



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO – FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Contratação integrada: o Brasil na contramão da história?

Design-build: Brazil on the opposite direction of history?

Henrique Savonitti Miranda

Resumo: Este artigo analisa a execução de obras e serviços de engenharia por meio do regime de contratação integrada, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o denominado “Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC”, por meio da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. O estudo investiga as principais características do instituto e aponta os graves problemas que podem advir de sua utilização, principalmente no que diz respeito às restrições a celebração de aditivos contratuais e ao uso indevido da matriz de alocação de riscos. Além disso, realiza um estudo à luz da legislação europeia (principalmente italiana, francesa e portuguesa) e estadunidense apontando as principais diferenças existentes entre a contratação integrada nestes países e no direito brasileiro. Os resultados indicam a excepcionalidade deste modelo de contratação e apontam para a valorização da fase de projeção nos contratos de empreitadas de obras públicas como forma de enfrentarem-se os problemas apontados.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; empreitada de obras públicas; contratação integrada; matriz de alocação de riscos; equilíbrio econômico-financeiro.

Abstract: This paper analyzes the execution of engineer works and services by contracts of design-build system (contracts of integrated system), introduced in Brazilian law and called "Differential Public Procurement", through Law 12.462, of august 4th, 2011. The paper also investigate the main features of the institute and reveal serious problems which can happen by this practice, especially regarding the restrictions entered into a contract and by the undue use of the risks allocation matrix. Besides that, it is a case study in the light of European Law (especially Italian, French and Portuguese Law) and American Law, revealing the main differences between integrated contracts in those countries and Brazilian Law. The results suggest an exceptionality in these models of contracts and reveal the appreciation of public works contracts, in order to face problems.

Keywords: Differential Public Procurement; public works contracts; design-build; risks of allocation matrix; economic financial balance.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4n1p59-91>

Artigo submetido em: outubro de 2016

Aprovado em: dezembro de 2016

CONTRATAÇÃO INTEGRADA: O BRASIL NA CONTRAMAÇÃO DA HISTÓRIA?

Henrique Savonitti MIRANDA*

Sumário: 1 Introdução; 2 Os regimes de execução indireta no direito brasileiro; 3 Características da contratação integrada; 4 Principais críticas à contratação integrada; 4.1 Restrição ao uso dos aditivos contratuais; 5 A contratação integrada no direito internacional; 5.1 O appalto integrato complesso no direito italiano; 5.2 O marché de conception-réalisation no direito francês; 5.3 A empreitada de concepção/construção no direito português; 5.4 O design-build no direito estadunidense; 6 Conclusão; 7 Referências bibliográficas.

1. Introdução

O processo de seleção de fornecedores é um dos principais desafios de qualquer organização. No âmbito da Administração Pública, o tema adquire uma complexidade ainda maior, tendo em vista às exigências legais existentes, que visam, sobretudo, a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, pedra angular de qualquer ordenamento jurídico.

Com o advento da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, foi instituído no Brasil o denominado “Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC”, e com ele o instituto da *contratação integrada*, objeto de nossas reflexões neste artigo.

A redação original da Lei nº 12.462, de 2011, estabeleceu que o RDC poderia ser aplicado, exclusivamente, às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016 e de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação, distantes até trezentos e cinquenta quilômetros das cidades sedes dos referidos mundiais.

Apesar de, em um primeiro momento, a criação de um regime diferenciado de contratações públicas estar relacionada à *dificuldade no cumprimento dos prazos* para a realização das obras e instalações necessárias para atender aos megaeventos esportivos, a inovação legislativa também representou uma *oportunidade de modernização* da legislação brasileira em matéria de licitações e contratações públicas.

