

Regime de Contratação Integrada: Vinculante ou Discricionário?

Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado de cursos de especialização em direito público da Escola de Direito, Rio, da Fundação Getúlio Vargas.

Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora no curso de especialização em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da UniRitter - Laureate International Universities.

RESUMO

A escolha do regime de contratação integrada é pautada por situações em que o mercado oferece mais de uma solução técnica possível para a execução de obra ou serviço, desconhecidas da Administração Pública, conferindo-se ao contratado a liberdade de escolha da metodologia eficaz, qual seja, aquela apta a produzir, ao fim, os resultados almejados pela contratação. Quando há a possibilidade de utilização de diferentes metodologias na execução da obra ou do serviço, elas devem referir-se a aspectos de ordem maior de grandeza e qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre propostas envolventes de diversas metodologias, de forma a propiciar ganhos reais para a Administração Pública. Ao transferir ao particular a responsabilidade pela elaboração dos projetos e execução do objeto, fornecendo no edital apenas anteprojeto que possibilite caracterizá-lo, o ordenamento jurídico brasileiro introduz regime contratual que se amolda à espécie ligada às obrigações de resultado. Não mais existindo as amarras do projeto básico previamente estabelecido em anexo ao edital, possibilita-se ao contratado a utilização de solução específica de execução que, ao final, atenda às condições expostas no ato convocatório.

Palavras-chave: Contratação integrada. Vantajosidade. Regime preferencial. Avaliação. Aditamento contratual. Matriz de riscos.

1. CONTEXTO NORMATIVO

O regime de contratação integrada conhece, no Direito Administrativo brasileiro – que o recolheu de extensa experiência internacional¹ –, precedente normativo no revogado Decreto



2.745/1998, que regulamentava o procedimento licitatório simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS)², nos seguintes termos:

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.

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, a utilização do regime de contratação integrada nas licitações de obras e serviços de engenharia encontra previsão na Lei 12.462/2011, que disciplina o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Assim:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

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

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

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

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

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

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

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

Conforme se extrai do caput do art. 9º da Lei 12.462/2011, é facultada³ à Administração Pública a utilização do regime de contratação integrada, desde que expressa justificativa o demonstre técnica e economicamente adequado. A discricção do administrador público advém, ainda, de outro dispositivo do RDC, qual seja, o art. 8º, § 1º, que estabelece a utilização preferencial do regime de contratação integrada ao lado dos regimes de empreitada por preço global e empreitada integral.

2. PREFERÊNCIA TÉCNICA E ECONÔMICA

Qualquer que seja o regime eleito – os preferenciais ou os demais –, imprescindível é que se explicita a justificativa acerca da vantagem (técnica e econômica) da solução adotada. Uma vez que se trata de escolha discricionária, em termos, do gestor, a cada caso, chega-se, igualmente nas licitações e contratações do Poder Público, à possibilidade de controle da discricionariedade administrativa pela via dos seus expressos motivos. A relevância da motivação não reside apenas na vinculação aos motivos revelados. Importa, também, a demonstração de que, sendo regime que a lei declara preferencial, a contratação integrada somente poderá ser por outro modelo substituída se se demonstrar que esse outro lhe é superior, no caso concreto.

Registre-se que o TCU, por meio do Acórdão 1.388/2016-Plenário, deu ciência ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) de que a opção pelo regime de contratação integrada, com base no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011 (“Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (...) II - possibilidade de execução com diferentes metodologias;”), deve ser fundamentada em estudos objetivos que a justifiquem técnica e economicamente, a par de considerarem a expectativa de vantagens quanto a competitividade, prazo, preço e qualidade, em cotejo com outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global e, entre outros aspectos e quando possível, a prática internacional para o mesmo tipo de obra, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento.

3. PARÂMETROS OBJETIVOS

Mediante análise comparativa com contratações já concluídas ou outros dados disponíveis, deve-se proceder à quantificação, inclusive monetária, das vantagens e desvantagens da utilização do regime de contratação integrada, sendo necessária justificativa circunstanciada, no caso de impossibilidade de valoração dos parâmetros. Ainda segundo a Corte de Contas Federal, nas licitações pelo regime de contratação integrada enquadradas no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011, é obrigatória a inclusão, nos editais, de critérios objetivos de avaliação e julgamento de propostas que contemplem metodologias executivas diferenciadas admissíveis, em observância ao § 3º do mesmo artigo (*“Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas”*).

