



SENADO FEDERAL

Consultoria de Orçamentos,
Fiscalização e Controle
Conorf/SF

Nota Técnica

126/2011

Brasília/DF, 12 de julho de 2011.

Assunto: Regime Diferenciado de Contratação para licitações e contratos relacionados à Copa das Confederações 2013, à Copa do Mundo 2014 e às Olimpíadas 2016.

Interessado: Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle.

Diogo Antunes de Siqueira Costa

Consultor Legislativo

Área: Consultoria e Assessoramento em Orçamentos



I. INTRODUÇÃO

Trata-se de Solicitação de Trabalho Orçamentário – STO, encaminhada pelo consultor-geral de Orçamentos, cujo objeto é a flexibilização das regras de licitação com vistas à realização de eventos esportivos, conforme Projeto de Lei de Conversão – PLV, nº 17/2011, decorrente da Medida Provisória nº 527/2011.

O objetivo desta nota técnica é analisar as principais propostas do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, aplicável aos processos de licitação e contratação necessários à realização, sobretudo, da Copa do Mundo de Futebol 2014 e das Olimpíadas 2016. Com a presente análise, espera-se fornecer informações acerca do PLV nº 17/2011, sem, no entanto, esgotar o tema. Com efeito, esta nota técnica contribuirá para a realização de futuros estudos mais amplos e aprofundados por parte desta Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle.

Não será objeto desta nota técnica a constitucionalidade ou legalidade da inclusão de matéria tratando de licitações públicas em Projeto de Lei de Conversão decorrente de Medida Provisória cujo objeto inicial não guardava relação com o assunto, em desacordo com o art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998. A Medida Provisória nº 527/2011 pretendia alterar a Lei nº 10.683/2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, criar a Secretaria de Aviação Civil, alterar a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, criar cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispor sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários e criar cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.



II. ANÁLISE

O PLV nº 17/2011 (Medida Provisória nº 527/2011), pretende instituir o denominado RDC, aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

- a) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica – APO;
- b) da Copa das Confederações da *Fédération Internationale de Football Association* – Fifa, 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014, do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e
- c) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais.

SIGILO DOS ORÇAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO

Uma inovação que chama atenção diz respeito à manutenção do sigilo do orçamento do objeto da licitação. O art. 6º do PLV prevê que o orçamento previamente estimado para a contratação será fornecido somente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a



elaboração das propostas. O tema vem criando polêmica, com notícias sobre a intenção do Poder Executivo de manter esse dispositivo na lei eventualmente sancionada¹, com posições favoráveis² e desfavoráveis³ de parlamentares. Em 28/06/2011, o PLV foi aprovado na Câmara dos Deputados, e, em 06/07/2011, no Senado Federal.

Vale salientar que a manutenção do sigilo do orçamento não alcança os órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União – TCU e o Ministério Público da União – MPU. A Constituição Federal assegura a esses órgãos acesso amplo às informações necessárias ao exercício de suas funções em prol da preservação e bom uso do patrimônio público (art. 71, inciso IV e art. 127, respectivamente). Não será uma Medida Provisória – ou a lei ordinária dela decorrente – capaz de impedir o acesso dos órgãos de controle aos orçamentos de licitações públicas. De qualquer forma, o § 3º do art. 6º do PLV foi ajustado de forma a deixar claro que os órgãos de controle interno e externo terão acesso aos orçamentos:

“Art. 6º (...)

§ 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.”

A manutenção do sigilo dos orçamentos foi apresentada como uma proposta que dificultaria o conluio entre empresas, o que teria efeitos positivos sobre a redução dos preços a serem pagos pelo Poder Público para execução das obras. É importante notar que o detalhamento dos quantitativos será, por óbvio, divulgado previamente. Se assim não fosse, a apresentação de propostas de preço por parte dos licitantes seria um exercício de baixa

¹ Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,dilma-manda-base-aprovar-sigilo-em-todas-as-licitacoes,737882,0.htm>> Acesso em 28 jun. 2011

² Disponível em <<http://www.senado.gov.br/noticias/sarney-afirma-que-nao-ha-sigilo-em-projeto-sobre-obras-da-copa.aspx>> Acesso em 28 jun. 2011

³ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/noticias/alvaro-dias-critica-intencao-de-sigilo-em-obras-da-copa.aspx>> Acesso em 28 jun. 2011



precisão. Tendo em mente que os quantitativos serão previamente detalhados, é importante lembrar que as Leis de Diretrizes Orçamentárias – LDOs, trazem normas relativas ao controle de custos dos programas financiados com recursos dos orçamentos, em atendimento ao art. 4º, inciso I, alínea “e”, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF). A LDO para 2011, por exemplo, define, em seu art. 127, que o

“custo global de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias – SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.”

Se o RDC estipula que os quantitativos serão previamente detalhados, enquanto a LDO determina que o custo global de obras e serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários calculados com base em sistemas referenciais de preços, não é desarrazoado prever que as empresas participantes da licitação, em busca de uma estimativa do orçamento da Administração, multiplicarão os quantitativos divulgados pelos custos constantes dos sistemas referenciais. Provavelmente, essas estimativas terão precisão razoável, o que pode comprometer a propalada capacidade de reduzir preços do procedimento de sigilo dos orçamentos. Portanto, o sigilo dos orçamentos é medida de pouco efeito prático no caso de obras e serviços de engenharia cujos referenciais de preços já estejam estabelecidos. O sigilo pode de fato existir para contratação de serviços que não constem dos sistemas referenciais de custos e para compras de uma maneira geral. Na realidade, um elemento que poderia garantir a redução dos preços é o aumento da concorrência, o que ganha especial destaque em um mercado oligopolizado como o de médios e grandes serviços e obras de engenharia contratados pelo Poder Público.



Ainda sobre o tema sigilo dos orçamentos, o PLV prevê que o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação. Com o fito de aumentar o controle social das licitações, o mecanismo de sigilo poderia ser aperfeiçoado, no sentido de que ele prevalecesse até o fim da fase de apresentação de propostas de preços – ou até o julgamento dos recursos relativos às propostas de preços. Considerando, para fins de argumentação apenas, que o sigilo pode trazer resultados positivos ao interesse público, ele deveria prevalecer pelo menor tempo possível, pelo tempo indispensável à manutenção da eficácia do mecanismo. Prolongar o sigilo em um momento no qual não é mais permitido aos licitantes alterar suas propostas de preços é desnecessário e retira da sociedade informação útil ao exercício do controle social.