* Advogado inscrito nas Ordens dos Advogados do Brasil, de Portugal e da Itália. Doutorando em Direito pela Università di Udine (Itália) em co-tutela com a Université de Toulon (França). Master di II Livello em Direito Administrativo (Organizzazione, management, innovazione nelle Pubbliche Amministrazioni) pela Università La Sapienza, de Roma (Itália). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca. Especialista em Direito Tributário pelo IBET/PUC-SP e IBDT/USP. É autor de vários livros, alguns publicados pelo Senado Federal (“Curso de Direito Administrativo”, 5ª Ed, 2007; “Curso de Direito Constitucional”, 5ª Ed, 2007 e “Licitações e Contratos Administrativos”, 4ª Ed, 2007). E-mail: savonitti@savonitti.net

Isto porque, a utilização do RDC vem sendo *gradativamente ampliada*, especialmente no setor de *infraestrutura*, de sorte que, atualmente, o instituto já pode ser utilizado em inúmeras outras situações, que compreendem praticamente todas as ações de *investimento* do Governo Federal. Nesse sentido, a tendência atual é que o RDC venha a substituir, definitivamente, a Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas ou, caso isso não ocorra, que os principais institutos do RDC sejam incorporados à Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Além das hipóteses iniciais, atualmente admite-se a utilização do RDC em mais doze situações, a saber: a) nas ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (incluído pela Lei nº 12.688, de 2012); b) para obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (incluído pela Lei nº 12.745, de 2012); c) nas licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (incluído pela Lei nº 12.722, de 2012, com nova redação dada pela Lei nº 13.190, de 2015); d) nas obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (incluído pela Lei nº 12.980, de 2014, com nova redação dada pela Lei nº 13.190, de 2015); e) nas ações de prevenção em áreas de risco de desastre, de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres (incluído pela Lei nº 12.983, de 2014); f) nas obras realizadas em aeródromos com recursos do FNAC (conforme previsto na Lei nº 12.833, de 2013); g) para a implantação do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II, (conforme disposição da Lei nº 12.815, de 2013); h) na contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural pela Companhia Nacional de Abastecimento (conforme prescreve a Lei nº 12.873, de 2013); i) nas ações no âmbito da segurança pública (incluído pela Lei nº 13.190, de 2015); j) nas obras e serviços de engenharia, relacionadas às melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (incluído pela Lei nº 13.190, de 2015); k) nos contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens (incluído pela Lei nº 13.190, de 2015); e l) nas ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

No entanto, desde a sua implantação, o RDC vem sendo objeto de numerosas críticas, tanto do ponto de vista formal, quanto do ponto de vista material, o que resultou, inclusive na propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs).¹

¹ Foram propostas a ADI nº 4.645, de autoria de partidos políticos de oposição, e a ADI nº 4.655, de autoria do Procurador-Geral da República (PGR), ambas ainda sem decisão cautelar ou de mérito (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

A dogmática administrativista brasileira se divide entre aqueles que são favoráveis à nova legislação, sob o argumento de que a Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 8.666, de 1993) mostrou-se *ineficaz* com relação aos seus principais objetivos, e aqueles que são contra, sob o argumento de que a flexibilização procedimental inserida pelo RDC ampliaria os riscos de *desvios e corrupção*.

Entre as principais *polêmicas do RDC* estão o regime de contratação integrada, o sigilo do orçamento elaborado pela Administração Pública, a possibilidade de se estabelecer remuneração variável ao contratado, os contratos de desempenho e o procedimento de pré-qualificação permanente.

Inúmeros artigos científicos brasileiros (RIBEIRO, 2013, p. 9) e a própria Casa Civil da Presidência da República (BRASIL, Presidência da República, 2011), ao justificarem a inserção do RDC no direito brasileiro, repetem que “a sistemática do RDC foi baseada na *experiência internacional*, inspirada nas regras de contratação da *União Europeia*, dos *EUA* e nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE”. No entanto, não são apresentadas informações precisas sobre quais institutos ou práticas internacionais teriam sido efetivamente incorporados pelo RDC (SAVONITTI MIRANDA, 2015).

Não se pode negar que vários institutos previstos na lei do RDC consolidam uma importante *modernização* na legislação sobre contratações públicas. Da mesma forma, é possível afirmar-se que alguns de seus institutos, em maior ou menor grau, estão alinhados às *melhores práticas internacionais*. No entanto, também é forçoso reconhecer que muitas dessas alterações já vinham sendo incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro desde o advento da Lei nº 10.520, de 2002, que instituiu a modalidade pregão e, posteriormente pela Lei nº 11.079, de 2004, que instituiu as parcerias público-privadas, entre outras.