Extraí-se, pois, que obras e serviços caracterizados por técnicas, metodologias e condições usualmente empregadas, identificáveis e conhecidas pela Administração não se conciliam com o regime de contratação integrada da Lei 12.462/2011. Ou seja, não é admissível a utilização do regime de contratação integrada quando o objeto a ser licitado já dispuser de projeto básico e/ou executivo em sua totalidade, uma vez que as soluções estarão previamente definidas, afastando as condições previstas no art. 9º da lei para aplicação do instituto.

A opção pelo regime de contratação integrada, segundo a Corte de Contas Federal, exige, nos termos do art. 9º da Lei 12.462/2011, que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico. No econômico, a administração deve demonstrar, em termos monetários, que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores, se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público (Acórdão 1.850/2015-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo 011.588/2014-4).

No âmbito da Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, também consta previsão a respeito da utilização do regime de contratação integrada. Confira-se:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

VI - contratação integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo;

[...]

§ 4º No caso de licitação de obras e serviços de engenharia, as empresas públicas e as sociedades de economia mista abrangidas por esta lei deverão utilizar a contratação semi-integrada, prevista no inciso V do *caput*, cabendo a elas a elaboração ou a contratação do projeto básico antes da licitação de que trata este parágrafo, podendo ser utilizadas outras modalidades previstas nos incisos do *caput* deste artigo, desde que essa opção seja devidamente justificada.

§ 5º Para fins do previsto na parte final do § 4º, não será admitida, por parte da empresa pública ou da sociedade de economia mista, como justificativa para a adoção da modalidade de contratação integrada, a ausência de projeto básico.

De acordo com a Lei 13.303/2016, não será admitida, por parte da empresa pública ou sociedade de economia mista, como justificativa para a adoção da contratação integrada, a ausência de projeto básico. Se a empresa estatal tem condições de definir, com elevado nível de precisão, o objeto da contratação e as condições para sua perfeita execução, deve elaborar ou contratar o projeto básico e preferir a escolha de outro regime de execução indireta de obras e serviços. A estatal não pode, por isso, adotar o regime de contratação integrada, sob o argumento de não possuir o projeto básico, quando lhe seja possível definir a solução que seja ideal.

4. ACOLHIDO EM PROJETO DE NOVA LEI GERAL

O Projeto de Lei 6.814, de 2017 (anterior ao Projeto de Lei do Senado 559, de 2013), que almeja revogar a Lei 8.666/1993, a Lei 10.520/2002 e os arts. 1º a 47 da Lei 12.462/2011, também contempla o regime de contratação integrada. Veja-se:

Art. 5º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XXX - contratação integrada: regime de contratação em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos completo e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com remuneração por preço global, em função das etapas de avanço da execução contratual;

[...]

Art. 41. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - empreitada integral;

IV - contratação por tarefa;

V - contratação integrada;

VI – contratação semi-integrada;

VII – fornecimento e prestação de serviço associado. (grifamos)

Justifica-se a utilização do regime de contratação integrada nos diplomas citados e no projeto de lei: há situações em que a Administração Pública se defronta com a necessidade de contratar a execução de obra ou serviço cujo delineamento pormenorizado não seja do domínio técnico suficiente da Administração, mas o é de entidades empresariais atuantes no ramo do objeto da licitação. Daí, conferir-se, nesse regime, margem maior de autonomia ao contratado, para que este conceba soluções técnicas e/ou operacionais essenciais à satisfatória execução do objeto, desconhecidas da Administração.

