10 de agosto de 2011.

²⁵ *Idem, ibidem.*

²⁶ *Idem, ibidem.*

A existência de deficiências graves no projeto básico que impossibilitam a adequada descrição dos serviços que serão implementados na obra compromete o certame realizado, tendo em vista que tal procedimento afasta da licitação empresas que optam por não correr o risco de apresentar um orçamento elaborado sem a necessária precisão, havendo, portanto, prejuízo à competitividade do certame e à contratação da proposta mais vantajosa pela Administração Pública, o que enseja a nulidade da concorrência efetivada.²⁷

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 12.462/11 estabelecem a necessidade do projeto básico possuir soluções técnicas que sejam globais, localizadas e bem detalhadas, para que não haja necessidade de reformulação quanto da elaboração do projeto executivo ou da realização da obra.

Um projeto básico falho e de má qualidade poderá trazer alguns inconvenientes à Administração Pública no decorrer da execução da obra, como a implementação de aditivos, podendo haver alteração da forma de execução da obra; certa dificuldade de negociação de preços de novos serviços com a empreiteira que esteja fora de um ambiente concorrencial; afastaria algumas empresas que, no momento da licitação, não possuiriam capacidade para a metodologia licitada, mas teriam essa capacidade com o ajuste das metodologias ajustadas.²⁸

Por tudo isso, resta clara a necessidade dos órgãos da Administração Pública elaborarem um projeto básico que seja suficiente e livre de falhas e que esteja sempre atualizado para que não haja a necessidade de futuras alterações da obra ou a necessidade de aditivos. Sob a ótica da Administração, o projeto básico possui caráter relevante, pois com ele será confirmada a viabilidade, será proporcionada alguma estabilidade e constituirá uma pauta que será utilizada como forma de controle do futuro contrato. Com ela, tanto a Administração quanto o particular poderão ter uma estimativa mais precisa dos gastos que deverão ser feitos e, em tese, evitará uma “manipulação indevida do contrato”²⁹ por meio de alterações supervenientes. Quanto aos particulares que queiram contratar após o devido procedimento licitatório, o projeto básico permitirá a identificação do objeto licitado, assim como confirmará a viabilidade de sua execução. Através dele que se dará o conhecimento do que “a Administração busca contratar, proporcionando, assim, condições isonômicas de competitividade”.³⁰

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.819/2012 – Plenário. Relator: Marcos Bemquerer, sessão: 26.10.2012.

²⁸ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e a contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 86.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.737/2009, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, sessão: 18.11.2009.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.564/2009, Plenário, rel. Min. André Luis de Carvalho, sessão: 15.07.2009.

2.3 Dispensa do projeto básico e suas consequências

A dispensa do projeto básico a cargo da Administração na contratação integrada foi uma das críticas mais duras feitas em relação à Lei do RDC. Isso ocorre pelo fato da elaboração do projeto básico ser um dos pilares da Lei Geral de Licitações, a qual prevê a necessidade desse documento na fase interna da licitação e sua publicação junto com o edital. Em regra, a Administração Pública tem o dever de licitar para que seja feito o projeto básico e, só assim, após a elaboração desse documento, será feita outra licitação para a execução obra ou prestação do serviço. Dá-se que, com o novo regime, a responsabilidade pela elaboração do projeto básico será de responsabilidade do particular, futuro contratado. Nesses casos, para substituir o projeto básico, prevê a Lei nº 12.462/11 em seu art. 9º §2º inciso I, que junto com a publicação do edital, será necessária somente a elaboração de um “anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço.”

O futuro contratado, com a transferência da elaboração do projeto básico, deverá assumir os riscos por eventuais equívocos que cometa nas etapas de desenvolvimento do objeto contratado, o que não se verifica nas demais hipóteses de empreitadas. Como consequência dessa transferência, será dada ao particular uma maior autonomia e, por outro lado, este não poderá pleitear por modificações contratuais em que não concorra, como o caso fortuito, força maior e o aperfeiçoamento do projeto a pedido da Administração.³¹ Na contratação integrada, a lógica é a de incumbir ao particular maior responsabilidade e diminuir os riscos que a Administração deveria assumir na execução de um objeto que, em teoria, não teria a expertise necessária para executar, sendo mais bem desenvolvido pela iniciativa privada.

Como justificativa da transferência ao particular da elaboração do projeto básico, o entendimento do Tribunal de Contas da União, nas palavras do Ministro Aroldo Cedraz, seria o fato de que, para que seja feita uma contratação integrada, deverá existir uma situação que extrapole a experiência comum, ou seja, deverá existir grande complexidade do empreendimento, não sendo possível a utilização do novo regime em qualquer situação em que a Administração não possui o conhecimento necessário. O Regime Diferenciado de

³¹ BORGES, Gabriela Lira. Alocação de riscos na contratação integrada: considerações sobre a matriz e taxa de risco. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 240, p. 164-168, fev. 2014. p. 165.

Contratações não é um instrumento que surge para a solução de problemas de organização ou de planejamento da Administração Pública.³²

Outra questão que é levantada com a dispensa da elaboração do projeto básico é a consequente celeridade da sua delegação. Em princípio, quando se transfere ao particular a responsabilidade de elaboração do projeto básico, há uma otimização do tempo, pois os atos que, em regra, deveriam ser praticados na fase do planejamento serão feitos posteriormente na fase de execução do contrato. A economia de tempo advém com o fato de que projeto básico, inicialmente feito por um terceiro diferente de quem executará a obra ou serviço, deverá ser licitado separadamente da execução do objeto principal. Isto é, via de regra, seriam feitos dois procedimentos licitatórios, um para o projeto básico e outro para o objeto a ser executado. No entanto, a otimização do tempo por si só não é justificativa suficiente para que seja utilizada a contratação integrada. Além dela, deverá ser demonstrado que, para execução da obra, é necessária certa expertise em razão de sua grande complexidade.

Como exemplo, imagine que a Administração Pública queira realizar uma obra de grande vulto, com um objeto que necessita de vários estudos de viabilidade técnica e de soluções que sejam inovadoras, que os servidores dos quadros não possuam a devida especialização técnica e nunca tenham desenvolvido nada igual. Nesses casos, a Administração Pública terá que contratar o projeto básico de terceiros. De acordo com a Lei geral de Licitações, tal licitação seria feita com o critério de julgamento de “melhor técnica” ou “melhor técnica e preço”, que melhor se adequam a elaboração dos projetos básico e executivos. Transcorre que este procedimento é bastante lento, com um prazo de quarenta e cinco dias para elaboração das propostas, além da análise de julgamento do vencedor que é muito mais morosa do que a de um julgamento pelo menor preço. Ademais, apenas após a entrega final do objeto dessa contratação, a Administração Pública poderia iniciar a licitação da obra.³³

Ainda em relação às justificativas técnicas e econômicas para a utilização da contratação integrada, a Infraero, em processo do Tribunal de Contas da União aduz que:

A contratação de projetos de engenharia dissociada da execução da obra acarretaria a exigência de maior tempo na conclusão do empreendimento e consequentemente da disponibilização das instalações do aeroporto em prazo mais longo (custo), o que resultaria em impactos operacionais e perda (ou retardamento na obtenção) de receitas comerciais, uma vez que o empreendimento destina-se ao atendimento de

³² BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.242/2014, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, sessão: 27.8.2014.

³³ RODRIGUES, Alessandra Cristina Giroto. *A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas*. 2016. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

melhoria de fluxo operacional, aumento dos níveis de conforto, segurança e de serviço.

Tendo em vista ser inédita para a Infraero, há de se considerar também que, devido a redução do número de processos que envolve cada contrato, a Contratação Integrada ora proposta possibilitará redução de custos administrativos, de gestão e fiscalização para a execução do empreendimento através de um único contrato, com redução de riscos para a Infraero, uma vez que será entregue ao contratado a responsabilidade integral e integrada por todo o gerenciamento e execução.

A fragmentação do empreendimento nas condições apresentadas atualmente, além de ocasionar diversos processos licitatórios, com custos administrativos e técnicos acoplados, geralmente ocasiona:

- a) entraves técnicos derivados das variadas responsabilidades envolvidas;
- b) desvantagens econômicas para a Administração pelo fato da incidência de vários custos indiretos específicos para cada contratação e aquisição;
- c) impactos operacionais, quer seja pela gestão fragmentada dos processos que envolvem cadastramento, identificação e segurança entre vários contratados, como pelo controle físico das várias áreas necessárias para implantação de canteiros e frentes distintas de trabalho.

O gerenciamento integral das áreas do conhecimento sistematicamente redundará na garantia de obtenção das metas estabelecidas para este Empreendimento, relacionadas especificamente ao cumprimento do escopo, prazos e qualidade, com imediata e direta repercussão nos custos.

Indiretamente se pode estimar que esses benefícios agregados pela metodologia repercutem na otimização do uso dos recursos humanos e materiais da Empresa, inevitavelmente refletindo positivamente na reorganização financeira das despesas.

A metodologia neste caso tende a propiciar também o planejamento mais adequado para as ações de gestão comercial dos processos de concessão das áreas comerciais, com propensão a antecipação da geração de receitas comerciais, partindo do pressuposto que as áreas estarão liberadas para ocupação pelos concessionários em prazo reduzido.

(...)

Diante de todo o exposto, consideramos reforçadas e evidenciadas as vantagens econômicas da adoção da contratação integrada para o Empreendimento, pois, resumidamente, dessa forma a Administração terá todos os processos relativos a execução do objeto a ser contratado centralizados numa única contratação de execução.³⁴

Financeiramente incumbir ao particular de assumir os riscos gera uma maior estabilidade para a Administração. Isso ocorre porque os custos decorrentes da necessidade de revisão dos projetos, previsto na Lei Geral de Licitações, não caberá à Administração Pública. Dessa forma, os riscos provenientes, em certa medida, serão de responsabilidade do particular contratado. Em capítulo posterior será abordada a questão da alocação de riscos.

2.4 O anteprojeto de engenharia

Uma das maiores críticas feitas à contratação integrada é a ausência do projeto básico, regra básica prevista na Lei Geral de Licitações, pois compromete as condições objetivas de disputa. Entretanto, não é cabível tal crítica uma vez que há a necessidade de disponibilização, junto ao edital, de um anteprojeto com todas as características técnicas para a elaboração das

³⁴ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.510/2013, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, sessão: 19.06.2013.

propostas pelos contratados. Logo, por se tratar de uma contratação integrada, regime em que se exige do particular a realização de toda obra ou a prestação do serviço, sua participação no planejamento e a entrega do objeto pronto, acabado e em funcionamento à Administração, não há que se falar em elaboração de projeto básico anterior ao procedimento licitatório, porque incumbe a contratada a execução dos projetos básico e executivo. Entretanto, a falta de um projeto básico quando da publicação do instrumento convocatório na contratação integrada não exime a Administração Pública de oferecer elementos para que os licitantes possam elaborar suas propostas e também tenham acesso à definição do objeto e sua orçamentação.

Ocorre que o regime integrado possui um objeto de elevada complexidade fazendo com que a Administração Pública, devido as suas limitações, não consiga identificar e especificar uma solução que seja satisfatória. Por esse motivo, é delegada ao particular contratado uma maior autonomia para conceber a solução que mais se ajuste ao caso. Nesses casos, devido a maior complexidade do empreendimento, a Administração limita-se somente a produção de um anteprojeto, sem especificar uma solução específica.

Essa falta de experiência da Administração demonstra uma falta de vocação para a elaboração de projetos básicos confiáveis e adequados. Nessas situações, em que existem falhas, surge a necessidade de compensações para que o objeto possa ser executado, por exemplo, os aditamentos contratuais que, conseqüentemente, elevam o valor da obra podendo trazer prejuízos à Administração. É corriqueiro que se constate, durante a execução do contrato, algum equívoco ou aspecto defasado devido a falta de precisão do projeto básico anteriormente licitado. Com essas imprecisões do projeto básico, nasce a necessidade da revisão contratual e também a ampliação dos custos anteriormente previstos.