Destarte, o presente artigo analisa o regime de *contratação integrada* – que, sem sombra de dúvidas, é o aspecto mais controverso da legislação do RDC – à luz dos demais institutos presentes no *ordenamento jurídico brasileiro*, especialmente na Constituição Federal de 1988, bem como da *legislação europeia* (principalmente italiana, francesa e portuguesa) e *estadunidense* sobre licitações e contratações públicas.

É importante acrescentar, ainda, que o atual “Estatuto jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias”, promulgado com a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, também passou a prever a possibilidade de utilização da contratação integrada nos contratos a serem celebrados pelas empresas estatais brasileiras, suas subsidiárias e controladas.

2. Os regimes de execução indireta no direito brasileiro

Nos termos prescritos pelo art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, na *execução indireta* de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes *regimes*: a) empreitada por preço unitário; b) empreitada por preço global; c) contratação por tarefa; d) empreitada integral; ou e) contratação integrada.

No entanto, o § 1º do mesmo dispositivo explicita que deverão ser adotados, *preferencialmente*, os regimes de execução de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada, sendo que a opção pelos demais só será possível diante da inviabilidade destas.

Na *empreitada por preço unitário*, contrata-se a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas. Na *empreitada por preço global*, por sua vez, a Administração Pública pactua a execução da obra ou do serviço por preço certo e total.

Em recente acórdão, o Tribunal de Contas da União explicita quando deve ser realizada a opção por um ou outro regime, *in verbis*:

A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários (BRASIL, Tribunal de Contas da União, Processo nº 007.109/2013-0, 2013).

Na execução por *tarefa*, a Administração Pública ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

A *empreitada integral*, por seu turno, ocorre quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para a qual foi contratada.

Note-se que, em todos os regimes de execução supramencionados, à exceção da contratação integrada, a Administração Pública não poderá deflagrar o processo licitatório sem a elaboração de um *projeto básico*, aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, que contemple o conjunto de elementos necessários e suficientes, e com nível de precisão adequado, para: a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos

estudos técnicos preliminares; b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução (BRASIL, Lei nº 12.462, 2011, art. 2º, IV).

Além disso, o *projeto básico* deverá conter, *no mínimo*, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da administração pública; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra; 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, exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada; e f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados (BRASIL, Lei nº 12.462, 2011, art. 2º, parágrafo único).

Nos regimes de execução supramencionados, à exceção da contratação integrada, o *custo global* de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de *custos unitários* de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários. No caso de inviabilidade da definição dos custos mediante a utilização das tabelas Sicro e Sinape, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado (BRASIL, Lei nº 12.462, 2011, art. 8º, § 3º).

Analisadas as características dos regimes de execução que já estavam contemplados anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro, passemos a análise da contratação integrada, uma das principais inovações trazidas pelo RDC.

3. Características da contratação integrada

Inicialmente, é importante salientar que o instituto da contratação integrada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro no item 1.9 do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e instituído pelo Decreto Federal nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, *in verbis*:

1.9. Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS 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.

Por certo que o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRÁS não poderia ser utilizado subsidiariamente para autorizar a contratação integrada para os outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta. Daí o porquê da edição da Lei nº 12.462, de 2011, cujos aspectos essenciais versaremos a seguir.

Segundo a definição legal do instituto, insculpida no § 1º do art. 9º da Lei do RDC,

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 (grifos nossos).

Note-se que a diferença fundamental entre a contratação integrada e os demais regimes de execução, até então existentes, reside na possibilidade de contratação de uma *única empresa*, ou de um *consórcio de empresas*, que irá desenvolver desde o *projeto básico* até a *entrega completa* da obra, com a possibilidade de inclusão dos projetos de desapropriações, de licenciamentos ambientais, de aquisição e desenvolvimento de programas de informática, e tudo mais que se fizer necessário para a entrega da obra em funcionamento.

Nos termos prescritos pelo art. 9º da Lei do RDC, com redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014, a contratação integrada poderá ser utilizada para obras e serviços de engenharia, *desde que técnica e economicamente justificada* e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. E, consoante

farta jurisprudência do Tribunal de Contas da União, esta exigência legal não pode ser negligenciada.²

Note-se que, curiosamente, a mesma Lei nº 12.980, de 2014, *revogou* o inciso III do § 2º do art. 9º que impunha a utilização do critério de julgamento de *técnica e preço* nas licitações visando à contratação integrada. Com isso, torna-se possível a adoção do tipo *menor preço* que, a nosso ver, apresenta-se *incompatível* com as exigências supra descritas.