OS REGIMES DE EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Outra relevante inovação do PLV trata de novo regime para execução de obras e serviços de engenharia. A Lei nº 8.666/1993 traz os seguintes regimes para execução indireta:

- a) empreitada por preço global – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- b) empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- c) tarefa – quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; e
- d) empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de



segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

O PLV traz um novo regime, denominado contratação integrada. Nesse ponto, vale notar que a contratação integrada, diferentemente dos demais regimes, não possui definição estabelecida no art. 2º do PLV. O detalhamento do que seria a contratação integrada consta do art. 9º do projeto de lei. Pelo RDC, seriam preferencialmente adotados os regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada.

RISCOS ASSOCIADOS À EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL E À EMPREITADA INTEGRAL

Sobre a empreitada por preço global, é importante sublinhar que, desde que certas condicionantes sejam atendidas, trata-se de regime de mais baixo risco para a Administração Pública quando comparado ao regime de empreitada por preço unitário. No entanto, se o risco para o poder Público é mais baixo, para o terceiro contratado o risco é mais alto. Na empreitada por preço global, os pagamentos indicados no cronograma financeiro são efetuados à medida que são concluídas as etapas definidas no cronograma físico. Isso quer dizer que se houver a necessidade de execução de serviços adicionais para a conclusão de uma etapa, o contratado terá que suportá-los, não podendo repassá-los ao Poder Público. Conforme assevera Cláudio Sarian Altounian (2007):

“Claro se faz que o regime de preço global é aquele que, se materializado com base em um projeto básico bem elaborado, é o de menor risco e o de maior facilidade de gerenciamento pela administração, visto possibilitar o pleno conhecimento do valor final do empreendimento e o pagamento por etapa da obra concluída, enquanto o de preço unitário permite a variação do preço inicialmente previsto em face de alteração de quantitativos aferidos durante a medição. A constatação prática relativa a este regime demonstra que os valores finais são, na maioria dos casos, extremamente superiores aos previstos no projeto básico.”



É intuitivo afirmar que havendo maior risco, maior será a remuneração exigida pelo contratado. Ou seja, de uma forma geral, os preços cobrados por obras executadas no regime de empreitada por preço global tendem a ser mais altos do que os cobrados no regime de empreitada por preço unitário.

Ademais, a empreitada por preço global é recomendada para obras de menor complexidade e maior padronização. Nesse tipo de obra, há menor incerteza sobre os serviços que deverão ser executados, de forma que se espera que os quantitativos estejam sujeitos a poucas alterações. Contudo, obras relacionadas a eventos esportivos não podem ser consideradas comuns. Pelo contrário, trata-se de obras muitas vezes com características únicas, tanto esteticamente, quanto no que tange aos processos construtivos. Assim sendo, a empreitada por preço global para obras da Copa do Mundo 2014 e das Olimpíadas 2016 deve ser utilizada com ressalvas. Calha transcrever trecho da Cartilha de Obras Públicas do TCU:

“Na empreitada por preço global, contrata-se a execução da obra ou serviço por um preço certo e total, sendo mais aconselhável no caso de empreendimentos comuns, como escolas, pavimentação de vias públicas, edificações em geral. Durante a execução da obra, os critérios de medição para fins de pagamento são mais simples, feitos somente após a conclusão de um serviço ou etapa, pois seus quantitativos são pouco sujeitos a alterações.”
(grifamos)

No regime de empreitada integral, os riscos para o terceiro contratado, quando comparados à empreitada por preço unitário, são ainda maiores. A empreitada integral pressupõe projetos mais completos e bem elaborados, pois há transferência dos riscos de execução da Administração ao empreiteiro. No regime de empreitada por preço unitário, eventuais necessidades de execução de serviços em quantidades superiores às previstas ensejariam correspondentes pagamentos, nos termos da proposta de preço inicialmente estabelecida entre as partes. Na realidade, pode-se dizer que a empreitada integral é um tipo específico de empreitada por preço global. Nesse sentido, temos as palavras de Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:



“A empreitada integral é uma variação da empreitada por preço global. O que a peculiariza é a abrangência da prestação imposta ao contratado, que tem o dever de executar e entregar um ‘empreendimento’ em sua integralidade, pronto, acabado e em condições de funcionamento. A expressão ‘empreendimento’ indica uma obra ou um serviço não consumível que serve de instrumento para produzir outras utilidades. A diferença entre os conceitos de empreitada por preço global e empreitada integral fica evidente no caso de fracionamento de obra. Nesse caso, não haverá empreitada integral, pois o contratado executará apenas uma parte do empreendimento. No entanto, poderá existir empreitada por preço global. Basta que a fração da obra seja contratada por um preço que abranja todas as prestações do particular.”

Para deixar claro que a presente nota técnica não defende a assunção de riscos ilimitados pelo contratado nos casos de empreitada por preço global e empreitada integral, trazemos, mais uma vez, ensinamentos do Professor Marçal Justen Filho:

“Outra questão problemática envolve o risco assumido pelo particular. Pretende-se que a empreitada global imponha ao particular o dever de realizar o objeto, de modo integral, arcando com todas as variações possíveis. Vale dizer, seriam atribuídos ao contratado os riscos por eventuais eventos supervenientes, que pudessem elevar custos ou importar ônus imprevistos inicialmente. Essa concepção é equivocada, traduz enorme risco para a Administração e infringe os princípios fundamentais da licitação. Quando promove a licitação, a Administração necessita cotejar propostas equivalentes, versando sobre a execução do mesmo objeto. Se a Administração não definir precisamente o objeto que será executado, cada licitante adotará interpretação própria e assumirá uma configuração distinta para tanto. Logo, as propostas não serão comparáveis entre si e a Administração não poderá selecionar uma como a mais vantajosa. Não se contraponha que o dever do particular é entregar o objeto perfeito e acabado, correndo por conta dele os riscos com a elaboração. Não é possível assumir riscos por eventos desconhecidos ou imprevisíveis, não cogitados nem mesmo pela própria Administração. Uma situação dessa ordem acabaria desaguando em uma de duas alternativas. Poderia imaginar-se que todos os licitantes incluíam em suas propostas verbas destinadas a fazer face a essas eventualidades. Logo, todas as propostas teriam valor mais elevado. Por resultado, se nenhum inesperado viesse a ocorrer, a Administração teria pago valor superior ao necessário. Outra alternativa é que todos ou alguns dos licitantes resolvessem correr o risco e formassem proposta não comportando imprevistos. Se esses viessem a ocorrer, a execução do objeto se tornaria inviável ou o particular acabaria por adotar execução de péssima



qualidade.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, Editora Dialética).