Na contratação integrada, a luz do art. 9º, §2º da Lei nº 12.462/11, é necessário que o anteprojeto de engenharia contemple documentos técnicos que se destinem a possibilitar a caracterização da obra ou serviço tão somente. O projeto básico, de acordo com a Lei do RDC, exige a presença dos elementos necessários e suficientes para caracterizar as obras e serviços de engenharia. Há a possibilidade, inclusive, de avaliar o custo da obra e a definição dos métodos e prazo de execução. Fazendo um comparativo entre o anteprojeto de engenharia e o projeto básico, observa-se que o conteúdo primeiro é inferior em relação ao segundo, caso contrário, não haveria novidade alguma em dispensar a Administração Pública do dever de elaborar o projeto básico, isto é, o anteprojeto de engenharia, em relação ao projeto básico, possui um nível de detalhamento menor devendo conter apenas os elementos necessários que permitam caracterizar a obra ou serviço, mesmo que sejam insuficientes à execução completa da obra. Nesse sentido, é normal que, na contratação integrada, haja a obrigação de detalhar,

especificar metodologias para execução e apresentar soluções técnicas seja de competência do particular contratado. Isso se dá pelo fato da compreensão da nomenclatura do documento, ou seja, elabora-se um anteprojeto com informações necessárias para que se faça posteriormente um projeto.³⁵ O anteprojeto de engenharia deverá abarcar como conteúdo mínimo conforme o §2º, do art. 9º da lei do RDC:

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, os impactos ambientais e à acessibilidade; [...]

De acordo com Cláudio Sarian Altonian e Rafael Jardim Cavalcante, a Lei do RDC não positiva a definição de anteprojeto de engenharia, apenas define seus elementos mínimos. Segundo os autores, o anteprojeto de engenharia, na contratação integrada, é uma peça fundamental para o procedimento licitatório que caracteriza a obra ou serviço de engenharia a ser contratado e elaborado de acordo com a alocação dos riscos do certame, abrangendo também os elementos necessários que permitam, com isonomia, a elaboração e comparação das propostas que serão ofertadas pelos particulares, tal como a posterior elaboração do projeto básico pelas contratadas.³⁶

O anteprojeto de engenharia, de acordo com a Lei nº 12.462, deverá ser bem detalhado para que haja um julgamento objetivo das propostas e também a fiscalização pelos órgãos de controle. Além disso, o anteprojeto de engenharia deverá definir os resultados esperados, os usos e as necessidades pretendidas com a execução do empreendimento. Entretanto, não deverá detalhar os elementos necessários e suficientes, com alto nível de precisão, para caracterizar a obra ou o serviço, pois essa será a tarefa dos projetos básico e executivo, mas trará todos os detalhes necessários para essa etapa, inclusive a estética do projeto arquitetônico.³⁷

³⁵ RODRIGUES, Alessandra Cristina Giroto. *A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas*. 2016. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

³⁶ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e a contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 253.

³⁷ RODRIGUES, Alessandra Cristina Giroto. *A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas*. 2016. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

Em um caso concreto, o entendimento do Tribunal de Contas da União, no acórdão nº 2.2980/2015, plenário, que trata da contratação de obras pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, é que é comum que o anteprojeto de engenharia contenha imprecisões, do contrário, não seria necessária a sua elaboração, tendo em vista a existência dos projetos básico e executivo. Contudo, deve-se considerar que o anteprojeto de engenharia deverá apresentar coerência e correção dentro de suas imprecisões, ou seja, a legislação não prevê a imprecisão característica do anteprojeto de engenharia como forma de amparo para justificar erros, sejam eles grosseiros ou não. No relatório, foram apresentadas algumas formas de imprecisão admitidas no anteprojeto de engenharia, como a imprecisão quanto ao orçamento, desde que o orçamento estimado tenha por base os valores estimados pelo mercado; os valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares; ou a avaliação do documento global da obra, aferida por orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. No caso em apreço, considerando que o valor foi aferido por um orçamento sintético, é possível que se aceite imprecisões quanto a escolha dos serviços que o compõem, nas quantidades estimadas para cada serviço escolhido, e também nos seus respectivos preços unitários em razão dessas imprecisões³⁸.

Outro exemplo exposto no acórdão é a admissibilidade de que as quantidades de terraplanagem sejam estimadas por meio de levantamentos mais simplistas do que aqueles feitos nos projetos básico e executivo. Todavia, não é possível que o volume de aterros seja igual ao volume dos cortes, pois, fisicamente, foge à normalidade de qualquer levantamento, mesmo que estimativo. Aceitou-se a estimativa de que fossem executados 15 km de barreiras de concreto, no entanto, não era aceitável que o método utilizado fosse o mesmo daquele praticado há dez anos, não levando em consideração os avanços tecnológicos.

Portanto, é indispensável que os critérios de estimativa utilizados na contratação integrada estejam resguardados numa linha de normalidade dos empreendimentos. A partir dessa linha, o contratado promoverá a troca de tecnologias e experiências em busca da melhor relação entre custos e benefícios para a Administração Pública conforme o art. 1º, §1º, Inciso II, da Lei do RDC.³⁹

Quanto ao nível de precisão do anteprojeto de engenharia dita a Lei do RDC que:

“o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados no mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares

³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.980/2015, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, sessão: 18.11.2015.

³⁹ *Idem, ibidem.*

ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica”⁴⁰

As variadas formas de orçamentação supracitadas não são excludentes entre si. Primeiramente, há que se levar em consideração que qualquer técnica ou procedimento deve avaliar o custo global da obra, pois não faria sentido avaliar parcialmente o seu valor considerando-se a criação de uma definição inadequada do objeto, contrariando o disposto no art. 5º da Lei nº 12.462/11. Os valores praticados pelo mercado e valores pagos pela Administração Pública são procedimentos distintos das metodologias expeditas ou paramétricas ou do orçamento sintético. Os primeiros são parâmetros que constituem o instrumento ou fonte de dados das metodologias ou do orçamento sintético. Diante disso, a conclusão que se chega é a da existência de três procedimentos para que seja feita a orçamentação do objeto no anteprojeto de engenharia: metodologia expedita, metodologia paramétrica e orçamento sintético. Tais procedimentos devem considerar os valores praticados pelo mercado e/ou os valores pagos pela Administração Pública, resultando na avaliação do objeto de forma global.⁴¹

Metodologia expedita é a orçamentação do objeto com base em custos históricos, índices, gráficos, correlações ou comparações com projetos similares. Por ser bastante simples, tal metodologia gera um maior grau de imprecisão. A metodologia paramétrica, com grau intermediário de imprecisão, consiste no aprofundamento da expedita, utilizando-se do mesmo procedimento, no entanto essa aplicação será em segmentos do objeto. O orçamento sintético, com maior grau de aprofundamento em relação aos anteriores, pressupõe o levantamento dos serviços a serem executados de forma agregada, isto é, há um maior aprofundamento de como será realizado o empreendimento. Pelo orçamento sintético, será feito um quantitativo quanto a quantidade do objeto previsto na metodologia paramétrica de forma adequadamente dimensionada, não sendo permitido meras estimativas.⁴²

Em suma, o anteprojeto de engenharia deve ser entendido como um conjunto de informações técnicas provisórias com um detalhamento mínimo para que se permita a efetiva caracterização de seu objeto e de seus elementos, feito de forma global, necessários ao inter-relacionamento das atividades técnicas de projeto suficientes à elaboração de estimativas aproximadas de custos e de prazos dos serviços de obra implicados.

⁴⁰ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 9º, Inciso II, de 10 de agosto de 2011.

⁴¹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 236.

⁴² *Idem, ibidem*.

2.5 O orçamento na contratação integrada e o seu caráter sigiloso

Como visto anteriormente, a licitação para a contratação integrada será pautada por um anteprojeto de engenharia que possui um menor nível de detalhamento em relação aos projetos básico e executivo, devendo conter elementos que possam caracterizar a obra ou serviço. Quando realizado, o projeto básico deverá conter a elaboração de orçamento analítico ou detalhado com a composição de custos e uma extensa pesquisa de preços dos insumos. Com isso, busca-se chegar a um valor “real” com baixa margem de incerteza. De forma diferente, quando for feita licitação por meio de anteprojeto de engenharia, o orçamento não possui condições de ser tão preciso. Ou melhor, o orçamento detalhado ou analítico é aquele que especifica todos os serviços a serem executados, acompanhado de suas quantidades e preços unitários, possibilitando a aferição do valor do empreendimento. Já o orçamento estimativo é a maneira mais fácil e rápida, porém não muito precisa, de avaliar-se valores de execução de obras por meio de indicadores que reflitam custos médios por unidades que caracterizem o empreendimento.⁴³

Nesse sentido, o orçamento estimado é de suma importância quando utiliza-se o regime de contratação integrada, visto que a Administração Pública só detém em mãos no momento da licitação o anteprojeto que é insuficiente para o detalhamento. Nesse sentido, de acordo com a Lei do RDC: 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.⁴⁴

A interpretação que deve ser dada ao art. 9º, §2º da Lei do RDC é de que os critérios de orçamento não são excludentes entre si. A pura menção à avaliação do custo global da obra como uma simples alternativa, por exemplo, daria a entender que as outras referências não necessitariam avaliar a obra de forma global, mas somente de forma parcial. Esta, por definir de forma inadequada o objeto, iria de encontro ao disposto no art. 5º da Lei do RDC, que determina que o objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias. Além disso, uma orçamentação parcial pode ferir o princípio da economicidade e o da busca

⁴³ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e a contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 97.

⁴⁴ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 9º, §2º, de 10 de agosto de 2011.

pela proposta mais vantajosa. Em síntese, qualquer técnica ou procedimento deve levar em consideração o custo global do objeto.

Quanto ao detalhamento das estimativas de preço, o Tribunal de Contas da União, indicou que o anteprojeto de engenharia deve conter estimativas de preços tão detalhada quanto possível, garantindo ao Poder Público um parâmetro seguro para o julgamento das propostas, por ocasião do certame:

9.1.5. sempre que o anteprojeto, por seus elementos mínimos, assim o permitir, as estimativas de preço a que se refere o art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei 12.462/2011 devem se basear em orçamento sintético tão detalhado quanto possível, balizado pelo Sinapi e/ou Sicro, devidamente adaptadas às condições peculiares da obra, conforme o caso, devendo a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada baseada em outras obras similares serem realizadas somente nas frações do empreendimento não suficientemente detalhadas pelo anteprojeto, em prestígio ao que assevera o art. 1º, §1º, inciso IV c/c art. 8º, §§ 3º e 4º, todos da Lei 12.462/2011;

9.1.6. quando utilizada metodologia expedita ou paramétrica para abalizar o valor do empreendimento – ou fração dele –, consideradas as disposições do subitem anterior, dentre duas ou mais técnicas estimativas possíveis, utilize a que viabilize a maior precisão orçamentária;⁴⁵

O art. 6º da Lei do RDC prevê a possibilidade de impor-se sigilo ao orçamento estimado, que será tornado público após o encerramento da licitação. Nesse sentido, observa-se que o orçamento sigiloso é discricionariedade conferida ao gestor público, não sendo uma imposição da Lei nº 12.462/2011.

O princípio da publicidade está previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 e é de observância obrigatória para toda a Administração Pública. Nas licitações, a publicidade garante “o acompanhamento e a fiscalização do procedimento, não só pelos licitantes, como também pelos diversos órgãos de controle interno e externo e pelos administrados em geral”.⁴⁶ Entretanto, o princípio da publicidade não exclui a possibilidade de alguns atos serem sigilosos. Para Marçal Justen Filho, “a restrição da publicidade do ato administrativo depende de previsão legislativa” e também a “autorização legal para o sigilo somente será válida quando se evidenciar um vínculo de causalidade com a obtenção de um resultado compatível com a Constituição”.