No caso de *contratação integrada*, o instrumento convocatório deverá conter *anteprojeto de engenharia* que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo: a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; 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 (BRASIL, Lei nº 12.462, 2011, art. 9º, § 2º).

Além das informações supramencionadas, nos termos prescritos pelo § 1º do art. 74 do Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, que regulamenta o RDC, na hipótese de adoção da contratação integrada, deverão constar do *anteprojeto*, quando couber, os seguintes *documentos técnicos*: a) concepção da obra ou serviço de engenharia; b) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; c) levantamento topográfico e cadastral; d) pareceres de sondagem; e e) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

Outra característica marcante da contratação integrada, prevista no inciso II do § 2º do art. 9º da Lei do RDC, é que 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,

² Nesse sentido: “A obra ou serviço de engenharia deve preencher pelo menos um desses requisitos” (BRASIL, Tribunal de Contas da União, Processo nº 043.815/2012-0, 2013). “A opção pelo regime de contratação integrada exige, nos termos do art. 9º da Lei 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações), que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico” (BRASIL, Tribunal de Contas da União, Processo nº 011.588/2014-4, 2015). “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) deve ser fundamentada em estudos objetivos que a justifiquem técnica e economicamente e considerem a expectativa de vantagens quanto a competitividade, prazo, preço e qualidade em relação a outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global, e, entre outros aspectos e quando possível, considerem a prática internacional para o mesmo tipo de obra, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento (...). 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 daquele artigo” (BRASIL, Tribunal de Contas da União, Processo nº 030.958/2014-8, 2016).

aferida mediante *orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica*. Com isso, a Lei nº 12.462, de 2011, dispensa a obrigatoriedade de elaboração de orçamento detalhado nesta espécie de contratação.

Por essa razão, o inciso II do § 2º do art. 8º do Decreto Federal nº 7.581, de 2011, com redação dada pelo Decreto Federal nº 8.080, de 2013, dispensa a exigência de que os licitantes apresentem, em suas propostas, a composição analítica discriminada de todas as parcelas que compõem o percentual dos Benefícios e Despesas Indiretas – BDI e dos Encargos Sociais – ES.

Da mesma forma, deverão ser previstos no instrumento convocatório critérios de *aceitabilidade por etapa*, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado, sendo que o licitante que ofertou a melhor proposta deverá apresentar o valor do lance vencedor, distribuído pelas respectivas etapas do cronograma físico, definido no ato de convocação e compatível com esse critério de aceitabilidade.

Também é prevista a possibilidade de o edital autorizar a apresentação de projetos com *metodologias diferenciadas de execução*. Nessa situação, o instrumento convocatório deverá estabelecer *critérios objetivos* para avaliação e julgamento das propostas, e o anteprojeto, elaborado pela Administração Pública ou por alguém contratado com essa finalidade específica, deverá possuir *nível de definição* suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas das licitantes, nos termos previstos nos §§ 2º e 3º do art. 74 do Decreto Federal nº 7.581, de 2011.

É importante salientar que é vedada a realização, sem *projeto executivo*, de obras e serviços de engenharia para cuja concretização tenha sido utilizado o RDC, qualquer que seja o regime adotado.

Note-se que a contratação integrada, embora guarde grande semelhança com a empreitada integral, com ela não se confunde, em virtude da *extensão da autonomia* conferida ao contratado. Isso porque, ao assumir a responsabilidade pela elaboração do projeto básico, a empresa deverá conceber as soluções necessárias à obtenção do resultado indicado pela Administração Pública, absorvendo os riscos inerentes à sua escolha, diferentemente do que se verifica na empreitada integral, em que o particular é obrigado a executar a prestação nos termos do referido projeto, que já fora elaborado pelo Poder Público.

4. Principais críticas à contratação integrada

A execução indireta de obras e serviços de engenharia por meio da utilização do regime de contratação integrada tem despertado inúmeros debates.

Marçal Justen Filho, desde o início, já alertava para o equívoco de utilizar-se a contratação integrada quando não estivessem presentes os requisitos legais, como forma de *burlar a obrigatoriedade* de elaboração do projeto básico pela Adminis-

tração Pública, alertando que “essa solução é *antijurídica é descabida*”, pois não preservaria a economicidade nas contratações públicas (grifos nossos).