SUGESTÃO RELACIONADA AO PROBLEMA DOS ADITIVOS CONTRATUAIS DECORRENTES DE PROJETOS BÁSICOS DEFICIENTES

É inegável que um problema recorrente em obras públicas brasileiras é a baixa qualidade dos projetos básicos⁴. Diante disso, devemos discutir a questão dos aditivos decorrentes de projetos básicos deficientes elaborados pelo Poder Público, marcados por ausência de estudos para definição precisa do conjunto de serviços necessários à concretização do empreendimento. Em obras públicas, não é raro se constatar a necessidade de serviços não previstos inicialmente em razão de estudos preliminares imprecisos ou omissos. Haja vista essa realidade, é recomendável que os editais das licitações das obras realizadas no regime de empreitada integral definam que todos os estudos complementares necessários à elaboração das propostas devam ser realizados e custeados pelas empresas licitantes. O objetivo da sugestão é evitar a celebração de aditivos contratuais justificados por deficiências do projeto básico. No que tange ao novo regime denominado contratação integrada, o PLV prevê (art. 9º, § 4º) que fica vedada a celebração de termos aditivos, exceto nos seguintes casos:

- 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

⁴ Vide as seguintes deliberações do Tribunal de Contas da União: Acórdão 938/2003 – Plenário (obras rodoviárias) e Acórdão 2888/2009 – Plenário (obras aeroportuárias).



decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993.

O REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA

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 (art. 9º, § 1º, do PLV).

Uma das principais características do novo regime de contratação integrada é a dispensabilidade de projeto básico para realização da licitação (art. 8º, § 5º, do PLV). O documento essencial para licitações desse regime seria o anteprojeto de engenharia. O PLV traz alguns atributos que devem constar do anteprojeto de engenharia. Contudo, há necessidade de melhor detalhamento desse documento, o que deverá ocorrer por meio de decreto regulamentador do Poder Executivo. Conforme pronunciamento do ministro do Esporte, Orlando Silva, em audiência publicada realizada em conjunto pelas Comissões de Serviços de Infraestrutura (CI) e de Assuntos Econômicos (CAE), em 29/06/2011, o anteprojeto que vai ser a base para contratação integrada poderá explicitar todos os detalhes técnicos suficientes para elaboração da proposta por parte dos concorrentes. Entretanto, ainda hoje se discute sobre o que seria um projeto básico adequado, não obstante sua definição conste desde 1993 do texto da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993). Mais do que isso, além de existir definição legal do termo projeto básico, há vasta jurisprudência do TCU tratando do tema e, mesmo assim, persiste no setor público uma grande quantidade de obras executadas com base em projetos básicos desatualizados, omissos, deficientes, e incompletos. Embora o anteprojeto seja algo mais simples do que o projeto básico – considerando o objetivo de agilizar as licitações, não teria sentido substituir o projeto básico por algo mais complexo –, não há motivos para se esperar que a polêmica sobre o que seria



um anteprojeto adequado seja menos intensa do que a sobre a definição de projeto básico. O assunto projeto básico perdura controverso desde 1993. Ademais, a execução de obras públicas de boa qualidade depende de um adequado documento de planejamento da engenharia, seja um projeto básico ou um anteprojeto. Nesse sentido, temos as palavras do Ex.mo ministro presidente do TCU, Benjamin Zymler, proferidas em audiência pública realizada na Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal, no dia 03/05/2011: *“com bons projetos básicos, ou mesmo com bons anteprojetos, bem elaborados, é possível licitar”, “eu digo que essa norma pode ser muito bem sucedida se esse anteprojeto for bem elaborado. Não é um problema de ter projeto executivo; o problema é ter um anteprojeto bem elaborado que permita orçar adequadamente as obras”*. Contudo, se a realidade atual demonstra que numerosos projetos básicos não são bem elaborados, não existem motivos para se esperar que, em um futuro próximo, os anteprojetos serão de ótima qualidade.

O benefício associado à dispensa do projeto básico e à adoção do anteprojeto para a realização de licitações é o aumento da celeridade no processo de contratação. Sem dúvidas, a rapidez para contratação das empresas responsáveis pelas obras necessárias aos eventos esportivos é algo positivo. Por outro lado, não se deve olvidar que há prejuízos decorrentes da inovação proposta. A questão que se coloca, portanto, é calcular se os benefícios advindos da dispensa do projeto básico são superiores aos prejuízos. Dentre os prejuízos que podem ser atribuídos à utilização de anteprojeto de engenharia para a realização de obras públicas, destacamos:

- a) maior incerteza dos gestores públicos e dos agentes privados sobre o que seria um anteprojeto adequado, haja vista se tratar de instituto novo na legislação que rege a contratação de obras públicas;
- b) menor grau de precisão das estimativas dos serviços e insumos necessários à execução das obras;
- c) maior dificuldade para o julgamento objetivo da licitação;



- d) maior margem de erro na avaliação do custo da obra, na definição dos métodos executivos e na estimativa do prazo de execução;
- e) maiores exigências de acompanhamento técnico do Poder Público, uma vez que as construtoras contratadas possuem incentivos para reduzir os requisitos de projeto para acomodar o orçamento, em detrimento da qualidade e da estética da obra;
- f) maiores custos para os licitantes, que deverão realizar estudos mais elaborados com vistas à apresentação de propostas de preços; e
- g) maior possibilidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação em comparação a licitações realizadas com base em projeto básico.