O art. 6º da Lei 12.462/2011 que prevê o orçamento sigiloso no âmbito do RDC assim determina:

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.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.510/2013, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, sessão: 19.6.2013.

⁴⁶ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 565.

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

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

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

De acordo com o dispositivo supracitado, o orçamento não será sigiloso por tempo indeterminado, pois será público após o encerramento da licitação. Além disso, caso não informada a não-sigilosidade no instrumento convocatório, o orçamento possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado para os órgãos de controle interno e externo.

Os defensores do orçamento sigiloso dizem que a sua aplicação pode trazer algumas vantagens, entre elas: I – assegurar que a proposta dos licitantes correspondam a um valor real de mercado e também um valor pelo qual realmente estejam dispostos a executar a obra, evitando que as propostas tornem-se parecidas com as do preço estimado; II – evitar que o valor publicado pela Administração acabe “ancorando” as propostas ou lances, que ficariam somente em torno do orçamento fixado pela Administração; III – pode coibir o conluio e outras práticas não concorrenciais; IV – o caráter sigiloso do orçamento estimado não afasta o princípio constitucional da publicidade, pois a divulgação das estimativas de preços realizadas pela Administração Pública não é imprescindível para a elaboração das propostas. Além disso, aos órgãos de controle interno e externo será divulgado o orçamento e, após a licitação, será tornado público.

Os críticos do orçamento sigiloso afirmam que tal medida vai de encontro ao princípio da publicidade. Essa crítica parece ter sido superada, pois, além do livre acesso ao orçamento pelos órgãos de controle interno e externo, o orçamento não é sigiloso eternamente, devendo ser divulgado após a licitação.

Para Luis Roberto Pontes, o orçamento sigiloso, quando associado à desclassificação das propostas com preços inferiores a um valor mínimo, também mantido em sigilo até a abertura dos envelopes, era bastante comum antes da Lei nº 8.666. Para direcionar uma obra pública ao parceiro escolhido, bastava ao governante utilizar um valor mínimo bem alto, e vazá-lo ao amigo preferido para que lhe fosse garantida a vitória na licitação por um preço tão elevado quanto desejassem, operação camuflada e simples.⁴⁷ Ainda sobre a corrupção, Marçal Justen Filho afirma que a informação sobre o valor do orçamento estimado é essencial

⁴⁷ PONTE, Luis Roberto. RDC, um escárnio aos princípios éticos da Lei. 8.666. Disponível em: <http://www.cbic.org.br/artigo/rdc/rdc-escario-aos-principios-eticos-da-lei8666>. Acesso em: 21 de novembro de 2016

para determinar a amplitude da licitação. O acesso a esse valor gera ao interessado uma vantagem muito grande, fazendo com que se amplie a oportunidade para práticas de corrupção, tornando questionáveis os benefícios trazidos pelo orçamento sigiloso para a Administração Pública.⁴⁸

O orçamento sigiloso é de suma importância para o ordenamento jurídico. Entretanto, deve-se levar em consideração que a nova medida pode tanto contribuir para boas práticas como a redução do conluio, como para as práticas de corrupção.

2.6 A alocação de riscos

Em todos os contratos celebrados está presente o elemento risco. Isso acontece já que as obrigações futuras a que se sujeitam as partes podem sofrer intervenções e, até mesmo, poderão surgir eventos incidentes que podem impactar o objeto contratado ou obstaculizar o cumprimento do contrato. Com isso, manifesta-se a questão de qual será a parte responsável financeiramente quando da ocorrência de determinados eventos.

Como dito em capítulo anterior, a Administração, na contratação integrada, determina a assunção de riscos pelo particular, devido ao fato de que lhe é incumbida uma maior responsabilidade por ter que definir soluções técnicas e metodologias de execução durante a elaboração do projeto básico e do projeto executivo. Diante disso, cabe ao gestor, no momento do planejamento da contratação, conhecer os possíveis riscos que poderão advir com a contratação. Caso contrário, haverá grande instabilidade quanto a segurança jurídica, assim como poderá a Administração ter que pagar elevados valores desnecessários.

Apesar da Lei nº 12.462/11 não prever expressamente a elaboração de uma matriz de riscos, é conveniente aos editais que prevejam claramente os riscos que deverão serem suportados pela contratada e aqueles de responsabilidade da Administração Pública. A matriz de risco é um instrumento “disposto no edital e no contrato, definidor das responsabilidades das partes, em termos de ônus financeiro, decorrentes de fatos supervenientes à assinatura do ajuste de que tenham potencial impacto no adimplemento do objeto”⁴⁹

Nesses casos, quando a matriz define um risco por determinado evento sendo da Administração Pública, haverá um termo aditivo no contrato. Caso a responsabilidade pelo evento futuro seja do particular, não há que se falar em termo aditivo. Essa é a lógica do §4º, art. 9º da Lei do RDC, que prevê que o empreendimento será de responsabilidade do

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. p. 120.

⁴⁹ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e a contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 264.

contratado e, com isso, não poderá ele próprio pleitear modificações da relação contratual, com a exceção de situações para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior e nos casos em que haja a necessidade de alteração do projeto ou de suas especificações para que melhor se adeque tecnicamente aos objetivos da contratação a pedido da Administração, desde que não sejam decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado. Nessa continuidade, a restrição aos aditivos será válida se no edital da licitação a Administração determinar com clareza quais serão os riscos futuros inerentes aos contratados, determinando a cada uma das partes seu respectivo ônus. Logo, A matriz de riscos, além de conferir uma maior segurança jurídica para as partes, também define, de forma clara e objetiva, as consequências contratuais decorrentes de evento futuro.

Quanto a sua obrigatoriedade, o entendimento do Tribunal de Contas da União é o da indispensabilidade da matriz de riscos quando utilizado o regime de contratação integrada:

9.1.4. 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 dos licitantes, é elemento essencial 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.⁵⁰

Por fim, não há dúvidas que na contratação integrada deverá haver um planejamento adequado para a concepção do objeto que se deseja contratar. A matriz de riscos deverá determinar de forma clara a distribuição de seus riscos, lembrando que “cada tipo de risco deve ser transferido à parte em melhores condições de assumi-lo”⁵¹.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.510/2013, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, sessão: 19.6.2013.

⁵¹ COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 06. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004, p. 146.

CAPÍTULO III

O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA A CONTRATAÇÃO INTEGRADA E AS PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES EM RELAÇÃO À LEI Nº 8.666/1993

A Lei do RDC surgiu com a necessidade que a Administração Pública tinha de garantir a realização dos megaeventos esportivos em nosso país. Com isso, a União Federal editou a Lei nº 12.462/2011 como forma de conceber o procedimento licitatório e a contratação. O novo regime, nas palavras do Ministro Valmir Campelo do Tribunal de Contas da União, emerge como “um avanço histórico em matéria de licitação”, como pode-se verificar, a Lei do RDC traz diversos avanços, como os “contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade”. Assim, “Inclui-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam ao interesse público”. Entretanto, com o aumento da discricionariedade dos gestores, há o contraponto da necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida.⁵²

Em regra, quando a Administração deseja contratar com o particular a execução de obras ou a prestação de serviços, é necessário um procedimento licitatório prévio. De acordo com a Lei nº 8.666/1993, 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”.⁵³ Tais objetivos serão alcançados através de um procedimento administrativo. Este, por um lado, irá atender ao interesse público escolhendo o negócio mais vantajoso e, por outro, será garantido aos particulares a oportunidade de disputarem entre si a realização do contrato com o Poder Público. Não só a Lei Geral de Licitações, mas também a Constituição Federal, prevê a necessidade do procedimento licitatório como forma de assegurar a igualdade de condições (princípio constitucional da isonomia) a todos os concorrentes.⁵⁴

A Lei do RDC, além de privilegiar a isonomia e o desenvolvimento nacional sustentável, busca algo além de uma proposta vantajosa decorrente da licitação. De acordo com a Lei nº 12.462/2011, são objetivos do novo regime: I – a ampliação da eficiência nas

⁵² BRASIL, Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 3011/2011, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, sessão: 16.11.2011.

⁵³ BRASIL, Lei n. 8.666, art. 3º, Inciso II, de 21 de junho de 1993.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, art. 37, Inciso XXI, DF: Senado, 1988.

contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II – a promoção da troca de experiências e tecnologias em busca de uma melhor relação entre os custos e os benefícios para o setor público; III – o incentivo a inovação tecnológica; e IV – a seguridade do tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.⁵⁵ Pode-se observar que a Lei nº 8666/1993 não possui correspondentes aos incisos I, II e III supracitados. Além disso, a ideia de “vantajosidade” prevista na Lei do RDC, diferentemente da Lei Geral de Licitações, possui um conceito determinado. O art. 4º, inciso III, da Lei 12.462/2011, aduz que deve ser observada a diretriz em relação à busca da maior vantagem para a Administração Pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.⁵⁶ Portanto, os objetivos foram ampliados, fazendo com que as necessidades da Administração Pública sejam atendidas pelos melhores meios possíveis.

Além do mais, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas trouxe grandes inovações, tendo por exemplo um novo modelo de contratação de obras e serviços de engenharia, qual seja a contratação integrada. Nessas contratações, haverá a dispensa de elaboração do projeto básico pela Administração Pública e acrescentado um anteprojeto projeto de engenharia que, diga-se de passagem, é um procedimento mais simples e célere. A adoção de um regime contratual que dispensa a elaboração do projeto básico pela Administração é mais do que uma busca por maior eficiência nas contratações administrativas. Nas palavras de Guilherme Frederico Dias:

[...] Na verdade, parece refletir também uma preocupação com o problema crônico de planejamento que tem marcado as licitações públicas no Brasil. Por diversas razões, a experiência prática aponta que o planejamento e a elaboração de projetos pela Administração Pública são dois dos principais impasses que põem em causa a deficiência dos contratos celebrados⁵⁷

A Lei nº 8.666/1993, nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr, “não atende de maneira adequada às necessidades da Administração, em razão da falta de previsão de utilização de tecnologia da informação, formas de negociação de preços e de burocráticos

⁵⁵ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 1º, §1o, de 10 de agosto de 2011.

⁵⁶ *Idem, ibidem.* art. 4º, Inciso III.

⁵⁷ 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 12.462 e ao Decreto nº 7.581.* Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 166.

procedimentos na avaliação dos documentos de habilitação dos licitantes”⁵⁸ Nesse sentido, são necessárias algumas modificações na disciplina de contratações públicas. Nas palavras de Marçal Justen Filho, como forma de modificar as contratações públicas, “a disciplina do RDC afigura-se como uma espécie de ‘experimentação legislativa’, visando a implantação gradual e controlada de um novo modelo licitatório”.⁵⁹ Com essa “experimentação”, de acordo com o art. 1º, §2º, da Lei nº 12.462/2011, serão afastadas as normas contidas na Lei nº 8.666/1993, sendo necessária uma análise das principais modificações trazidas pelo novo regulamento no procedimento da contratação integrada.

3.1 A publicação do Edital

A fase externa do procedimento licitatório tem início com os procedimentos de publicação. É nesse momento que a licitação será exteriorizada e os administrados passam a ter conhecimento formal de sua existência. A publicação é o procedimento que está ligado ao princípio da publicidade, entretanto, não se confunde com ele, pois o atendimento ao princípio da publicidade possui diversas outras ações que geram transparência a coisa pública⁶⁰.

De acordo com o art. 15 da Lei do RDC, será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação, com ressalva das hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Portanto, a regra é a publicidade dos procedimentos, sendo o sigilo a exceção.