Consoante se extrai do voto revisor do Acórdão 1.388/2016-Plenário, do Tribunal de Contas da União:

Trata-se de licitações em que há maior liberdade para as contratadas inovarem e buscarem a metodologia construtiva mais adequada à execução do objeto. Essa maior liberdade poderá redundar que os licitantes vislumbrem alternativas com menores custos do que aquela que eventualmente teria sido fixada no projeto básico. Esses menores custos, em um ambiente competitivo, deverão repercutir em propostas mais vantajosas para a Administração, privilegiando o princípio da economicidade. Ou seja, os impactos econômicos propiciados pelas maiores incertezas acerca do orçamento da obra quando da licitação podem ser contrabalanceadas pela possibilidade de o contratado buscar melhores soluções quando da execução contratual.

A ausência de delineamento da forma de execução no anteprojeto desenvolvido pela Administração, conferindo maior liberdade aos licitantes para aplicarem metodologias diferenciadas na fase de execução contratual, libera de exigências de qualificação técnica (profissional e operacional) o edital da licitação, estimulando a participação de maior número de licitantes e, por conseguinte, propiciando a obtenção de propostas mais vantajosas para o ente contratante.

5. COMPETÊNCIA PARA A ELABORAÇÃO DOS PROJETOS BÁSICO E EXECUTIVO

Característica comum e distintiva do regime de contratação integrada, extraída dos diplomas (Lei 12.462/2011 e Lei 13.303/2016) e do projeto de lei retro citados, refere-se à transferência da elaboração do projeto básico – denominado de *projeto completo*⁴ no Projeto de Lei 6.814, de 2017 – e do projeto executivo⁵ da Administração Pública para o licitante vencedor do certame (contratado). À Administração Pública, na fase interna da licitação, compete, tão somente, a elaboração de anteprojeto (que integrará o edital da licitação como anexo), com base em estudos técnicos preliminares, que subsidiará o licitante vencedor (contratado) na elaboração dos projetos básico (ou projeto completo) e executivo.

A elaboração de anteprojeto⁶ compreende as especificações e técnicas que serão empregadas, a definição das frentes de serviço, a sequência das atividades, o uso e as características dos equipamentos necessários e as atividades associadas à execução do objeto, com o fim de evitar possíveis interferências externas.

Anota o Ministro Benjamin Zymler, no voto revisor do Acórdão 1.388/2016-Plenário:

Ou seja, o anteprojeto não deve se tratar de uma peça imprecisa ou incompleta, que não defina adequadamente o objeto, mas sim de minucioso trabalho de engenharia que, aprofundando a melhor alternativa oriunda dos estudos de viabilidade técnica e econômica, que o antecede, permita à Administração demonstrar como deve ser atendido o interesse público, sem impedir que inovações incorporadas pela iniciativa privada possam melhorar ainda mais a vantajosidade no atendimento ao programa de necessidades.

É fundamental que a Administração Pública alicerce o anteprojeto e instrumento convocatório em indicadores de finalidades e resultados que o licitante vencedor deva produzir. Assim, o contratado terá maior autonomia para definir os métodos de execução do objeto e as soluções possíveis para a consecução dos resultados e das finalidades. Buscam-se, pois, com a adoção do regime de contratação integrada, resultados, relativizando-se os meios para alcançá-los.

O reconhecimento, pela Administração, de que o mercado é detentor de soluções técnicas inovadoras e, por isso, a tarefa de elaborar o projeto básico pode ser superiormente desempenhada pelo particular não exonera a Administração do dever de julgar o projeto básico elaborado por terceiro, podendo rejeitá-lo, se desatender a requisitos técnicos e econômicos previamente estabelecidos, o que também deverá estar previsto e definido nos autos do processo, inclusive quanto a critérios objetivos de julgamento das soluções técnicas apresentadas (critério de julgamento baseado na combinação técnica e preço).

6. ADITAMENTO CONTRATUAL

A regra, no regime de contratação integrada, é a vedação à formalização de aditamentos contratuais. Confira-se o dispositivo atinente a essa vedação na Lei 12.462/2011:

Art. 9º [...]

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

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

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por



parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Também no Projeto de Lei 6.814, de 2017:

Art. 101 [...]

§ 9º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

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

II – por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no § 1º.