Afirma-se que o uso de anteprojeto de engenharia implicará dispensa de um processo licitatório, aquele destinado à contratação de empresa para elaboração do projeto básico. O ministro do Esporte, Orlando Silva, em audiência pública no dia 29/06/2011, assim se pronunciou: *“Hoje, há elaboração de um projeto básico, que é resultado de uma licitação publica, com todo o seu rito e os seus prazos. A partir daí, há uma outra licitação, em que você faz a elaboração do Executivo e a execução do empreendimento.”* e *“Em vez de dois processos, será feito um processo só.”* Com isso, em vez de dois processos licitatórios – o primeiro tendo por objeto a elaboração de projeto básico e o segundo, a execução da obra – ter-se-ia apenas um para a contratação da empreiteira, fundamentado em anteprojeto de engenharia. Contudo, é importante esclarecer que o Poder Público não é obrigado a contratar terceiros para elaborar projetos básicos. Caso o órgão ou entidade responsável pela licitação tenha capacidade técnica, a própria Administração pode elaborar o projeto básico. No entanto, a prática usual não é essa. Frequentemente, a elaboração dos projetos básicos é contratada junto a terceiros, pois os órgãos e entidades não dispõem de pessoal técnico especializado. Se, atualmente, o Poder Público, em regra, contrata a elaboração dos projetos básicos no mercado de empresas privadas especializadas no assunto, não é razoável se



esperar que esses mesmos órgãos e entidades passarão a ter, em pequeno intervalo de tempo, capacidade de elaborar bons anteprojetos de engenharia.

A adoção da contratação integrada é justificada pelo argumento de que a Petrobrás já se utiliza de tal regime. Assim se manifestou o ministro do Esporte, Orlando Silva, em audiência pública realizada em 29/06/2011 no Senado Federal: *“Qual o balanço que damos hoje da contratação integrada realizada pela Petrobras, por vezes, para grandes empreendimentos? É um balanço positivo. Qual é o balanço que fazemos de boas experiências que organismos internacionais realizam e observam? É um balanço positivo.”* Realmente aquela empresa pública já adota algo semelhante há algum tempo. Ela o faz com esboço no Decreto nº 2.745, de 1998, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás.

O TCU, com fundamento na Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal – STF, já declarou incidentalmente a inconstitucionalidade no caso concreto do Decreto nº 2.745/1998, afastando sua aplicação nas licitações e contratos realizados pela Petrobrás, por meio da Decisão 663/2002 – Plenário, *in verbis*:

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro no art. 71, IV, da Constituição Federal c/c art. 43, II, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

8.1. determinar à Petrobrás que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98.”

Entretanto, a Petrobrás continua a aplicar o referido decreto, autorizada por provimentos liminares em mandados de segurança impetrados no STF. A Suprema Corte vem se pronunciando, em sede cautelar, pela constitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998.

Afora a questão da constitucionalidade da norma, sobressai-se o fato de que não há no mencionado decreto referência ao termo anteprojeto de engenharia. Outro aspecto que deve se distinguir é que o decreto autoriza a contratação integrada na Petrobrás quando for



economicamente recomendável. O fundamento para a adoção da contratação integrada na Petrobrás não é a urgência para a contratação e sim a viabilidade econômica. Vale frisar, ainda, que no Acórdão 2094/2009 – Plenário, o TCU determinou à Petrobras que “*mesmo em contratações do tipo "turn key", passe a elaborar previamente à abertura do certame licitatório o projeto básico e o seu respectivo orçamento detalhado*”. A jurisprudência do TCU admite, excepcionalmente, a aplicação de dispositivos do Decreto nº 2.745/1998 quando o procedimento ordenado pela Lei nº 8.666/1993 constituir óbice intransponível à atividade negocial da empresa, fato a ser devidamente justificado nos autos do processo licitatório, consoante Decisão 663/2002 e Acórdãos 1268/2003, 1581/2003, 403/2004, todos do Plenário, e Acórdão 1854/2009 – Segunda Câmara.

É fato o uso da contratação integrada pela Petrobrás, porém, isso não quer dizer que suas obras estejam imunes a irregularidades e falhas. Para isso, citamos alguns acórdãos do TCU que demonstram que também há problemas em obras da Petrobrás, por exemplo: Acórdão 1858/2004 – Plenário, Acórdão 2094/2009 – Plenário, Acórdão 3069/2010 – Plenário e Acórdão 3082/2010 – Plenário.

A contratação integrada deverá ser aplicada à contratação de obras e serviços de maior vulto e complexidade. Nesses casos, o prazo de trinta dias (art. 15 do PLV) para apresentação das propostas pelos licitantes – que deverão tratar de assuntos complexos como projeto básico e orçamento detalhado – pode se mostrar exíguo. No sentido de permitir a apresentação de propostas completas e bem elaboradas, é pertinente a discussão acerca da definição de prazo mais longo. Se, por um lado, para a Administração Pública será mais simples realizar uma licitação no regime de contratação integrada, haja vista que será dispensado o projeto básico, por outro lado será mais complexa a tarefa das empresas licitantes, que deverão realizar estudos mais aprofundados e onerosos na preparação de suas propostas. Esses estudos mais complexos exigem tempo e dinheiro, que, com exceção do vencedor do certame, não serão remunerados. O efeito sobre a competitividade da licitação pode ser negativo, pois haverá uma tendência de participação de empresas que apresentam mais recursos disponíveis ou que acreditem que serão consagradas vencedoras. Empresas de



menor porte poderão se ver desestimuladas a participar do processo concorrencial, tendo em vista os custos de preparação de propostas e prévia confecção de projetos.

DEFINIÇÃO DAS LICITAÇÕES NECESSÁRIAS À REALIZAÇÃO DOS EVENTOS ESPORTIVOS

O PLV concede poder de definição das licitações e contratos sujeitos ao RDC ao Grupo Executivo – Gecopa, 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, e à Autoridade Pública Olímpica – APO. No caso de obras públicas relacionadas aos torneios de futebol, a utilização do RDC se restringe às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Foi incluído na Câmara dos Deputados dispositivo que autoriza a aplicação do RDC a obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais.