O art. 15, §1º, da Lei 12.462/2011 prevê a publicidade dos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta dos fornecedores, cadastrados ou não, mediante:

- I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e
- II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.⁶¹

Comparativamente à Lei 8.666/1993, percebe-se que existe modificação significativa quanto a publicação do edital. No novo regime, há o acréscimo da obrigação de divulgação

⁵⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. Reforma da legislação sobre licitação pública: projeto de Lei n. 32, do Senado Federal. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 188, p. 917-918, out. 2009. p. 917.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/2011 e Decreto 7.581/11*. p.14.

⁶⁰ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 90.

⁶¹ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 15, §1o, Incisos I e II, de 10 de agosto de 2011.

em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgações de licitações ou mantido pelo ente encarregado. Ou seja, o RDC elegeu o meio eletrônico como forma preferencial para divulgação das licitações.

Ocorreu o afastamento da obrigatoriedade de divulgação do certame na mídia impressa. Isso ocorre pois a mídia eletrônica possui um potencial muito maior de divulgação e também apresenta custos menores tanto para a Administração Pública, que não será obrigada a pagar pelos anúncios, quanto para os licitantes, que não estarão obrigados a adquirir grande quantidade de jornais físicos diários. Além disso, há também maior agilidade no procedimento ante a exclusão dos prazos necessários para a divulgação através da mídia impressa. Outrossim, outra vantagem proveniente da divulgação da mídia eletrônica reside no fato que ela pode ocorrer de forma contínua enquanto a matéria estiver no sítio eletrônico. Quer dizer, ao contrário da mídia impressa que possui um efeito mais instantâneo pelo fato de estar restrita ao dia de circulação da mídia.⁶²

Da mesma forma que na Lei nº 8666/1993, o extrato do edital deve ser publicado no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município, conforme o valor estimado do objeto. De acordo com o §2º do art. 11 do Decreto 7.581/2011, é permitida a publicação em sítios eletrônicos oficiais da Administração Pública, desde que sejam digitalmente certificados por autoridade certificadora credenciada no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira:

Art. 11. [...]

§ 1º O extrato do instrumento convocatório conterá a definição precisa, suficiente e clara do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser consultada ou obtida a íntegra do instrumento convocatório, bem como o endereço onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que a licitação, na forma eletrônica, será realizada por meio da internet.

§ 2º A publicação referida no inciso I do **caput** também poderá ser feita em sítios eletrônicos oficiais da administração pública, desde que certificados digitalmente por autoridade certificadora credenciada no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil⁶³

Como se verificou acima, o fato do RDC dispensar a publicação no diário oficial é razoável por minimizar os custos decorrentes da publicação em mídia impressa. Para mais, há a questão da continuidade da divulgação da licitação que se difere da mídia impressa cuja propagação está restrita ao dia de circulação do jornal. Verifica-se, com essa novidade trazida pelo novo regime, uma sensível ampliação da publicidade.

⁶²ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 91.

⁶³BRASIL, Decreto n. 7.581, art. 11, de 11 de outubro de 2011.

3.2 Os modos de disputa

De acordo com o art. 14 do Decreto nº 7.581/2011, após a publicação do edital, será iniciada a fase de disputa do certame, ou seja, será instaurada a apresentação de propostas ou lances. Na lei do RDC, foram apresentados um modo de disputa aberto e outro fechado.⁶⁴

No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas propostas a partir de lances públicos e sucessivos, podendo ser eles crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento a ser adotado.

A forma eletrônica é usualmente utilizada quando os certames ocorrem no modo de disputa aberto. Conforme o art. 13 da Lei nº 12.462/2011 e o §2º, art. 13 do Decreto 7.581/2011, as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica. Diferente do que ocorre na forma presencial, na forma eletrônica, os licitantes poderão apresentar suas propostas no momento que acharem oportuno, não havendo ordem preferencial a oferta dos licitantes, desde que o façam no período de lances que é de trinta minutos. Caso contrário, perderão a oportunidade de fazê-lo. Isto é confirmado no §7º do art. 24 do Decreto nº 5.540/2005 que trata do pregão, mesmo procedimento utilizado para o modo aberto de disputa do RDC⁶⁵: “O sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances”.

Se a licitação for feita na forma presencial, deve haver o credenciamento prévio dos licitantes e, adicionalmente à forma eletrônica, serão adotados os seguintes procedimentos:

- I - as propostas iniciais serão classificadas de acordo com a ordem de vantajosidade;
- II - a comissão de licitação convidará individual e sucessivamente os licitantes, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta menos vantajosa, seguido dos demais; e
- III - a desistência do licitante em apresentar lance verbal, quando convocado, implicará sua exclusão da etapa de lances verbais e a manutenção do último preço por ele apresentado, para efeito de ordenação das propostas, exceto no caso de ser o detentor da melhor proposta, hipótese em que poderá apresentar novos lances sempre que esta for coberta, observado o disposto no parágrafo único do art. 18.⁶⁶

De acordo com o artigo supracitado, diferentemente da forma eletrônica, deverá ser seguida uma ordem para a apresentação de lances e aquele que desista depois de convocado ficará impedido de efetuar novos lances. Haverá exceção a esse impedimento quando o desistente for o detentor da melhor proposta. Nesse sentido, de acordo com o Ministro do

⁶⁴ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 16, de 10 de agosto de 2011 c/c Decreto n. 7.581, art. 15, de 11 de outubro de 2011.

⁶⁵ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 100.

⁶⁶ BRASIL, Decreto n. 7.581, art. 19, de 11 de outubro de 2011.

Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler, os licitantes, na busca de resultados que atendam da melhor forma seus interesses econômicos, tendem a efetuar propostas com valores suficientes apenas para superar seus oponentes. Dessa forma, enquanto for o detentor da melhor proposta, é esperado que esse licitante não busque aperfeiçoá-la quando convocado. Todavia, caso essa proposta seja superada posteriormente, provavelmente esse licitante terá a intenção de recuperar sua antiga posição de primazia na competição e, caso isso ocorra, redundará em opção mais econômica para a contratante.⁶⁷ Como observado, a exceção exposta é compatível com o princípio da proposta mais vantajosa para a Administração.

Ademais, no modo de disputa aberto, é permitido que os licitantes apresentem lances intermediários assim definidos:

- I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, mas superiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta de preço; ou
- II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, mas inferiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotados os demais critérios de julgamento.⁶⁸

Os lances intermediários permitem que os licitantes disputem determinada posição classificatória na expectativa de que aqueles que possuam as melhores propostas não preencham os requisitos de habilitação. Caso contrário, haveria a suspeita de que não foram atingidos os objetivos do procedimento de busca pela proposta mais vantajosa, assim como a ampliação da competitividade caso o primeiro classificado não venha a ser contratado por ser inabilitado ou por não honrar a sua proposta. Desse modo, nessas situações, o segundo colocado pode ser contratado sem se saber a disposição dos outros licitantes cobrirem a oferta proposta por esse segundo colocado. Ademais, os lances intermediários inibem o chamado “efeito coelho” que previne a Administração de um prematuro fim da competição, por parte de alguma empresa que não seja apta a se habilitar ou que não possua interesse na contratação, por elaborar uma proposta economicamente inviável para os demais licitantes. Havendo qualquer tipo de combinação entre licitantes, o esgotamento prematuro do certame licitatório ocorre de forma a beneficiar determinada empresa que estivesse classificada logo depois daquela que elaborou a proposta que não seria honrada.⁶⁹

Além da apresentação de lances intermediários, poderá o gestor utilizar-se de mecanismo adicional para minimizar os eventuais inconvenientes que advenham no caso do

⁶⁷ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 101.

⁶⁸ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 17, §§ 1º e 2º, de 10 de agosto de 2011 c/c Decreto n. 7.581, art. 20, de 11 de outubro de 2011.

⁶⁹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 102.

primeiro colocado não honrar a sua proposta. Nesse sentido, caso a diferença entre o melhor lance e a proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos dez por cento, poderá a comissão de licitação admitir que seja reiniciada a disputa aberta, de acordo com os termos estabelecidos no edital, para que sejam definidas as demais colocações diferentes das do primeiro lugar. Isto é, há uma nova disputa para o segundo lugar que possa garantir que a segunda classificada seja, caso a primeira classificada desista ou seja inabilitada, a melhor proposta para a Administração.⁷⁰

O outro modo de disputa, mais semelhante ao modo tradicional da Lei Geral de Licitações, previsto na Lei do RDC, é o fechado. Nesse modo, as propostas que serão apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para sua divulgação. Esse método mostra-se vantajoso uma vez que os licitantes serão forçados a apresentarem de pronto as suas propostas que considerem mais competitivas, pois eles não terão outra oportunidade para realizar outra proposta. Nesse modelo, os licitantes não poderão usar a estratégia de guardar suas melhores propostas para exibi-las à medida que a concorrência com os demais licitantes o exigir. Não obstante, em alguns casos, os licitantes não apresentam a sua melhor proposta esperando que ela seja suficiente para vencer os demais concorrentes. Diante disso, a desvantagem apresentada por esse modelo está na ausência da possibilidade de o licitante, mesmo querendo, cobrir a proposta de seu concorrente, como ocorre no modo aberto.⁷¹

Os artigos 23 e 24 do Decreto nº 7.581/2011 permitem a combinação dos dois modelos de disputa supracitados:

Art. 23. O instrumento convocatório poderá estabelecer que a disputa seja realizada em duas etapas, sendo a primeira eliminatória.

Art. 24. Os modos de disputa poderão ser combinados da seguinte forma:

I - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19; e

II - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.

A combinação desses modos busca um equilíbrio entre os prós e contras do sistemas aberto e fechado. Isso se deve ao fato de que, como visto anteriormente, no sistema fechado, os licitantes são estimulados a apresentarem desde logo suas propostas mais competitivas e, no sistema aberto, os licitantes poderão cobrir as propostas dos seus concorrentes. A

⁷⁰ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 17, §1º, inciso II, de 10 de agosto de 2011 c/c Decreto n. 7.581, art. 21, de 11 de outubro de 2011.

⁷¹ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 106.

desvantagem que surge com essa combinação é que essas oportunidades somente estarão disponíveis aos licitantes detentores das três melhores propostas, que lograrão avançar para a segunda fase.

3.3 A inversão das fases no procedimento licitatório e a fase recursal única.

O art. 12 da Lei do RDC prevê que o procedimento licitatório deverá obedecer as seguintes fases: I – preparatória; II – publicação do instrumento convocatório; III – apresentação de propostas ou lances; IV – julgamento; V – habilitação; VI – recursal; e VII – encerramento. Indo adiante, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que a fase de habilitação, mediante ato motivado, pode anteceder as fases de apresentação das propostas ou lances e de julgamento, dado que haja previsão no instrumento convocatório. A fase de habilitação consiste na apuração da idoneidade e capacitação dos particulares que desejam com a Administração Pública contratar. “É a fase do procedimento em que se analisa a aptidão dos licitantes. Entende-se por aptidão a qualificação indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração.”⁷²

Observa-se que a regra na Lei do RDC, diferentemente da Lei Geral de Licitações, é a que a fase de habilitação ocorrerá somente após a apresentação das propostas e do julgamento. A Administração, caso queira inverter as fases, deve motivar e indicar, no instrumento convocatório, a adoção do procedimento contrário ao previsto no *caput* do art. 12 da Lei nº 12.462/2011. Ou seja, a alteração da ordem das fases de habilitação e julgamento é impositiva no RDC. Somente serão examinados os documentos do licitante cuja proposta tiver sido classificada como vencedora.

Após o julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes, restando preenchidos os requisitos de habilitação que confirmam a idoneidade e capacitação técnica do particular, o licitante será declarado vencedor. Caso se verifique que haja algum defeito ou insuficiência na documentação apresentada pelo licitante, será promovida a sua exclusão do certame e aberto outro envelope com os documentos do segundo classificado, de acordo com o art. 42, §2º, do Decreto nº 7.581/2011. Tal procedimento terá continuidade até que haja um licitante cuja documentação preencha todos os requisitos previstos na lei e no instrumento convocatório.