A vedação a que o contrato sob o regime de contratação integrada seja aditado, salvo nas duas hipóteses excepcionais elencadas⁷, é a contrapartida da maior autonomia atribuída ao contratado na definição das especificações técnicas e operacionais atinentes ao objeto e à sua execução, postas nos projetos básico e executivo. Em outras palavras: qualquer erro na elaboração dos projetos básico e executivo será absorvido pelo contratado, que não poderá repassar à Administração os custos consequentes, dado que mudanças no projeto somente se admitem para recompor o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato – hipótese, em princípio, elidida em face de erro perpetrado pela própria licitante que elaborou o projeto – ou no interesse da Administração – hipótese que se justificaria tanto no caso de a alteração corrigir deficiência ou omissão da Administração quando elaborou o anteprojeto quanto em razão de fatos supervenientes, e desde que sem desnaturar o objeto do contrato.

As duas hipóteses excepcionais, que autorizam a Administração a alterar a relação jurídico-contratual inicialmente pactuada, encontram supedâneo no art. 37, XXI, da Constituição Federal:

Art. 37 [...]

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

O contrato administrativo visa a atender as necessidades da Administração e, reflexamente, o interesse público. Ao contratado se reconhece o direito ao lucro legítimo e inerente à sua atividade empresarial, que advirá da remuneração definida nas cláusulas financeiras do contrato.

A remuneração há de ser assegurada nos termos originais pactuados e, também, no curso da execução contratual, preservando-se a relação inicial encargo/remuneração que a Constituição Federal almeja garantir ao estabelecer a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI). Se, de um lado, a Administração tem o poder-dever de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares ou de serviço de seus contratos, de outro, ao contratado assiste o direito à manutenção da equação econômico-financeira diante de situações específicas que venham a onerar o cumprimento do contrato, sejam decorrentes de alterações unilaterais, caso fortuito ou força maior.

Registre-se que as hipóteses de aditamento, no regime de contratação integrada, são *numerus clausus*, isto é, não admitem interpretação analógica ou extensiva, somente podendo ocorrer nos estritos termos da norma positivada.

Avaliação realizada pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU)⁸ sobre os resultados alcançados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) na utilização do RDC, com ênfase na utilização do regime de contratação integrada, apontou a redução de aditivos, em comparação a outros regimes de execução indireta utilizados pela entidade, mas não sua satisfatória eliminação. A CGU constatou que a adoção da contratação integrada reduziu o número de aditivos nas obras do DNIT, principalmente aqueles relacionados à alteração de valor contratual, mas não eliminou os aditamentos: houve a formalização de aditivos em 40% das obras já concluídas e em 31% das obras em andamento.

O percentual de aditivos identificados pela CGU é considerável, haja vista que, no regime de contratação integrada, eventuais ganhos ou encargos oriundos das soluções adotadas pelo contratado na elaboração do projeto básico devem ser auferidos ou suportados única e exclusivamente pelo particular, independentemente da existência de uma matriz de riscos disciplinando a contratação. Em contrapartida, eventuais omissões ou indefinições no anteprojeto, em regra, não ensejam a celebração de termos de aditamento contratual, pois anteprojeto não é projeto básico.

7. MATRIZ DE RISCOS

De acordo com o art. 9º, §5º, da Lei 12.462/2011, acrescentado pela Lei 13.190/2015, se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a Administração Pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante, fator, em princípio, inibidor de aditivos contratuais que visem à recomposição do valor contratual. A razão desse adicional (taxa de risco) na proposta do licitante é afastar, de acordo com a abrangência do risco transferido, os recorrentes aditivos relacionados a imprecisões no projeto considerado durante a licitação.

Nas contratações integradas, segundo o TCU, é imprescindível a inclusão da matriz de riscos pormenorizada no instrumento convocatório, com alocação a cada signatário dos riscos inerentes ao empreendimento (Acórdão 2.980/2015-Plenário, Rel. Min. Ministra Ana Arraes, Processo 034.015/2012-4).

Na sistemática da contratação integrada, constitui risco adicional para os licitantes as maiores restrições à celebração de aditivos, por isso que devem ser precificados e considerados, nas respectivas propostas ofertadas pelos licitantes, os eventuais riscos projetados pela Administração no anteprojeto de engenharia.