Há excessiva discricionariedade nas mãos do Poder Executivo para definir as obras sujeitas ao RDC. Com isso, abre-se possibilidade de inclusão, no regime diferenciado, de obras que não se enquadram como necessárias à realização dos eventos esportivos. Por exemplo, o trem de alta velocidade entre Rio de Janeiro e São Paulo é necessário a realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas? Nos termos do decreto não numerado de 14/01/2011 que instituiu o Comitê Gestor para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014, o Gecopa 2014 é composto por um representante de cada órgão a seguir indicado:

- a) Casa Civil da Presidência da República;



- b) Ministério do Esporte;
- c) Ministério da Fazenda;
- d) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; e
- e) Ministério do Turismo.

No respeitante à Autoridade Pública Olímpica, o poder de aprovar a Carteira de Projetos Olímpicos está nas mãos do Conselho Público Olímpico, órgão de natureza colegiada e permanente, constituído pelos Chefes dos Poderes Executivos da União, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro. Impende registrar que a participação do Congresso Nacional no processo decisório dessa autarquia em regime especial é mais direta se comparada ao da CGCOPA 2014, uma vez que o presidente da APO será escolhido pelo Presidente da República e por ele nomeado, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso III, alínea “f”, da Constituição. Ademais, a APO deverá enviar ao Congresso Nacional relatório semestral de suas atividades e calendário de ações a cumprir, para acompanhamento dos prazos estabelecidos pelo Comitê Olímpico Internacional e pelo Comitê Paraolímpico Internacional, nos termos do art. 6º da Lei nº 12.396/2011.

A relação de obras relacionadas à Copa das Confederações 2013 e Copa do Mundo 2014 – sujeitas, portanto, ao RDC – deverão constar de uma matriz de responsabilidades elaborada pelo Poder Executivo Federal. O TCU assim definiu o documento, por meio do Acórdão 1592/2011 – Plenário:

“A matriz de responsabilidade com a disposição atualizada das intervenções necessárias à realização bem sucedida da Copa do Mundo de Futebol de 2014, nos três níveis de governo, é instrumento indispensável ao conhecimento dos cronogramas críticos do evento e ao dimensionamento dos controles necessários à mitigação dos seus riscos, constituindo, ainda, instrumento basilar para o pleno atendimento do princípio da transparência e para o accountability dos gastos públicos”



A Corte de Contas identificou, conforme o citado acórdão, proferido na sessão plenária de 15/06/2011, falhas concernentes à identificação precisa das obras necessárias à realização das competições internacionais de futebol, o que ensejou os seguintes alertas:

“9.2. alertar o Ministério do Esporte que:

9.2.1. a Matriz de Responsabilidades atual encontra-se limitada às ações do primeiro ciclo e desatualizada no que se refere a prazos e valores de diversas obras de mobilidade urbana, estádios, portos e aeroportos, o que prejudica a sua utilização como instrumento de planejamento e controle das ações preparatórias para a Copa do Mundo de 2014, fazendo-se necessária, em prol do princípio da transparência, além da atualização, a inclusão de todas as ações relativas ao segundo e terceiro ciclos de planejamento, bem como das ações dos diversos órgãos e entidades federais envolvidos nos preparativos do evento, conforme dispõe o parágrafo único do art. 2º da IN/TCU 62, de 26/5/2010;

9.2.2. a sistemática de monitoramento adotada até o momento, que se limitou às obras de mobilidade urbana, estádios, portos e aeroportos, não permite o acompanhamento completo e atualizado de todos os gastos relacionados à Copa do Mundo de 2014, no âmbito dos diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, fazendo-se necessária, em prol do princípio da transparência, bem como para a governança do modelo de gestão das ações de Governo para o Mundial, a inclusão de temas como segurança, saúde, hotelaria, telecomunicações, aspectos operacionais, convênios e contratos celebrados pelas diversas pastas ministeriais envolvidas nos preparativos para o evento, inclusive no Sistema de Monitoramento da Copa;

9.3. alertar a Casa Civil da Presidência da República e os Ministérios do Esporte, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, com fulcro no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) sobre:

9.3.1. a ausência de definição, até o momento, de qual seria o conjunto de obras consideradas essenciais à realização da Copa do Mundo de 2014, para as quais não se aplicam os limites de autorização de financiamentos a Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme exceção prevista no art. 7º, § 3º, inciso IV, da Resolução do Senado Federal nº 43/2001, com redação dada pela Resolução nº 45/2010;

9.3.2. a necessidade de estabelecer critérios objetivos para identificar quais obras devem ser consideradas como obras da Copa do Mundo de 2014, recomendando-se que esse critério esteja diretamente relacionado à previsão dessas obras na matriz de responsabilidades;

9.3.3. o risco de o modelo adotado de concessão e financiamentos a estados e municípios provoque elevação do custo total das obras e outras irregularidades e resulte em possível assunção do ônus pela União, com prejuízo da atuação dos órgãos federais de controle.”



Como forma de garantir maior participação do Poder Legislativo na definição das obras sujeitas ao RDC, seria pertinente algum dispositivo legal que compelissem o CGCOPA 2014 a enviar ao Congresso Nacional relatório semestral de suas atividades e calendário de ações a cumprir, de forma semelhante ao que já existe para a APO, nos termos da Lei nº 12.396/2011.

INVERSÃO DE FASES

O art. 12, parágrafo único, do PLV prevê que a fase de habilitação, mediante ato motivado, poderá anteceder às fases de apresentação de propostas ou lances e de julgamento, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório. Trata-se de medida em prol de uma maior agilidade nos processos licitatórios, haja vista que significativo esforço é dedicado pela Administração à análise dos documentos de habilitação das empresas licitantes. Mais do que isso, a fase de habilitação é, frequentemente, marcada pela apresentação de recursos – administrativos e judiciais –, o que compromete a celeridade dos certames. Pretende-se com o PLV estabelecer como regra a inversão das fases de habilitação e apresentação de propostas de preços com relação ao procedimento estabelecido pela Lei nº 8.666/1993, que assim dispõe:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais



deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.” (grifamos)

A inversão de fases não significa dizer que a Administração Pública se aterá com primazia ao aspecto financeiro, com riscos de comprometimento da qualidade do serviço, obra ou compra. Na realidade, o rigor com a verificação dos requisitos de habilitação deverá ser o mesmo, havendo, apenas, uma alteração no momento de sua realização. Se houver falhas na habilitação técnica ou econômica da empresa que apresentou o menor preço, ela deverá ser inabilitada, da mesma maneira como seria inabilitada se a apreciação dos documentos de habilitação fosse prévia.