A Lei do RDC, art. 24, §1º, prevê ainda a possibilidade de a análise de qualidade da proposta limitar-se àquela mais bem classificada. Todavia, há a possibilidade de que o edital da licitação utilize o procedimento tradicional da Lei Geral de Licitações, devendo essa

⁷² BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 604.

decisão ser motivada e explicitando os motivos pelos quais a adoção desse procedimento será o mais adequado para se alcançar os objetivos da Administração Pública de maneira satisfatória. “A regra é útil e prática, na medida em que se afasta a possibilidade de uso indiscriminado de procedimento ultrapassado e antieconômico, que só será adotado se restar comprovado que a sua adoção, para um objeto específico, atende plenamente ao interesse público.”⁷³

Nos casos em que a contratação integrada seja utilizada, possuindo objetos com elevado nível de complexidade, a inversão das fases do procedimento licitatório será a regra. Sempre que a complexidade do objeto ou vulto da contratação atrair uma análise mais minuciosa da aptidão dos interessados, a Administração Pública deverá justificar nos autos essa necessidade e inverter as fases de julgamento, somente conferindo a qualidade jurídica de ofertantes aos que demonstrem a suficiência exigida para disputarem o objeto.⁷⁴

Ademais, após as fases de julgamento das propostas ou lances e habilitação, a fase recursal única será iniciada. Nessa fase, serão analisadas as questões atinentes às duas fases que a antecederam, quais sejam a fase de julgamento e a fase de habilitação. Isto é, sempre que um licitante é desclassificado lhe é conferido a faculdade de apresentar recurso contra a decisão que não aceitou suas propostas, de acordo com o art. 27, parágrafo único, da Lei do RDC: “na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor”. Portanto, todos os defeitos indicados pelos licitantes deverão ser manifestados no momento oportuno para interposição de recurso.

A fase recursal única, de acordo com o art. 27 *caput* da Lei do RDC, será excepcionada nos casos os quais a inversão de fases for adotada durante o procedimento licitatório, ou seja, quando a habilitação ocorrer antes do julgamento das propostas. Assim, o art. 58 do Decreto nº 7.581/2011 disciplina que, nos casos de inversão de fases, “os licitantes poderão apresentar recurso após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas”. Serão distintos, pois, os momentos.

Tal procedimento é bastante semelhante ao praticado nos recursos do Pregão. O inciso XVIII, do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002 determina que os licitantes poderão interpor recurso após a declaração do vencedor, questionando todos os defeitos que repute terem ocorrido durante a licitação. Nas palavras de Marçal Justen Filho: “o interessado deverá anotar todas as

⁷³ BITENCOURT, Sidney. Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto n. 7.581, de 11.10.2011, alterado pelo Decreto n. 8.251, de 23.05.2014, que regulamentou a Lei n. 12.462, de 5.8.2011: Lei do RDC. p. 199.

⁷⁴ RODRIGUES, Alessandra Cristina Giroto. *A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas*. 2016. p.115. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

irregularidades que reputar ocorrentes e aguardar o momento terminal. Depois de realizada a classificação final, todos terão a oportunidade para exercitar o recurso”.⁷⁵

À vista disso, conclui-se que a modificação da ordem das fases no procedimento licitatório, ao dispensar a análise da documentação de todo e qualquer interessado em contratar com a Administração Pública, assim como a sua fase recursal única, seguramente conferem uma maior celeridade à licitação.

3.4 A possibilidade de negociação

A possibilidade de negociação é uma das novidades trazidas pela Lei do RDC. Tal ampliação das hipóteses de negociação surge com o intuito de gerar condições mais vantajosas para a Administração. Haverá a negociação no caso de duas hipóteses: a primeira será na fase de julgamento que ocorre após a classificação das propostas de acordo com a vantajosidade (art. 26 da Lei 12.462/2011 e art. 43 do Decreto nº 7.581). A segunda será realizada após a fase recursal e como etapa da fase de encerramento do procedimento licitatório (artigos 59 e 60 do Decreto nº 7.581).

De acordo com o art. 26 da Lei 12.462/2011, definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais convenientes com o primeiro colocado. Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo prevê que a proposta do primeiro colocado poderá ser desclassificada quanto ao preço, mesmo após a negociação, caso permaneça acima do orçamento estimado. Como consequência dessa desclassificação, serão repetidos os atos da fase de julgamento relativamente à proposta do segundo classificado e dos demais se for o caso.

O Decreto nº 7.581 prevê ainda a possibilidade de negociação como etapa da fase de encerramento, imediatamente antes de a comissão de licitação concluir o procedimento licitatório e encaminhar os autos à autoridade superior. De acordo com o art. 59 do Decreto: “Finalizada a fase recursal, a administração Pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado”. Dessa forma, a negociação será a última medida da licitação antes do ato de encerramento e encaminhamento dos autos à autoridade superior.

Ocorre que a negociação está relacionada a alguns princípios da licitação, dentre eles, o princípio da vantajosidade, o da isonomia e o da vinculação ao instrumento convocatório. A negociação está ligada à vantajosidade pelo fato de que a Administração tem

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2009. p. 2005.

o dever de alocar os recursos da forma mais eficiente possível, ou seja, a Administração tem o dever de selecionar a proposta com melhor custo benefício. Como a negociação tem o objetivo de obter uma proposta mais favorável, tal mecanismo está de acordo com o princípio da vantajosidade. O princípio da isonomia, consagrado no art. 3º, inciso IV da Lei 12.462/2011, assegura o tratamento isonômico a todos os concorrentes da licitação. Entretanto, há uma crítica feita à negociação pelo fato de permitir-se a modificação da proposta de apenas um dos licitantes. Esta crítica pode ser afastada pelo fato do licitante convocado para negociar já haver sido consagrado como vencedor da etapa competitiva, não sendo necessário o tratamento isonômico entre os particulares. Por fim, há o princípio da vinculação ao instrumento convocatório que decorre do princípio da legalidade. Desse princípio, provém duas importantes conclusões quanto as alterações de propostas no curso da licitação: a primeira é que a negociação deve respeitar as regras do edital e a segunda é que as vantagens adicionais oferecidas pelo licitante durante a negociação não podem subverter o resultado da fase competitiva e do julgamento das propostas. Dessarte, a negociação poderá ocorrer apenas nas hipóteses em que a modificação não gere ofensas a competição entre os licitantes.⁷⁶

Existem alguns benefícios trazidos pela negociação. O primeiro deles é a possibilidade da Administração reduzir o valor a ser desembolsado, “pechinchando” ou “barganhando” com o licitante. O segundo é o de que nem sempre a Administração Pública alcança o resultado almejado com a licitação, ou seja, a proposta ainda não está com um valor atrativo para a Administração. Nesses casos, a negociação surge como um mecanismo que corrige uma eventual distorção da competição. Por fim, há a possibilidade de as propostas dos licitantes ultrapassarem o orçamento estimado para a contratação. De acordo com o art. 24, inciso III, da lei 12.462 e do art. 40, inciso III do Decreto nº 7.581, a proposta que permanecer acima do valor orçado será desclassificada. Logo, a negociação serve como instrumento para evitar a eliminação do licitante ou eliminação da licitação caso a proposta de todos os licitantes esteja acima do orçamento estimado.⁷⁷

A negociação pode trazer também alguns riscos e resultados indesejados para a Administração. Um deles seria a subversão do julgamento objetivo da licitação comprometendo o tratamento isonômico que deve ser conferido aos licitantes. Outro risco é a ampliação da oportunidade de corrupção já que é garantida grande margem de

⁷⁶ JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 274-275.

⁷⁷ *Idem, Ibidem*. p. 278-279.

discricionariedade para a comissão de licitação na adoção da negociação. Sendo assim, amplia-se o risco da prática de condutas ilícitas e comportamentos eticamente reprováveis.⁷⁸

Como já indicado Pelo Tribunal de Contas da União:

[...] a própria fase de “negociação”, prevista no Decreto 2.745/1998, possibilita a ocorrência de irregularidades, seja pela sua inclusão de poder discricionário não previsto em lei, já que fica a cargo da comissão a definição de quando tal negociação será realizada, com quantos licitantes será realizada e quais serão os limites para essas negociações.⁷⁹

As negociações previstas na Lei do RDC são inovação importantíssima haja vista que podem representar benefícios ao regime de contratações públicas. Pode-se citar, como exemplo, a permissão que a negociação dá para que se corrijam os defeitos da competição entre os licitantes e a possibilidade que a Administração Pública reduza os preços. No entanto, há que se levar em consideração os eventuais riscos associados à aplicação inadequada do mecanismo de negociação.

3.5 O julgamento das propostas

O art. 45, §1º, da Lei nº 8.666/1993 determina que os diferentes critérios de julgamento definem os diferentes “tipos” de licitação. Sobre essa nomenclatura, Celso Antônio Bandeira de Melo ressalva que “a lei denomina ‘tipos de licitação’ ao que, na verdade, são os distintos critérios fundamentais de julgamento por ela estabelecidos para obras, serviços e compras (não para concurso e leilão), vedada a criação de outros (art. 45, §5º)”.⁸⁰ No Regime Diferenciado de Contratações, os tipos de licitação foram acolhidos como critérios de julgamento e a estes foram acrescentados alguns novos critérios. Para mais, houve a modificação da redação de alguns dispositivos.

De acordo com o art. 18 da Lei do RDC, os critérios de julgamento das propostas são: 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. Esses critérios de julgamento das propostas deverão ser identificados no instrumento convocatório.⁸¹ Além disso, o Regulamento dispõe que o julgamento das propostas será efetivado pelo emprego de

⁷⁸ JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 280.

⁷⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 2.473/2008, Plenário. Processo 006.515/2006-7. Rel. Min. Aroldo Cedraz, Sessão: 5.11.2008.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 601.

⁸¹ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 18, §1º, de 10 de agosto de 2011.

parâmetros objetivos definidos no instrumento convocatório, sendo vedado computar vantagens não previstas, inclusive financiamentos subsidiados ou ao fundo perdido.⁸²

Dentre os critérios de julgamento, o mais comum é o do menor preço, ao qual foi acrescido a possibilidade de realizar-se a disputa por meio do maior desconto. Quando utilizados esses critérios, será considerado o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.⁸³

Nos casos de 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 estabelecidos no instrumento convocatório. Esse critério de julgamento 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. Ademais, só poderá ser usado tal critério quando seus objetos forem de natureza predominantemente intelectual e de inovação técnica; ou 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. O critério de melhor técnica e preço será utilizado para o julgamento das licitações para contratação integrada e será o objeto do próximo capítulo.

O julgamento poderá ser feito por melhor técnica ou pelo melhor conteúdo artístico. O art. 21 da Lei do RDC determina que tal critério de julgamento quando utilizado considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes com base em critérios objetivos previamente firmados no instrumento convocatório, no qual será definido o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores. Para mais, esse critério de julgamento poderá ser utilizado para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza artística, técnica ou científica, excluindo-se os projetos de engenharia.⁸⁴

Foram também previstos na Lei do RDC os critérios da maior oferta de preço ou do maior retorno econômico. O primeiro será utilizado no caso de contratos que resultem em receita para a Administração Pública.⁸⁵ O segundo será utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, cujas propostas serão consideradas de forma a

⁸² BRASIL, Lei n. 12.462, art. 18, §§ 2º e 3º, de 10 de agosto de 2011.

⁸³ *Idem, ibidem.* art. 19.

⁸⁴ *Idem, ibidem.* art. 21, parágrafo único.