A matriz de riscos é o instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, dado relevante para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais de sua futura execução, bem como para o dimensionamento das propostas pelos licitantes. Insere-se no âmbito do anteprojeto de engenharia, em prestígio aos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da busca da melhor proposta. É habitualmente representada por um gráfico de dois eixos coordenados, evidenciando, com a indicação dos eventos futuros que podem incidir sobre a execução do contrato, a probabilidade/o risco de sua ocorrência e o respectivo impacto sobre o empreendimento. A matriz de riscos identifica os principais fatores influentes sobre a execução do objeto, enseja a avaliação das estratégias de mitigação ou alocação dos riscos possíveis e da probabilidade de ocorrência de eventos, indicando os respectivos impactos financeiros sobre o contrato. A distribuição de riscos na contratação integrada, de acordo com a capacidade de cada licitante de precificá-los e gerenciá-los, contribui para a redução do custo final do empreendimento.

8. CONCLUSÃO

Dentre os regimes de execução indireta previstos no ordenamento jurídico brasileiro está o da contratação integrada, que se distingue por transferir ao vencedor do certame (adjudicatário contratado) a elaboração dos projetos básico e executivo, além da execução da obra ou do serviço, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. À Administração Pública compete, tão somente, a elaboração de anteprojeto, com base nos estudos técnicos preliminares realizados, o qual subsidiará o licitante vencedor na elaboração dos projetos básico e executivo, uma vez contratado.

A escolha do regime é pautada por situações em que o mercado oferece mais de uma solução técnica possível para a execução de obra ou serviço, desconhecidas da Administração Pública, conferindo-se ao contratado a liberdade de escolha da metodologia eficaz, qual seja, aquela apta a produzir, ao fim, os resultados almejados pela contratação. Quando a condição a ser atendida é a possibilidade de utilização de diferentes metodologias na execução da obra ou do serviço, elas devem referir-se a aspectos de ordem maior de grandeza e qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre propostas envoltentes de diversas metodologias e propiciar ganhos reais.

Na visão do TCU, ao transferir ao particular a responsabilidade pela elaboração dos projetos e execução do objeto, fornecendo no edital apenas anteprojeto que possibilite caracterizá-lo, o ordenamento jurídico brasileiro introduz regime contratual que se amolda à espécie ligada às obrigações de resultado. Não mais existindo as amarras do projeto básico previamente estabelecido em anexo ao edital, possibilita-se ao contratado a utilização de solução específica de execução que, ao final, atenda às condições expostas no ato convocatório. Pretende-se que a não definição dessas amarras no anteprojeto produza ampliação da competitividade e, por conseguinte, propostas mais vantajosas para a Administração.

Percebem-se, então, as vantagens na utilização do regime de contratação integrada: para a Administração, a ausência de delineamento da forma de execução no anteprojeto confere maior liberdade ao contratado para aplicar metodologias diferenciadas na fase de execução contratual, liberando-a (a Administração) de exigências de qualificação técnica (profissional e operacional) no edital da licitação, com estímulo à participação de maior número de licitantes, e propiciando, por conseguinte, a obtenção de propostas mais vantajosas; para o contratado, a escolha da melhor solução a ser empregada na execução do contrato influencia no custo final da obra ou do serviço, particularmente, pela possibilidade de alocar eficientemente os riscos envolvidos e melhor gerenciá-los e mitigá-los.

Há, contudo, registro de avaliação empreendida pelo Ministério da Transparência e CGU sobre os resultados alcançados pelo DNIT na utilização do RDC, com ênfase na utilização do regime de contratação integrada, de que se extrai a existência de número considerável de aditivos contratuais (formalização de aditivos em 40% das obras já concluídas e em 31% das obras em andamento), mesmo existindo expressa vedação legal a que ocorram, salvo em duas excepcionais hipóteses: (a) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior e (b) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração Pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º, do art. 65, da Lei 8.666/1993.