A inversão de fases foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio a partir da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002). À época, parte da doutrina considerou a inovação necessária, tendo em vista que se tratava de modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, na qual a celeridade do certame se mostrava fundamental. Após a edição da Lei das PPP – Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) e da alteração da Lei das Concessões (Lei nº 8.987, de 1995, alterada pela Lei nº 11.196/2005), foi ampliado o escopo de objetos que poderiam ser licitados por intermédio de certames com fases invertidas. A tendência de maior uso da inversão de fases continuou, o que pode ser demonstrado pelas leis do Estado da Bahia (Lei nº 9.433/2005), do Município de São Paulo (Lei nº 14.145/2006), do Estado do Paraná (Lei nº 15.340/2006), do Estado de São Paulo (Lei nº 13.121/2008), e, finalmente, pela proposição legislativa que aqui se discute. Não pode deixar de ser citado o Projeto de Lei da Câmara – PLC, nº 32/2007, que altera substancialmente a Lei de Licitações e que se encontra, desde 02/06/2010, na Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado, aguardando inclusão na Ordem do Dia. O projeto teve como relator, na Comissão de Assuntos Econômicos, o Ex.mo senador Eduardo Suplicy (PT/SP), que assim se pronunciou em seu parecer:



“Quanto à sugestão de eliminar a possibilidade de inversão de fases, eliminando-se parágrafos no art. 43 da Lei, sob o argumento de que tal inversão contaminaria a fase de avaliação dos requisitos de habilitação do licitante, temos para nós que não resulta desse procedimento qualquer constrição à comissão de licitação. Como dito pelo representante do TCU na audiência pública realizada na CAE em 7 de agosto passado, o ato da comissão é vinculado, não havendo margem para a comissão habilitar licitante que não preencha os requisitos objetivos fixados na Lei. Se o fizer, estarão seus membros sujeitos à responsabilização administrativa, civil e penal. As discussões judiciais quanto à habilitação já existem hoje, sem inversão de fases, e continuarão a existir caso adotada a nova regra, porque é a própria Constituição Federal que confere esse direito de recorrer ao Judiciário a quaisquer pessoas que se sintam prejudicadas pela Administração (art. 5º, XXXV). Acrescente-se que a inversão de fases é uma alternativa mais racional, economiza tempo e recursos para a Administração e é saudada como uma inovação positiva pelo TCU, adotada com sucesso no pregão, além de já estar prevista até mesmo para as parcerias público-privadas (art. 12 da Lei nº 11.079, de 2004), que, certamente constituem a espécie contratual mais complexa e que envolve maiores valores, dentre as modalidades de contratos celebrados pela Administração Pública.”

PONDERAÇÃO ENTRE TÉCNICA E PREÇO

O art. 20, § 2º, do PLV prevê que é permitida a atribuição de fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70% (setenta por cento). Uma questão relevante em licitações do tipo “técnica e preço” é a definição de metodologia de cálculo da nota da proposta de preços que não desestime a competição entre os licitantes no critério preço. Se o preço não for item relevante na definição do vencedor do certame, com excessiva ênfase no critério qualidade, os licitantes tenderão a ofertar preços mais altos em comparação a uma situação em que a metodologia de cálculo ponderou adequadamente os requisitos de preço e técnica.

O TCU tem entendido como irregular a atribuição de 70% da pontuação à proposta técnica e de 30% à proposta de preços, desacompanhada de justificativa plausível para a discrepância (por exemplo, Acórdão 1782/2007 – Plenário). A jurisprudência da Corte de Contas é no sentido de que o privilégio excessivo da técnica em detrimento do preço, sem haver justificativas suficientes que demonstrem a sua necessidade, pode resultar em contratação a preços



desvantajosos para a Administração. Diante disso, seria recomendável o aperfeiçoamento do dispositivo, vedando a atribuição de fatores de ponderação distintos para os índices de técnica e preço sem que haja justificativa da autoridade competente para essa opção.

OFERTA DE LANCES EM LICITAÇÕES DE OBRAS OU SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A oferta de lances sucessivos é um instrumento característico da modalidade licitatória pregão, que, conforme o ordenamento jurídico vigente, não poderia ser aplicada à contratação de obras. Com relação a serviços de engenharia, há súmula do TCU nos seguintes termos (Súmula nº 257): “*O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002*”. Trata-se de uma interpretação do conteúdo do art. 1º da mencionada lei, o qual dispõe que:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

Assim, uma vez devidamente caracterizado pelo gestor que o serviço de engenharia é comum, há que se utilizar o pregão, instrumento de eficácia para a Administração Pública, capaz de propiciar a ampliação da concorrência e, portanto, o recebimento de melhores ofertas.

A inovação do RDC trata, portanto, de aplicar a obras de uma maneira geral e a serviços de engenharia não classificáveis como comuns, uma ferramenta que já demonstrou sucesso em reduzir o preço das contratações, a oferta de lances sucessivos.



DESISTÊNCIA DO LICITANTE VENCEDOR E CONTRATAÇÃO DOS DEMAIS LICITANTES POR PREÇO MAIOR

O art. 40, parágrafo único, do PLV traz uma inovação com relação ao procedimento estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 para as situações em que o licitante vencedor não assinar o termo de contrato. Atualmente, é facultado à Administração:

- a) convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e **nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado**, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório; ou
- b) revogar a licitação.