⁸⁵ *Idem, ibidem.* art. 22, parágrafo único.

selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração decorrente da execução do contrato.⁸⁶

A Lei nº 12.462/2011 determinava que, na contratação integrada, seria utilizado exclusivamente o critério técnica e preço, entretanto, o art. 9º, inciso III, §2º, da Lei nº 12.562/2011 foi revogado pela Lei nº 12.980/2014. As licitações, na contratação integrada, atualmente, podem ter como critérios de julgamento o menor preço e técnica e preço. Por esse motivo, será feita uma análise mais detalhada de cada um desses critérios.

O *caput* do art. 20 da Lei 12.462/2011, que trata do critério de técnica e preço, prevê a necessidade de que o julgamento ocorra por intermédio de critérios e parâmetros objetivos de análise, sendo, portanto, de caráter obrigatório a indicação dos fatores de julgamento proporcionais às necessidades da Administração no instrumento convocatório. O parágrafo único do art. 20 do Decreto nº 7.581/2011 indica que deve ser utilizado o critério de julgamento de melhor técnica e preço quando houver a necessidade de ponderação da qualidade técnica das propostas que superem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório. Além de ter um bom preço, a proposta do licitante deverá obedecer os requisitos de qualificação técnica, quais sejam, a capacidade técnico-operacional dos licitantes em fornecer o objeto a ser contratado e as características técnicas do próprio objeto. Ou seja, a proposta vencedora será aquela que apresentar uma maior pontuação decorrente da conjugação de sua proposta técnica com a sua proposta de preço.⁸⁷

A contratação integrada envolve a execução de objetos de elevada complexidade, sendo a contratada responsável pelo fornecimento integral do objeto, incluindo o fornecimento de materiais e equipamentos, construção, montagem e a colocação em operação, isto é, o objeto deve ser entregue em plenas condições de funcionamento. Por esse motivo, é natural que a escolha da proposta mais vantajosa leve em consideração a análise técnica das propostas dos licitantes. De acordo com Alexandre Wagner Nester, “em regra, quanto mais complexo o objeto licitado, mais evidente a necessidade de contratação de um prestado altamente qualificado e, portanto, maior a tendência de utilização do critério de julgamento com base na técnica e preço”.⁸⁸ Não obstante, atualmente, é possível que na contratação integrada seja levado em consideração apenas o critério de menor preço, pois houve

⁸⁶ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 23, parágrafo único, de 10 de agosto de 2011.

⁸⁷ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 124.

⁸⁸ NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 236.

revogação da redação original da Lei do RDC que previa a adoção obrigatória do critério de julgamento por técnica e preço. Ainda assim, sempre que a Administração Pública não possua as condições para determinar a solução técnica mais apropriada ao caso concreto, o objeto atrairá a busca por soluções disponíveis no mercado, de modo que possa ser empregada a solução que possua a qualidade possível, situação esta que impõe a adoção do critério de julgamento por técnica e preço.

Além disso, o §2º do art. 20 da Lei do RDC admite que sejam atribuídos fatores de ponderação para valorar as propostas técnicas e de preço, estipulando que o percentual de 70% não deve ser ultrapassado quando houver ponderação. Dessa maneira, resta solucionada a dúvida quanto aos limites de peso que se poderia atribuir a cada um dos critérios. Evita-se que seja desconfigurado o critério de técnica e preço, o qual pressupõe uma média ponderada entre os dois fatores, levando em consideração a relevância de ambos para a escolha da proposta mais vantajosa.⁸⁹

Quanto a possibilidade de julgamento pelo menor preço, a Medida Provisória 630, de 24 de dezembro de 2013, trouxe algumas modificações ao regime de contratação integrada, pois revogou o inciso III do §2º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, que determinava a obrigatoriedade do uso do critério de julgamento técnica e preço nas licitações envolvendo o regime de contratação integrada previsto no RDC. Logo, com essas alterações, nada obsta que esse regime utilize-se de outros critérios de julgamento das propostas, não sendo mais obrigatório o julgamento por técnica e preço, cujas condicionantes encontram previsão no art. 20 da lei, sendo possível que contratações integradas se concretizem também com o julgamento das propostas pelo menor preço.⁹⁰

Ademais, o entendimento do Tribunal de Contas da União, a partir da alteração feita pela Lei nº 12.980/2014, é o de que “a regra geral prevista na Lei do RDC para a adoção do critério de técnica e preço traduz a mesma ideia contida no art. 46, §3º, da Lei 8.666/1993, que só admite a licitação de obras por esse critério em objetos de grande vulto e dependentes de tecnologia de maior sofisticação”. Dessa forma, não é cabível o critério de técnica e preço para o julgamento de propostas que sejam relativas a edificações de baixa complexidade,

⁸⁹ NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 237-238.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 1.339/2014, Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman, sessão: 28.5.2014.

devendo ser adotada a disputa pelo julgamento de menor preço para a Administração Pública.⁹¹

Ao serem analisadas as hipóteses de cabimento da contratação integrada antes da alteração da Lei nº 12.980/2014, alguns doutrinadores entendiam ser cabível a contratação integrada apenas nos casos em que estivessem presentes os requisitos de adoção do critério de julgamento melhor técnica e preço. De acordo com Daniel F. dos Santos e José Anacleto Abduch, antes da alteração legislativa, o critério de julgamento menor preço na contratação integrada seria inconstitucional:

Se a nova lei tivesse previsto a possibilidade de emprego do regime de contratação integrada para licitações cujo critério de julgamento fosse o de menor preço, não se hesitaria em afirmar que a norma seria inconstitucional, por risco de violação dos princípios da eficiência, do julgamento objetivo, da impessoalidade, da moralidade, e da economicidade. Constituiria uma impossibilidade jurídica, desvirtuadora do princípio licitatório e da isonomia decidir pelo preço das propostas com características técnicas absolutamente diversas.

O suporte fático a autorizar a licitação pelo regime de contratação integrada é exatamente a indefinição administrativa sobre a qual seria a melhor solução técnica para suprir a necessidade pública. [...]

Decidir pela contratação integrada não constitui, portanto, uma faculdade da Administração. A decisão pela adoção do novo regime de execução constitui ato vinculado do administrador: vale dizer, somente nos casos em que seja admissível a adoção de licitação do tipo técnica e preço é que se poderá utilizar o regime da contratação integrada.

E as hipóteses de cabimento da licitação do tipo técnica e preço são bastante limitadas pela própria Lei n. 12.462/2011 no artigo 20, que determina que tal critério de julgamento somente poderá ser utilizado quando o objeto (i) for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou (ii) quando puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução⁹² (grifos nossos)

Como visto acima, a obrigatoriedade de licitar-se por meio do critério de técnica e preço foi revogado pela Lei nº 12.980/2014, sendo possível, agora, a adoção do critério de menor preço para as obras e serviços de engenharia no regime de contratação integrada. Contudo, vale lembrar que a necessidade de caracterizar-se a viabilidade técnica e econômica de adotar a contratação integrada não mudou, devendo ser demonstrado, de acordo com o art. 9º, incisos I a III, da Lei 12.462/2011 que o objeto envolve: inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.⁹³ Adotando-se uma dessas condições será atraída a necessidade de adoção do critério por técnica e preço. Nesses casos, a regra não será a

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 2.242/2014, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, sessão: 03.09.2014.

⁹² FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas: comentários sobre algumas inovações da Lei. 12.462/2011. Versão digital.

⁹³ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 9º, incisos I a III, de 10 de agosto de 2011.

adoção do critério pelo menor preço, mas sim a exceção. Esta terá cabimento quando o anteprojeto de engenharia for tão detalhado, que a margem para que haja variações metodológicas seja tão ínfima a ponto de afastar a regra da utilização do critério de julgamento técnica e preço.

CAPÍTULO IV

A CONTRATAÇÃO E SUAS PECULIARIDADES

Após o devido procedimento licitatório, o objeto da licitação será adjudicado ao vencedor e o procedimento licitatório, homologado. Não havendo necessidade de saneamento de irregularidades, ou a necessidade de anulação do procedimento por vício insanável ou de revogação por motivos de conveniência e oportunidade, será o vencedor da licitação convocado para assinar o contrato.⁹⁴ Além disso, o art. 39 da Lei nº 12.462 determina que “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 a exceção das regras específicas previstas nessa Lei”, isto é, não havendo previsão legal a respeito dos contratos a serem executados no âmbito do RDC, serão aplicadas as regras da Lei Geral de Licitações e Contratos.

4.1 Convocações para assinatura do contrato

De acordo com a Lei nº 8.666/93, em seu art. 64, §2º, sem que haja prejuízo da aplicação das sanções previstas no art. 81 da mesma Lei, será facultado à Administração Pública, sempre que o vencedor da licitação não assine ou não aceite o termo de contrato ou retire o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para que assinem o contrato em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado desistente, inclusive quanto aos preços atualizados em conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação. Ocorre que tal procedimento, muitas vezes, faz com que os licitantes remanescentes não tenham condições financeiras de aceitar o valor do vencedor, fazendo com que a Administração tenha que anular o procedimento licitatório.

O art. 40 da lei prevê que, nos casos os quais o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento convocatório, será facultado à Administração revogar a licitação, sem que sejam prejudicadas as eventuais sanções que possam surgir. Ademais, o artigo define também que é facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

⁹⁴ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 28, de 10 de agosto de 2011.

O art. 40 prevê também uma novidade em seu parágrafo único. De acordo com esse dispositivo, havendo a hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nas mesmas condições do vencedor, a Administração poderá convocar os remanescentes, na ordem de classificação, para que celebrem o contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos instrumentos do instrumento convocatório.⁹⁵

O chamamento do licitante remanescente para que pague o mesmo valor do vencedor do procedimento que se recusou a assinar o contrato muitas vezes inviabiliza a contratação. Frequentemente o licitante que não assina o contrato o faz pelo fato de não ser exequível, sendo impossível que se leve a termo sem que houvesse grande onerosidade. Nesse sentido, não é comum que o segundo colocado do procedimento licitatório tenha condições de executar o previsto no contrato pelo valor do primeiro colocado, e é natural que haja a recusa em igualar o valor, fazendo com que a Administração tenha que executar uma nova licitação.⁹⁶

Como visto acima, o fato da Administração poder, quando o primeiro colocado da licitação não assinar o contrato, convocar o licitante remanescente, surge como uma forma de desonerar a Administração Pública da perda de tempo e dos custos financeiros de executar um novo procedimento licitatório. Tal fato, além de contribuir com a Administração, também contribui com o licitante remanescente que poderá executar a obra ou serviço pelo valor que havia proposto. Portanto, tal inovação trazida pela Lei do RDC é de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 Ainda a questão dos riscos e da alteração contratual

Como dito em capítulo anterior, o risco é inerente a qualquer contrato celebrado pela Administração Pública e o particular. Isso ocorre pelo fato das obrigações acordadas pelas partes estarem sujeitas a acontecimentos que podem ocorrer durante a execução do contrato. Com isso, é necessária a criação de uma matriz de riscos.

É conveniente que os editais sejam bem claros quanto aos riscos que devem ser suportados tanto pela parte contratada quanto aqueles de responsabilidade da Administração Pública. Por isso, a matriz de riscos aparece com o intuito de gerar maior segurança jurídica aos licitantes e reduzir a taxa de riscos embutidas nas suas propostas.

⁹⁵ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 40, de 10 de agosto de 2011.

⁹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial eletrônico*. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 237.

Assim, o Tribunal de Contas da União fez recomendação ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) para que inserisse uma “matriz de riscos no instrumento convocatório e na minuta contratual, de modo a tornar o certame mais transparente e isonômico, assim como conferir maior segurança jurídica ao contrato”⁹⁷

Sempre que é feita uma contratação integrada, é imprescindível a introdução de uma matriz de riscos no instrumento convocatório, pois, nesse tipo de contratação, é transferido ao particular os riscos do projeto e da execução, de tal forma que só seriam possíveis aditivos contratuais em casos excepcionais previstos em lei. Tal vedação é inerente à contratação integrada pelo fato da contratada elaborar o projeto básico e adotar as soluções técnicas que melhor lhe convém, não sendo cabível que pleiteie modificações contratuais, alegando a presença de falhas do planejamento que ele mesmo desenvolveu.