O considerável número de aditivos registrados pela CGU nos contratos do DNIT evidencia que o regime de contratação integrada carece de aperfeiçoamentos. Talvez a elaboração de anteprojeto mais detalhado e com nível excelente de adequação técnica aos objetivos da contratação, sem chegar ao nível de projeto básico, possa contribuir para a desejável redução de aditivos contratuais; talvez a atuação qualificada e eficiente da fiscalização designada para acompanhar a execução do contrato produza a redução; talvez a demonstração do desempenho/da funcionalidade do que foi executado a cada etapa, e não somente ao final da execução, também produza esse efeito.

Por certo que a combinação de todas essas providências, conciliada com o estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade do contratado para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto, viabilizará, superiormente, a identidade entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto. Também a inclusão de matriz de riscos no anteprojeto, com alocação a cada signatário dos riscos inerentes à obra ou ao serviço a ser executado, tenderá a reduzir o número de aditivos no regime de contratação integrada. Sem mencionar a consagração como regime preferencial de execução de obras e serviços, também no Projeto de Lei 6.814, de 2017.

Se assim for, a resposta à intrigante indagação posta no título deste artigo poderá ser aquela que sempre, em sede doutrinária, estabeleceu a proporção entre vinculação e discricionariedade na gestão pública: não há, a rigor, ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário; o que há são matizes de predominância de vinculação ou discricionariedade, conforme a norma de regência estabelecer, em busca de oferecer ao gestor público elementos que o habilitem a distinguir, segundo as circunstâncias do caso concreto, a solução que melhor cumpra resultados de interesse público. Se tais circunstâncias fáticas e normativas indicarem, comprovadamente,



que a solução A supera a solução B, aquela passa a ser vinculante da decisão administrativa. Em outras palavras: o regime de contratação integrada será preferencial e, pois, obrigatório sempre que se demonstrar inequívoca a sua superioridade sobre os demais regimes para a execução de determinada obra ou serviço. Não o acolher, em tais circunstâncias, violará o direito e sujeitará o gestor a responder pela escolha contrária ao princípio da eficiência, com eventual configuração de ato de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ATHIAS, Daniel Tobias. Institutional bypass: o exemplo do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico (RDFE)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 253-268, mar./ago. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas**: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas/Tribunal de Contas da União. 3. ed. Brasília: TCU, SecobEdif, 2013.

BITTENCOURT, Sidney. As diretrizes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC): Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011. **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, p. 58-62, out. 2013.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**. Lei 12.462/2011; Decreto 7.581/2011: aspectos fundamentais. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras públicas - Comentários à jurisprudência do TCU**. Belo Horizonte: Fórum. 3. ed., 2014.

CARVALHO, Gustavo Marinho de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. **Revista Brasileira de Infraestrutura (RINF)**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-195, jul./dez. 2013.

CASTRO, Jônathas Assunção Salvador Nery de; ANDRADE, Natália Resende. Análise comparativa entre elementos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993). **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 44-53, set. 2013.

FERRAZ, Luciano. **Regime Diferenciado de Contratações (RDC)** e composição de custos: desafios na aplicação da regra do sigilo e contratação integrada. Interesse Público (IP), Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 71-82, nov./dez. 2012.

HEINEN, Juliano. **Pré-qualificação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP), Belo Horizonte, ano 13, n. 148, p. 34-42, abr. 2014.



HEINEN, Juliano. **Regime Diferenciado de Contratações**: Lei 12.462/2011. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**. Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011. Belo Horizonte: Fórum. 2. ed., 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KLEIN, Aline Lícia. Alteração dos contratos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 95-118, abr./jun. 2012.

KLEIN, Aline Lícia. A desclassificação das propostas e o encerramento do procedimento licitatório no RDC: a possibilidade de correção de vícios sanáveis. **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, p. 44-55, maio 2012.

LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina. Viabilidade jurídica do Regime Diferenciado de Contratações: sobre a arte de evitar que a cauda abane o cachorro. **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, set. 2011.

MAFFINI, Rafael. Discricionariedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição. **Revista Síntese de Direito Administrativo**. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. 76, abr. 2012.

MUKAI, Sylvio Toshiro. A ampliação do campo de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 77-80, fev. 2013.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Procedimento Licitatório da Lei 12.462: licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 61, mar. 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 3. ed., 2017.