A inovação – que pode dar margem a condutas indevidas, facilitando o conluio entre licitantes – permite a convocação dos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato **nas condições ofertada por estes**, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

AUSÊNCIA DE LIMITES PARA ALTERAÇÕES CONTRATUAIS DECORRENTES DE EXIGÊNCIAS DAS ENTIDADES DESPORTIVAS INTERNACIONAIS

A ausência de limites para alterações contratuais decorrentes de exigências das entidades desportivas internacionais foi um dos temas mais polêmicos da discussão do PLV na Câmara dos Deputados. O PLV aprovado pelos ilustres deputados federais não contempla mais essa possibilidade. O texto do dispositivo retirado do projeto de lei era:

“Equiparar-se-ão às alterações contratuais previstas no art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei n.º 8.666, de 1993, as modificações supervenientes de normas ou exigências impostas pelas entidades internacionais de administração do desporto nos projetos



básicos e executivos das obras e serviços referentes aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e à Copa do Mundo FIFA 2014, desde que homologadas, respectivamente, pelo Comitê Olímpico Internacional, pelo Comitê Paraolímpico Internacional ou pela FIFA, conforme o caso, não lhes sendo aplicáveis os limites previstos no § 1º do referido artigo.” (grifamos)

SUGESTÃO RELACIONADA À APLICAÇÃO, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS, DE SANÇÃO DE INIDONEIDADE

O PLV encaminhado pela Câmara dos Deputados, e aprovado pelo Senado Federal, prevê que as sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666/1993 se aplicam às licitações e aos contratos regidos pela lei que vier a ser aprovada. Com o objetivo de fortalecer a atuação dos órgãos de controle sobre a fiscalização das licitações e contratos regidos pelo RDC, compensando a redução do controle social consubstanciada pelo sigilo temporário dos orçamentos, seria pertinente a inclusão de dispositivo que permitisse não só à Administração, mas também ao respectivo Tribunal de Contas, após o devido processo legal, declarar a inidoneidade da empresa para licitar ou contratar com a Administração Pública, em decorrência de cometimento de fraude à execução de contrato administrativo. Atualmente, o TCU, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/1992 só pode declarar inidoneidade de licitante com base em fraude à licitação, mas não à execução de contratos.

“Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.”



A CONTRATAÇÃO INTEGRADA COMO VERSÃO BRASILEIRA DO DESIGN-BUILD

A contratação integrada no âmbito do RDC pode ser considerada uma versão brasileira de um termo adotado na literatura internacional sobre engenharia: *design-build* (desenho-construção). Esse método de entrega de produtos de engenharia se contrapõe ao denominado *design-bid-build* (desenho-licitação-construção). Esses são os dois métodos primários adotados pelo setor público norte-americano na contratação de obras. Historicamente, o *design-bid-build* foi o padrão do setor público norte-americano. A partir da década de 1990 os americanos começaram a usar, também, o *design-build* (BASTIAS, MOLENAAR, 2010). O padrão de contratação de obras públicas no Brasil segue o modelo *design-bid-build*, atualmente regido pela Lei nº 8.666/1993.

Resumidamente, no *design-bid-build*, o Poder Público contrata profissionais especializados para a elaboração do projeto de engenharia. Com base no projeto produzido, passa-se à fase de licitação para escolha da empresa que irá transformar o trabalho dos projetistas em realidade concreta. Há, portanto, uma clara separação entre os responsáveis pela elaboração do projeto e os responsáveis pela execução da obra. Entretanto, essa abordagem tradicional começou a sofrer críticas com o incremento da especialização dos serviços. As críticas eram ligadas ao fato de que havia pouca interação entre os responsáveis pelo projeto e os responsáveis pela construção, o que resultaria em projetos ineficientes, erros e controvérsias, custos mais elevados e, finalmente, cronogramas de execução mais longos (KONCHAR, SANVIDO, 1998).

No modelo *design-build*, a elaboração do projeto e a execução da obra são previstos em um único contrato. Com isso, o construtor passa a se envolver antecipadamente no processo de concepção do empreendimento. A empresa contratada nesse modelo assume maior responsabilidade perante o contratante no que diz respeito à existência de omissões e falhas do projeto constatadas durante a fase de construção. Esse ponto possui implicações importantes para o mercado brasileiro de obras públicas, pois uma parcela significativa dos



aditivos contratuais é decorrente da baixa qualidade dos projetos básicos que subsidiaram as licitações. Um resultado esperado da adoção do *design-build* no Brasil é a diminuição do número de aditivos contratuais fundamentados em correções do projeto básico da obra, haja vista que o contratado para executar a obra também será o responsável pela elaboração do projeto de engenharia. De uma forma geral, a principal característica do *design-build* é sua capacidade de reduzir o prazo de entrega da obra (BASTIAS, MOLENAAR, 2010).

Considerando que o contratante não possui detalhes do projeto no *design-build*, pois o contratado controla o processo de elaboração dessa peça técnica, a relação entre as duas partes contratantes deve ser baseada em um alto grau de confiança profissional (BASTIAS, MOLENAAR, 2010). Para o administrador público brasileiro, sujeito a diversos princípios, dentre os quais se destaca o da impessoalidade, a relação de confiança entre os contratantes necessária à boa aplicação do *design-build* deverá ser substituída, em alguma medida, por um acompanhamento mais intenso do andamento do contrato.

É interessante notar que, embora exista uma percepção de que o *design-build* seja uma novidade da segunda metade do Século XX, há estudiosos que apontam o uso dessa metodologia há mais tempo, como por exemplo, nas antigas culturas construtoras do Egito e da Grécia, no Japão do Século XVII e nos Estados Unidos dos primeiros anos do Século XX (WILLIS, 2003). De qualquer forma, impende registrar que, atualmente, o *design-bid-build* é o método prevalente em vários países, como Estados Unidos, Reino Unido e Singapura (CHAN ET AL., 2004).

O *design-build* começou a ser usado pelo setor público norte-americano no final dos anos de 1960, onde, principalmente, nas décadas de 1980 e 1990, serviu de base para diversas construções de órgãos federais e estaduais. Nesse período, os projetos eram suportados por legislações especiais, haja vista que o *design-build* não era aceito como regra pela legislação então vigente. Somente em 1996, por meio do *Federal Acquisitions Reform*



*Act*⁵ (Ato de Reforma das Aquisições Federais), o setor público norte-americano foi autorizado a adotar amplamente o *design-build* (BARASH, MOLENAAR, SONGER, 1999). Diferentemente do *Federal Acquisitions Reform Act*, que estabeleceu linhas gerais para o enquadramento de uma obra pública como adequada ao *design-build* com base em características do empreendimento, o RDC abre a possibilidade de uso da contratação integrada para qualquer tipo de obra, desde que ela seja necessária à realização da Copa do Mundo 2014 e das Olimpíadas 2016.