A Administração Pública encarregar-se-á pela distribuição dos riscos de forma clara e objetiva no instrumento convocatório, para que as condições de formulação e elaboração das propostas sejam perfeitas e exista segurança jurídica.

Os aditivos contratuais na contratação integrada são admitidos apenas em casos excepcionais, são eles: I - para a recomposição do equilíbrio econômico, devido a ocorrência de caso fortuito ou força maior; II - quando da 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, com observância do previsto no §1º, art. 65 da Lei Geral de Licitações.⁹⁸

No primeiro caso, o reestabelecimento da relação contratual por fato superveniente surge como forma de acolher o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa. Já o segundo ocorre quando a Administração deseja alterar objeto licitado pra melhor atendimento do interesse público, aplicando-se os limites de reajustes previstos na Lei nº 8.666/1993.

Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Contas da União quanto à utilização dos termos aditivos na contratação integrada é:

[...] não seria qualquer tipo de alteração de projeto que motivaria o aumento do custo global nesse tipo de contrato. Pelo contrário, Isso só seria possível em: (i) casos de desequilíbrio econômico-financeiro insustentável para uma das partes, em razão de alguma alteração radical de condições intra ou extracontratuais objetivas quando de sua execução, em confronto com o ambiente objetivo vivenciado no momento da celebração do contrato; (ii) em casos de modificações imprevisíveis no momento da assinatura do contrato; ou ainda, (iii) em casos excepcionais, como alterações de

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.465/2013, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, sessão: 12.06.2013.

⁹⁸ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 9º, §4º, de 10 de agosto de 2011.

escopo, que a depender das circunstâncias, pode configurar como um exemplo de aplicação dos casos anteriores.⁹⁹

Portanto, quando a Administração Pública utilizar-se do regime de contratação integrada não restam dúvidas sobre a importância do emprego de uma matriz de riscos bem elaborada para uma melhor execução do contrato. Com isso, não serão necessários os termos aditivos, que serão utilizados apenas em casos excepcionais.

4.3 A revisão por iniciativa do particular

A alteração contratual não é admitida quando demonstrado que ela decorre de erro do particular contratado. Sendo assim, a inalterabilidade do contrato por falhas advindas do projeto ou nas especificações técnicas por culpa do contratado corresponde a eventos previsíveis que são passíveis de adequação e dimensionamento pelo contratado, situação em que não lhe caberá qualquer tipo de alteração com o intuito de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

Entretanto, tal vedação ao aditamento do contrato para alterações dos projetos por conta de erros ou omissões por parte da contratada não significa a impossibilidade de revisão dos defeitos e incongruências que surjam com o empreendimento. A correção serve como instrumento de preservação da própria utilidade da contratação. Tampouco não faria sentido que a Administração Pública, frente a um erro ou imprecisão advindo do projeto, mantenha-se inerte. Dessa forma, a vedação ao aditamento prevista na Lei do RDC não impede que o projeto seja alterado, mas sim que será de obrigação exclusiva do particular contratado assumir a responsabilidade técnica e os encargos econômicos relativos à revisão do projeto.¹⁰⁰

De acordo com Marçal Justen Filho, sempre que sejam constatadas falhas que sejam promovidas pelo particular que surjam com a realização do contrato, é plenamente cabível que haja a alteração para que o objeto seja executado da melhor forma possível. Aduz o autor que a Administração Pública possui o dever de opor-se à continuidade da execução de um contrato inadequado e que seja assentado em premissas técnicas equivocadas. O que não admite o §4º, do art. 9º, da Lei do RDC é que haja uma elevação na remuneração a ser recebida pelo particular contratado. O que é vedado pelo dispositivo legal não é a correção dos defeitos, mas a assunção pela Administração Pública dos efeitos financeiros decorrentes.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 300/2013, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, sessão 27.02.2013.

¹⁰⁰ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462-2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br-informativo>, acesso em: 25 de outubro de 2016.

Nesse caso, resta caracterizada mais uma situação em que se utiliza o termo aditivo, modificando o escopo contratual, levado a efeito após a instrução de procedimento administrativo para implementar a solução adequada. Ao particular contratado, haverá a obrigação de indenizar perdas e danos que sejam decorrentes de sua conduta, além da sujeição das penas que lhe serão aplicadas.¹⁰¹

Da mesma forma, ao menos em tese, não é afastado do particular a possibilidade de empreender alterações nos projetos para que sejam mais eficientes. Isso poderá ocorrer desde que o objeto e as alterações determinadas no instrumento convocatório da licitação sejam mantidos e desde que não gerem custos adicionais ao Poder Público. De acordo com Guilherme Frederico Dias Reisdorfer, seria conveniente que o edital da licitação previsse uma eventual partilha de ganhos de eficiência por tal atuação – o que poderia vir a ser contemplado na previsão de remuneração variável.¹⁰²

Isto posto, a melhor maneira de respeitar o princípio da eficiência será dar andamento ao contrato fazendo as modificações que sejam necessárias, através da alteração contratual. Contudo, há que se levar em consideração que o particular contratado não fará jus a nenhuma remuneração advinda de desequilíbrio econômico-financeiro quando ele mesmo tenha concorrido para a ocorrência da falha na execução do contrato.

4.4 As alterações contratuais promovidas por iniciativa da Administração Pública

Embora a Lei do RDC tenha limitado as hipóteses em que o contrato poderá ser aditado, a Lei atribuiu à Administração Pública a prerrogativa de alteração contratual nos casos em que houver necessidade de alteração do projeto ou de suas especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação.¹⁰³ Tal alteração deverá obedecer aos limites previstos no art. 65, §1º da Lei nº 8.666/1993.

Nos contratos da Lei nº 8.666/1993, a Administração Pública tem exaurida a sua discricionariedade no momento da edição do instrumento convocatório, quando dispõe sobre as condições e especificações do contrato. Por esse motivo, não é possível que a Administração arbitre posteriormente a forma de execução do contrato, a não ser nos casos

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. p. 204.

¹⁰² REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462-2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº. 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br-informativo>, acesso em: 25 de outubro de 2016.

¹⁰³ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 9º, §4º, de 10 de agosto de 2011.

que ocorram eventos supervenientes ou não conhecidos no momento da licitação e da assinatura do contrato.¹⁰⁴

Já na limitação da contratação integrada, a discricionariedade da Administração é observada de forma diferente. Nesse caso, a tal prerrogativa ocorre no momento da elaboração do anteprojeto de engenharia e da definição dos critérios de julgamento das propostas. Entretanto, não há vinculação irrestrita e absoluta da Administração aos termos do edital no que tange a certos aspectos do escopo do contrato, haja vista que os projetos serão elaborados pelo contratado.¹⁰⁵

Dessa maneira, não há que se falar em afastamento da hipótese de a Administração prever a necessidade de alteração dos projetos no decurso da contratação. De acordo com Guilherme Frederico Dias Reisdorfer, isso ocorre pois, a rigor, a própria elaboração dos projetos configuram “eventos supervenientes” que devem ser acompanhados pela Administração. Tal pressuposto justifica que, no regime da contratação integrada, a própria Administração tome a iniciativa de determinar eventuais alterações nos projetos.¹⁰⁶

Além disso, deve-se considerar a alteração unilateral das características técnicas do projeto desenvolvido pelo particular contratado deve levar em conta o fim legal admitido, ou seja, a melhor adequação técnica aos objetivos a contratação. A modificação será cabível quando surgirem fatos supervenientes desconhecidos ou que não sejam passíveis de mensuração no momento da aprovação dos projetos. Os ajustes supervenientes devem mostrar-se adequados, necessários e proporcionais, ou seja, deve ser comprovado que se trata da melhor solução a ser implementada.¹⁰⁷

Pelo exposto, as alterações contratuais promovidas pela Administração Pública só poderão ser feitas em caráter excepcional, tendo em vista a existência de algumas limitações legais que devem ser observadas. As alterações não poderão servir como instrumento de correção de erros ou omissões dos projetos. Tais alterações devem seguir o princípio da vedação a desnaturação do objeto do contrato. Ademais, a Administração exaure sua discricionariedade quando da elaboração do edital, motivo pelo qual devem ser mantidos os critérios estabelecidos no edital e no anteprojeto de engenharia. Outrossim, as modificações contratuais não poderão descaracterizar o regime contratual, devendo ser avaliada com cautela

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. p.163.

¹⁰⁵ *Idem, Ibidem*.

¹⁰⁶ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462-2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br-informativo>, acesso em: 25 de outubro de 2016.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11*. p. 164.

a extensão das alterações pleiteadas pela Administração Pública no curso da execução contratual.

Portanto, uma vez que a contratação integrada é marcada pela característica da maior liberdade ao contratado, as alterações contratuais por parte da Administração tornam-se mais limitadas. Nesse caso, como regra, não faz sentido a Administração revisar unilateralmente as soluções técnicas apresentadas pelo particular e aceitas por ela mesma, sendo que a premissa da contratação integrada é justamente a maior autonomia do particular. As alterações não poderão ser exercidas a ponto de distorcer o regime original de contratação, sob pena de que seja configurado desvio de finalidade.

4.5 Rescisão contratual e contratação para o objeto remanescente

A extinção do contrato administrativo é o término do vínculo obrigacional existente entre a Administração Pública e o particular contratado. Tal extinção pode ocorrer de diversas formas, como através da rescisão contratual que tem por objetivo dissolver a relação jurídica entre as partes, deixando remanescente contratual a ser executado. A rescisão contratual é disciplinada pelo art. 77 e seguintes da Lei Geral de Licitações, que se aplicam ao RDC por força do art. 39 da Lei do RDC.

À vista disso, a Lei nº 8.666/1993 prevê em seu art. 24, inciso XI que será dispensável a licitação quando da contratação remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que seja obedecida a ordem de classificação da licitação anterior e que sejam aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.¹⁰⁸ Diante disso, o dispositivo determina que haja a dispensa da licitação para que seja concluída a fração pendente do objeto proveniente da rescisão do contrato original. A Administração Pública tem a prerrogativa de convocar nova licitação para concluir a parcela faltante ou, caso seja a forma mais adequada de se atingir a finalidade contida no edital, utilizar-se da dispensa.

O art. 41 da Lei nº 12.462/2011 exclui a restrição do art. 24, inciso XI da Lei nº 8.666/1993, que praticamente obriga a realização de nova licitação, mesmo que permita a correção monetária do valor original correspondente à fração restante a cumprir. Ocorre que a necessidade de se manter as mesmas condições inicialmente ofertadas pelo licitante vencedor é um fator determinante da negativa de assumir o contrato pelos licitantes remanescentes. As

¹⁰⁸ BRASIL, Lei n. 8.666, art. 24, inciso XI, de 21 de junho de 1993.

condições em que a Lei nº 8.666/1993 prevê a convocação de remanescentes não é muito atraente para os particulares. Isso ocorre pois no contrato rescindido, a convocação do remanescente é para que seja executada apenas parcela de um contrato de execução problemático e em ocasião bastante posterior ao encerramento da licitação. Se os remanescentes relutam em assumir a proposta vencedora de um contrato a ser celebrado, existirão maiores motivos para que recusem a proposta vencedora de um contrato rescindido que traz consigo toda uma frustração na tentativa de sua execução.¹⁰⁹

O art. 41 da Lei nº 12.462/2011, de forma diferente da Lei Geral de Licitações, buscou uma forma de compensar a menor atratividade de se absorver o restante de um contrato rescindido admitindo que seja utilizada a proposta de cada licitante remanescente, evitando, dessa forma, um fator adicional que gera desinteresse dos remanescentes, consistente na oferta da parcela faltante do contrato que será executada de acordo com as condições da proposta do licitante vencedor.¹¹⁰

Quanto aos requisitos para convocação do remanescente para a execução da obra, a Lei do RDC previu três quando ocorra a hipótese do inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666/2011, são eles: a ordem de classificação dos licitantes remanescentes, as condições por estes ofertadas e a limitação da proposta ao orçamento estimado.¹¹¹

Caberá à Administração Pública, nos casos de contratação para execução do remanescente, identificar o valor que deverá ser pago, de acordo com o orçamento estimado, pela própria Administração ao particular e definir o valor máximo a ser despendido pela conclusão dos serviços. O particular, segundo classificado, poderá recusar as estimativas feitas pela Administração e também a sua oferta, caso o qual será convocado o terceiro e assim por diante.