_____. **Comentários ao RDC integrado ao sistema brasileiro de licitações e contratações públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação**. 2. ed., São Paulo: NDJ, 2014.

_____. **Limitações constitucionais da atividade contratual da Administração Pública**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2011.

_____. **Mil perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) aplicável às contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. **Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP)**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, p. 9-18, maio 2012.

_____. **O Regime Diferenciado de Contratações (RDC).** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Recebido em 26/3/2018

Aprovado em 9/11/2018

NOTAS

- 1 O Acórdão 1.388/2016-Plenário, do Tribunal de Contas da União (TCU), alude sobre a utilização do regime de contratação integrada em ordenamentos jurídicos internacionais. Confira-se: “10. Apesar de recente em nosso ordenamento jurídico, a exceção da previsão no Regulamento de Contratação da Petrobras (Decreto 2.745/1998), trata-se de prática amplamente disseminada no âmbito internacional, inclusive em financiamentos efetuados pelo Banco Mundial, e que vem mostrando bons resultados. 11. A Diretiva 18/04 do Parlamento Europeu – relativa a contratos públicos – assim estabelece: dada a diversidade dos contratos de empreitada de obras públicas, as autoridades adjudicantes deverão poder prever tanto a adjudicação separada como a adjudicação conjunta de contratos para a concepção e execução de obras. A presente diretiva não tem por objetivo prescrever a adjudicação conjunta ou separada de contratos.” 12. O Federal Acquisition Regulation (FAR), dos Estados Unidos (item 36.302), também prevê a combinação de projeto e construção em um só contrato. 13. Consoante José Antônio Pessoa Neto e Marcelo Bruto da Costa Correia, em sua obra Regime Diferenciado de Contratação (RDC): uma perspectiva gerencial (Curitiba, Negócios Públicos do Brasil, 2015, p. 115), o modelo vem sendo aplicado pelo setor público em países diversos, como França, Reino Unido, Grécia, Suécia, México, Estados Unidos, Austrália, Tailândia, Cingapura, em obras de complexidades diversas, como edificações, hospitais, rodovias, ferrovias e instalações industriais. Ainda segundo os autores, em 2013, o modelo foi adotado nos Estados Unidos em, cerca de, 30% do universo – excluídas as obras de caráter militar e residencial – de contratações de construção governamental. 14. Veja-se, pois, que não se trata de uma inovação sem base ou precedentes, mas, sim, de um modelo já experimentado em outros países e que pode render bons frutos no Brasil. Por certo, não se trata de uma solução universal para as contratações públicas de obras e serviços de engenharia, mas de uma opção que pode, em determinadas circunstâncias, melhor atender o interesse público.” (Rel. Min. Ana Arraes, Processo 030.958/2014-8).
- 2 No atual regulamento da entidade (Decisão de 25 de outubro de 2017, publicada no DOU de 15 de janeiro de 2018), também há previsão acerca do regime de contratação integrada, baseada na Lei 13.303/2016.
- 3 Precedentes do TCU: “A opção pelo regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias, art. 9º, inciso II, da Lei 12.462/2011, (i) se restringe às situações em que as características do objeto permitam que haja real competição entre as licitantes para a concepção de metodologias e tecnologias distintas que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público, no que se refere a competitividade, prazo, preço e qualidade, em relação a outros regimes de execução, especialmente, a empreitada