Há na literatura especializada estudos que permitem concluir que não é possível afirmar que o modelo *design-build* é superior ao *design-bid-build*, ou vice-versa (MOLENAAR, SONGER, 1998; CHAN ET AL. 2004). Na realidade, a questão premente é escolher o modelo mais adequado a cada caso concreto. Ante a aprovação do RDC, a dificuldade que se coloca aos administradores públicos brasileiros é definir um método sistemático e formalizado de definição das obras cuja contratação deverá ocorrer pelo *design-build* nacional, a contratação integrada. Nesse ponto, será útil observar a experiência internacional. Nos Estados Unidos, por exemplo, a escolha das obras sujeitas ao *design-build* no período após a positivação do modelo na legislação local foi marcada por ser um processo baseado no subjetivismo (MOLENAAR, SONGER, 1998). Aplicado ao tipo de obra adequado, o *design-build* é capaz de oferecer resultados superiores em termos de tempo e custo em comparação ao *design-bid-build* (GIBSON ET AL., 2009). Contudo, o *design-build* pode ser, erroneamente, associado a uma menor demanda de pessoal especializado nos órgãos contratantes, considerando que, em vez de dois contratos, cada obra será regida por um único contrato. A adoção de uma postura passiva por parte do órgão contratante, deixando a responsabilidade pelo sucesso da construção nas mãos da empresa contratada, tende a resultar em baixo desempenho na execução do empreendimento (MOLENAAR,

⁵ Disponível em <http://www.cio.noaa.gov/Policy_Programs/fara.pdf> Acesso em: 06 jul. 2011.



SONGER, 1998). Diante disso, alerta-se a respeito da importância de agentes públicos qualificado para realizar o acompanhamento dos contratos firmados com base no *design-build*.

III. CONCLUSÃO

Em 06/07/2011, com a aprovação, pelo Plenário do Senado Federal, do RDC, incluído em uma medida provisória que não tratava do tema licitações e contratações públicas, encerrou-se o curto intervalo de tempo, iniciado em 29/06/2011, para discussão da matéria nesta Casa revisora. De qualquer forma, entende-se que o presente trabalho poderá ter utilidade, seja para esclarecer à sociedade alguns pontos do texto aprovado, seja para subsidiar futuras discussões acerca de melhorias no regime público de contratações de obras e serviços de engenharia.

A principal conclusão deste estudo é indicar que a contratação integrada pode ser um marco histórico no sentido de trazer à legislação brasileira de uma forma mais ampla o regime *design-build*, já adotado em diversos outros países. No entanto, a celeridade da discussão do assunto pelo Poder Legislativo não contribuiu para dirimir eventuais dúvidas sobre o modelo. Diante disso, importantes desafios se colocam à Administração Pública. O Poder Executivo deverá se capacitar para incorporar os benefícios que podem ser extraídos do *design-build*, sob pena de termos no Brasil a má aplicação de uma boa ideia. Ao Poder Legislativo caberá acompanhar atentamente a implantação da contratação integrada, fiscalizando o Poder Legislativo ao mesmo tempo em que se prepara para propor alterações legislativas do modelo. Finalmente, o Poder Judiciário, muito provavelmente em resposta a iniciativas do Ministério Público, será provocado para decidir sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei que vier a ser sancionada, bem como sobre a ilegalidade de seus decretos regulamentadores.



Ressalta-se que o objetivo da presente nota técnica foi abordar os pontos de maior destaque do RDC, sem pretender exaurir a análise de todos os dispositivos da norma. Esta Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle realizará novos trabalhos sobre o tema, os quais serão, oportunamente, disponibilizados aos nobres integrantes desta Casa Legislativa e à sociedade.

DIOGO ANTUNES DE SIQUEIRA COSTA
Consultor Legislativo
Área: Consultoria e Assessoramento em Orçamentos



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTOUNIAN, C. S. **Obras públicas**: licitação, contratação, fiscalização e utilização. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

BARASH, M.; MOLENAAR, K. R.; SONGER, A. D. Public-Sector Design/Build Evolution and Performance. **Journal of Management in Engineering**, Vol. 15, No. 2, Abr. 1999.

BASTIAS, A; MOLENAAR, K. R. A learning model for design-build project selection in the public sector. **Revista de Ingeniería de Construcción**, Santiago, v. 25, n. 1, abr. 2010. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-50732010000100001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 06 jul. 2011.

CHAN, S. L.; CHONG, E.; EE, L. P.; LING, F. Y. Y. Predicting Performance of Design-Build and Design-Bid-Build Projects. **Journal of Construction Engineering and Management**. Vol. 130, Fev. 2004.

GIBSON, E. G.; HALE, D. R.; MIGLIACCIO, G. C.; SHRESTHA, P. P. Empirical Comparison of Design/Build and Design/Bid/Build Project Delivery Methods. **Journal of Construction Engineering and Management**. Vol. 135, Jul. 2009.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 11ª edição. São Paulo: Ed. Dialética, 2005.

KONCHAR, M.; SANVIDO, V. Comparison of U.S. Project Delivery Systems. **Journal of Construction Engineering and Management**. Vol. 124, Dez. 1998.



MOLENAAR, K. R.; SONGER, A. D. Model for Public Sector Design-Build Project Selection. **Journal of Construction Engineering and Management**. Vol. 124, Dez. 1998.

WILLIS, A. Design-build and building efficiency in the early twentieth century United States. **Proceedings of the First International Congress on Construction History**, 20-24 Janeiro 2003, Madrid, Instituto Juan de Herrera, Escuela Técnica Superior de Arquitectura de Madrid, 2003. Disponível em <http://gilbert.aq.upm.es/sedhc/biblioteca_digital/Congresos/CIHC1/CIHC1_198.pdf> Acesso em: 06 jul. 2011.