E conclui, afirmando:

A contratação integrada acarreta a ampliação da responsabilidade do particular, alterando a alocação usual dos riscos. Portanto, isso acarreta a elevação da remuneração desembolsada em favor do particular. A escolha da contratação integrada em hipóteses em que não estiverem presentes os pressupostos de sua admissibilidade conduz à elevação desnecessária dos custos contratuais. A Administração Pública desembolsará valores superiores aos que gastaria se optasse por uma solução comum, tal como a empreitada por preço global (JUSTEN FILHO, 2013, p. 189-90).

Augusto Neves Dal Pozzo também apresenta uma visão crítica da contratação integrada ao afirmar que a inexistência de projeto básico pode acarretar um cenário de *profunda incerteza*, no qual

as consequências são absolutamente nefastas, pois essa imprecisão possibilita o oferecimento de propostas com valores que podem ser ínfimos, inexecutáveis de plano, ou então propostas com valores muito acima daqueles que efetivamente se poderiam conseguir, caso estivesse bem delineado o objeto da contratação a ser entabulada (DAL POZZO, 2012, p. 71).

Em linha com essa corrente, Romiro Ribeiro enfatiza o enorme *risco financeiro* de se suprimir informações imprescindíveis aos interessados para a avaliação de riscos e dos reais custos do empreendimento a ser executado. E alerta que

esta incerteza pode comprometer o resultado da licitação e a conclusão da obra diante da possibilidade de ocorrência de eventos que impactam o custo do empreendimento sem que tenham sido adequadamente identificados e precificados por ocasião da licitação (RIBEIRO, 2013, p. 6).

André Pachioni Baeta compartilha as preocupações de Augusto Neves Dal Pozzo e Romiro Ribeiro e chama a atenção para o risco de

contratações antieconômicas, na medida em que o particular incluirá uma verba de contingência ou um adicional de risco em sua proposta para fazer frente às incertezas que existirão devido à falta de detalhamento do objeto licitado. Caso a obra tivesse sido licitada com um projeto básico ou executivo com maior nível de detalhamento, as contingências a serem consideradas na formação de preço da licitante seriam reduzidas, resultando em uma contratação mais econômica para o Poder Público (BAETA, 2014, pp. 144-6).

Os pontos favoráveis da contratação integrada, por sua vez, seriam o ganho em *agilidade e diminuição da burocracia*, visto que um único contrato incluiria os projetos básico e executivo, com a realização e a entrega completa da obra. Com isso, a *fiscalização* também seria facilitada, pois apenas um contrato seria auditado, assegurando-se maior transparência na gestão dos gastos públicos e maior agilidade dos órgãos de controle. Além disso, a *limitação à utilização de termos aditivos* que, muitas vezes, chegam a triplicar o valor inicial contratado das obras públicas, reduziria uma das práticas mais nocivas consolidadas na cultura das contratações públicas brasileiras.

No entanto, lamentavelmente a experiência prática tem demonstrado que as *críticas* ao instituto da contratação integrada *possuem fundamento*.

Neste sentido, é emblemático o caso da licitação para a realização das obras de implantação e pavimentação de trecho da BR-158/PR que, inicialmente, haviam sido licitadas por meio de concorrência, do tipo menor preço, sob o regime de execução de empreitada por preço unitário. Em auditoria realizada pelo TCU, foram detectados a ocorrência de *sobrepço*, além de *desatualização e deficiências no projeto básico*. Reconhecendo a ocorrência de vícios insanáveis no projeto básico, o DNIT anulou o certame e o contrato. Subsequentemente, publicou-se novo edital para o mesmo objeto, agora sob a égide do RDC e regime de execução de contratação integrada que, desta feita, apresentou falhas no anteprojeto, além de novo *sobrepço* e da ocorrência de outras irregularidades (BRASIL, Tribunal de Contas da União, Processo nº 034.015/2012-4, 2015).