- por preço global; e (ii) deve estar fundamentada em análise comparativa com contratações já concluídas ou outros dados disponíveis, procedendo-se à quantificação, inclusive monetária, das vantagens e desvantagens da utilização do regime de contratação integrada, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento, e sendo necessária a justificativa circunstanciada, no caso de impossibilidade de valoração desses parâmetros” (Acórdão 2.725/2016-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo 024.950/2014-9).
- 4 Art. 5º [...] XXIII – projeto completo: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida, de forma a fornecer visão global da obra e a identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;
 - 5 Precedente do Tribunal de Contas da União anota: “A administração deve exigir das empresas contratadas no regime de contratação integrada, por ocasião da entrega dos projetos básico e executivo, a apresentação de orçamento detalhado contendo descrições, unidades de medida, quantitativos e preços unitários de todos os serviços da obra, acompanhado das respectivas composições de custo unitário, bem como do detalhamento dos encargos sociais e da taxa de BDI, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei 12.462/2011, aplicável a todos os regimes de execução contratual do RDC, e da Súmula 258 do TCU” (Acórdão 2.433/2016-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo 025.990/2015-2).
 - 6 O art. 74, § 1º, do Decreto 7.581/11, que regulamenta a Lei 12.462/11, depois de repetir os requisitos elencados no art. 9º, § 2º, desse diploma, quanto aos documentos técnicos que devem integrar o anteprojeto, acrescentou: (a) concepção da obra ou do serviço de engenharia; (b) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; (c) levantamento topográfico e cadastral; (d) pareceres de sondagem; (e) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.
 - 7 Precedente do TCU anota: “19. Observo que a vedação da celebração de termos aditivos nos contratos firmados sob o regime de contratação integrada do Regime Diferenciado de Contratações não é absoluta e objetiva garantir que os riscos assumidos pelo particular quando da contratação sejam de fato a ele atribuídos na etapa de execução” (Acórdão 1.541/2014-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo 004.877/2014-4).
 - 8 Síntese do relatório, extraída do portal do referido Ministério (<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/02/ministerio-da-transparencia-avalia-adocao-do-regime-diferenciado-de-contratacao-no-dnit>). A auditoria confirmou, no RDC do

DNIT, a diminuição de prazo nos três regimes de execução (preço global, preço unitário e contratação integrada), quando comparado à Lei 8.666/1993. Porém, observou alta taxa de insucesso nas licitações, com muitos editais sendo repetidos, especialmente na contratação integrada, em que é frequente o descumprimento do prazo previsto nos editais para apresentação e aprovação do projeto. O Ministério constatou que a adoção da contratação integrada tem reduzido os aditivos nas obras do DNIT, principalmente aqueles relacionados à alteração de valor contratual. Contudo, esse regime não elimina os aditamentos, tendo-se observado a ocorrência de aditivos em 40% das obras já concluídas e em 31% daquelas em andamento. O número de aditivos tende a aumentar, por as obras maiores e mais complexas ainda estarem em execução e pelos recentes contingenciamentos de recursos. Os dados evidenciam um menor número de participantes e a redução dos descontos obtidos nas obras no regime de contratação integrada. Os auditores verificaram que, ao se optar por uma contratação integrada, o custo final para a Administração é, em média, 7,5% maior que no regime de preço unitário e 6,9% maior que no de preço global. Esses percentuais foram obtidos ponderando-se as taxas médias de riscos, os descontos e os aditivos celebrados. O RDC possibilitou a utilização de novas tecnologias e metodologias pelos contratados, porém permitiu que fragilidades no anteprojeto implicassem ganhos, por vezes desproporcionais, integralmente absorvidos pelos parceiros privados, como ganhos de engenharia. Recomendações e providências. O Ministério da Transparência recomendou ao DNIT: utilizar, preferencialmente, o RDC na forma eletrônica, em que se tem observado maior concorrência e, por conseguinte, maiores descontos, além de maior transparência dos procedimentos; não utilizar o percentual de 2% do valor contratual como estimativa de custo para o valor das apólices de seguro risco de engenharia e adotar o valor calculado com base no preço das apólices anteriormente prestadas à autarquia, que, atualmente, é, em média, um décimo do valor ora questionado pela CGU; incluir, nos editais, matriz de riscos, para explicitar as exatas responsabilidades e os encargos a serem assumidos pelos particulares em todos os regimes. As duas primeiras recomendações já foram acatadas pela autarquia examinada. Com relação à terceira, o DNIT informou utilizar a matriz de riscos em todos os editais de RDC Integrada e se comprometeu a avaliar a possibilidade de estender a prática aos outros dois regimes. O Ministério da Transparência permanece na busca conjunta por soluções e realiza sistemático monitoramento da adoção das providências por parte dos gestores.