Por fim, a novidade trazida pelo art. 41 da Lei nº 12.462/2011 de convocar o próximo licitante para a execução do objeto remanescente é de muita importância para o ordenamento jurídico, pois quando adotado esse instituto, a Administração não perderá tempo e recursos para executar outro procedimento licitatório. Além disso, torna-se atrativo para o licitante remanescente assumir a obra, serviço ou fornecimento de bens, porque deverão ser observadas as condições por ele ofertadas, desde que não ultrapasse o orçamento estimado para a contratação.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. Recisão contratual e contratação para o objeto remanescente no RDC. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba*, n.º 60, fevereiro de 2012, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 28/11/2016.

¹¹⁰ BRASIL, Lei n. 12.462, art. 41, de 10 de agosto de 2011.

¹¹¹ *Idem, ibidem*.

4.6 A remuneração variável

A remuneração variável pode ser prevista nos contratos celebrados com a Administração Pública gerando ao contratado uma remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidos no instrumento convocatório da licitação e no contrato. Nesse sentido, quando o contratado cumpre as metas sua remuneração será incrementada com um “bônus”, não havendo nenhum tipo de sanção pelo não cumprimento das metas, pelo fato de não serem obrigatórias. A remuneração variável prevista na Lei do RDC é um tipo de sanção premial, aumentando a eficiência do contrato celebrado.¹¹²

Mesmo a remuneração variável não sendo de cumprimento obrigatório pela contratada, não quer dizer que o particular possa agir com descuido quanto à qualidade da obra ou dos serviços prestados à Administração. Todo contrato público deve ser executado com qualidade, independentemente da forma de remuneração adotada, ou seja, o interesse público deve ser atingido mesmo quando o contratado não alcance as metas que incrementem a sua remuneração. Dessa forma, o mecanismo da remuneração variável não deve ser visto como de caráter essencial para a execução do contrato nem como essencial à boa execução da obra, mas sim como forma de proporcionar vantagens adicionais à Administração Pública.

De acordo com o art. 10 da Lei do RDC, quando obras e serviços, inclusive de engenharia, forem contratadas pela Administração, poderá ser estabelecida remuneração variável que deverá ser vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório do contrato. Além do mais, a utilização da remuneração variável deverá ser motivada e deverá respeitar o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

De acordo com o art. 70, §1º, do Decreto nº 7581/2011 a remuneração variável deve ser motivada quanto: I – aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado; II – ao valor a ser pago; e III – ao benefício a ser gerado para a Administração Pública.

As “metas” podem ser de diversas naturezas e possuem um alcance bastante amplo. Ainda, elas deverão proporcionar benefícios para a Administração, sendo descabidas as metas irrelevantes e não factíveis o que poderá configurar desvio de finalidade. Os “padrões de qualidade”, em tese, devem ser aqueles disponíveis no mercado, caso contrário haverá forte

¹¹² Acerca da função promocional do direito, cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 1-23.

indício de que o padrão não seja factível. No que diz respeito aos “critérios de qualidade ambiental” fixados para a remuneração variável, além de ser necessário um embasamento técnico para a sua adoção, serão invalidados por vício de motivo quando estabelecidos critérios que não tragam benefícios ao meio ambiente. Por fim, o “prazo de entrega” será adotado quando gerar algum benefício para a Administração Pública, sendo vedada a sua utilização nos casos de simples antecipação da data prevista para o cumprimento do contrato.¹¹³

De acordo com Guilherme Frederico Dias Reisdorfer, a remuneração variável “vincula-se ao atingimento de certos resultados, na medida em que serve de estímulo para o particular contratado atingir determinados padrões de qualidade previamente fixados”. Nessa perspectiva, o objetivo da Administração Pública será o de incentivar o particular contratado para que ele busque a forma mais eficiente de prestar o serviço. Para tanto, o edital da licitação deverá estipular de forma objetiva: I – o padrão mínimo de qualidade que deve ser observado pelo particular; II – os padrões e resultados que, caso sejam atendidos, resultarão em remuneração conforme a performance obtida pelo contratado; e III – os critérios de avaliação do desempenho do particular.¹¹⁴

Finalmente, o incentivo que resulta da remuneração variável pode ser visto como uma forma de controle ou como um mecanismo de influência sobre a atuação do particular, sem o prejuízo do dever que possui a Administração Pública de acompanhar a execução dos serviços prestados pelo contratado. A Administração tem o dever de fiscalizar a execução do contrato, zelando pela observância das regras previstas no edital, da proposta do particular que venceu a licitação e dos projetos que serão posteriormente elaborados.

¹¹³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 181.

¹¹⁴ REISDORFER, Guilherme Frederico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462-2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 55, setembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br-informativo>, acesso em: 25 de outubro de 2016.

CONCLUSÃO

A Lei do RDC surgiu, a princípio, com o intuito de ser aplicada somente à realização da Copa das Confederações, da Copa do Mundo FIFA, das Olimpíadas e Paraolimpíadas do Brasil. Posteriormente, a Lei do RDC perdeu seu caráter transitório, ampliando seu rol aplicação e hoje pode ser utilizada para as ações do PAC; nas obras e serviços de engenharia do SUS; para reforma de estabelecimentos prisionais; dentre outras. Com o novo regime, vieram algumas novidades, como a contratação integrada que trata de uma modalidade de execução contratual, exclusivamente reservada para a execução de obras e serviços de engenharia, e a contratada é responsável pelo fornecimento integral do objeto licitado, incluindo o fornecimento de materiais e equipamentos, construção, montagem e colocação em operação. Ademais, quando utilizada, a contratação integrada deverá ser adequadamente motivada e justificada técnica e economicamente, devendo ser demonstrada que a sua adoção é a única forma de se evitar perdas e ineficiências na execução contratual.

Algumas críticas foram feitas ao novo regime, principalmente quanto à dispensa de elaboração do projeto básico pela Administração Pública. Isso ocorre pelo fato da elaboração do projeto básico ser um dos pilares da Lei Geral de Licitações. No novo regime, essa responsabilidade torna-se do futuro contratado. Tal crítica não deve prevalecer, pois há a necessidade de elaboração prévia de um anteprojeto que forneça todas as características essenciais para que sejam elaboradas as propostas. A Administração Pública não está livre de definir parâmetros mínimos como garantia da isonomia da disputa e também não está dispensada de estabelecer regras precisas e determinadas quanto à qualidade mínima e aos demais atributos do objeto a ser executado. Não há qualquer vedação no ordenamento jurídico pátrio à contribuição da iniciativa privada, por sua *expertise*, no próprio projeto a ser contratado, identificando as tecnologias e soluções que sejam adequadas ao caso. Como visto em capítulo anterior, delegar a obrigação da elaboração do projeto básico ao contratado tem por justificativa a grande complexidade do objeto a ser licitado, pois trata-se de situação que extrapola a experiência comum, situação esta que a Administração pública não domina o conhecimento necessário.

O anteprojeto de engenharia deve ter certo nível de precisão, sendo fundamental um orçamento estimado para sua confecção. Isto é, faz-se necessário um orçamento estimado pelo fato do anteprojeto de engenharia ser um instrumento não tão detalhado quanto o projeto básico. Além disso, outra inovação trazida pelo RDC é a possibilidade do orçamento estimado ser sigiloso. Alguns doutrinadores apontam a possibilidade de sigilo do orçamento ser

inconstitucional pelo fato de violar o princípio da publicidade previsto na Constituição Federal. Entendemos não prevalecer tal crítica, tendo em vista que o caráter sigiloso é temporário e, mesmo durante o período de sigilo, os órgãos de controle interno e externo terão amplo acesso ao orçamento.

Quanto ao procedimento, o RDC trouxe algumas novidades que se aplicam à contratação integrada, por exemplo, o critério de julgamento das propostas pela melhor técnica e preço com menores restrições em relação à Lei Geral de Licitações, e a possibilidade dos licitantes ofertarem lances sucessivos melhorando suas propostas. Além do mais, em relação à Lei nº 8.666/1993 o RDC trouxe algumas inovações. Entre elas, destaca-se a realização da fase de habilitação após o julgamento das propostas como a regra geral aplicada ao regime e também a previsão de uma fase recursal única, mecanismos que geram mais celeridade ao procedimento licitatório.

No que diz respeito a contratação no novo regime, deve-se considerar a necessidade de se estabelecer uma matriz de riscos. Em todos os contratos celebrados, está presente o elemento risco, motivo pelo qual a distribuição de responsabilidades entre as partes do contrato deve ser feita de forma clara e objetiva, devendo ser atribuída a cada uma delas de acordo com a sua capacidade de solucionar os problemas provenientes da contratação.

A contratação integrada não deve ser vista como forma de solucionar os problemas de desorganização ou de falta de planejamento da Administração Pública, muito pelo contrário. Para que seja adotado o novo regime, é necessário que se satisfaçam as necessidades públicas, que podem envolver o fornecimento de objetos com alto grau de complexidade e com alto risco. Como exposto nos capítulos anteriores, o novo regime de contratação é um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro. Isso se deve ao fato de a contratação integrada ainda é ferramenta recente no Brasil, e os órgãos de controle interno e externo possuem grande importância para o seu amadurecimento e desenvolvimento, coibindo condutas contrárias ao Direito e que violem princípios que regem a Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e a contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Ceslo Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

¹ BORGES, Gabriela Lira. Alocação de riscos na contratação integrada: considerações sobre a matriz e taxa de risco. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 240, p. 164-168, fev. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

_____, Lei n. 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. 6.7.1994.

_____, Lei n. 12.462 de 10 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Diário Oficial da União. 5.8.2011.

_____, Decreto n. 7.581 de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Diário Oficial da União. 13.10.2011.

COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. In: *Revista de Direito Público da Economia*, n. 06. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas: comentários sobre algumas inovações da Lei n. 12.462/2011. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 216, p. 171-183, fev. 2012. Versão virtual. Disponível em: <http://www.zenite.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2016.

JUSTEN NETO, Marçal. A negociação de condições mais vantajosas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Reforma da legislação sobre licitação pública: projeto de Lei n. 32, do Senado Federal. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba, n. 188, p. 917-918, out. 2009.

_____. *Pregão presencial eletrônico*. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 237.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Recisão contratual e contratação para o objeto remanescente no RDC. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba*, n.º 60, fevereiro de 2012, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

PONTE, Luis Roberto. RDC, um escárnio aos princípios éticos da Lei. 8.666. Disponível em: <http://www.cbic.org.br/artigo/rdc/rdc-escario-aos-principios-eticos-da-lei-8666>. Acesso em: 21 de novembro de 2016.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Pública. In: JUSTEN FILHO, Marçal; Pereira, César A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581: (atualizados pela Lei 12.980 e pelo Decreto nº 8.251, de maio de 2014)*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462-2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba*, n.º 55, setembro de 2011, disponível em: <http://www.justen.com.br-informativo>, acesso em: 25 de outubro de 2016.

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

RODRIGUES, Alessandra Cristina Giroto. *A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas*. 2016. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TALAMINI, Eduardo, JUSTEN, Monica Spezia (org.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações – RDC*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.