Da mesma forma, os autos de *consolidação das fiscalizações realizadas pelo TCU*, no âmbito do Plano de Fiscalização de Obras de 2014 – Fiscobras 2014, de Relatoria do Min. Bruno Dantas, *apontou inúmeras irregularidades envolvendo contratações integradas*, como a celebração indevida de termos aditivos; a inadequação do regime escolhido em relação ao objeto; restrição à competitividade; ausência de demonstração das vantagens técnicas e econômicas associadas à escolha do modelo completo de contratação e execução das obras, havendo majoração de riscos, o que favoreceu o não-cumprimento dos objetivos almejados; utilização de anteprojeto deficiente; inconsistências no orçamento paramétrico das obras; adoção de soluções técnicas diversas daquelas previstas em anteprojeto, sem a devida fundamentação; na hipótese da rodovia BR 381-MG, constataram-se alterações significativas no projeto básico aprovado em relação ao anteprojeto licitado, acarretando vias mais sinuosas, com excessivo número de curvas e projetadas com raios menores que os valores originalmente previstos, perfil geométrico da rodovia com rampas mais íngremes que o previsto e adoção de interseções em nível em detrimento de interseções em diferentes níveis previstas; descumprimento de prazos; no caso da rodovia BR 116-BA, constatou-se que o orçamento sigiloso havia sido publicado no site da entidade e que o orçamento paramétrico da obra não possuía justificativa adequada; editais sem detalhamento adequado do nível de serviço desejado para a

obra; falhas na elaboração dos preços unitários resultando em superestimativa dos custos globais das obras; entre outros.³

4.1 Restrição ao uso dos aditivos contratuais

Conforme mencionamos, no regime de contratação integrada o contratado assume a responsabilidade pela execução de todas as etapas da obra, bem como pelos riscos decorrentes do negócio, razão pela qual, nos termos dispostos pelo § 4º do art. 9º da Lei do RDC, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, 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 decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados o limite de 25% para acréscimos e supressões, previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Sem sobra de dúvidas, a *severa restrição* imposta pela lei do RDC à utilização de aditivos contratuais quando se adota o regime de contratação integrada tem sido o *principal argumento* utilizado por aqueles que defendem a sua utilização.

E, visando a justificar a *impossibilidade de posterior alteração dos valores contratuais*, a lei do RDC e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União estabelecem que o anteprojeto de engenharia deve contemplar uma *matriz de alocação de riscos* entre a Administração Pública e o contratado, de forma que o valor estimado da contratação considere *taxa de risco* compatível com o objeto da licitação e as *contingências* atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante (BRASIL, Tribunal de Contas da União, Processos nºs 043.815/2012-0, 045.034/2012-5 e 045.461/2012-0, 2013).

Com isso, ao formular sua proposta o licitante já teria *pleno conhecimento* dos riscos que lhe foram transferidos e poderia adicionar ao valor de seu orçamento um *percentual* correspondente à probabilidade de sua ocorrência; verificado o evento cuja responsabilidade que lhe foi objetivamente atribuída, não haveria falar-se em aditivo contratual.

No entanto, creio que esta questão mereça uma reflexão mais acurada.

Isto, porque uma das principais características dos contratos administrativos, no ordenamento jurídico brasileiro, é a *comutatividade*. Ao mesmo tempo, trata-se da *principal garantia* que o contratado possui, que consiste em não ser obrigado a suportar um encargo desproporcional, capaz de levá-lo à insolvência. A comutati-

³ Considerações constantes dos itens nºs 123, 125, 207, 208, 210, 216, 228, 234, 235, 243, 246 e 247 da análise técnica elaborada pelo Serviço de Informações de Obras – Siob, da Secretaria de Fiscalização de Obras de Infraestrutura – SecobInfraurbana, adotado como Relatório (BRASIL, Tribunal de Contas da União, Processo nº 011.169/2013-3, 2014).

vidade é o atributo que se relaciona, diretamente, com o equilíbrio *econômico-financeiro* do contrato. Impõe que se estabeleçam obrigações recíprocas e caracterizadas pela equivalência entre a prestação (vantagem) e a contraprestação (sacrifício). Por ela, sempre que a influência de qualquer fator, interno ou externo, desequilibrar substancialmente os direitos e obrigações inicialmente ajustadas, o contrato deverá ser modificado com vistas ao restabelecimento da equação inicialmente pactuada (SAVONITTI MIRANDA, 2007, pp. 185-6).

Neste sentido são as palavras de Lúcia Valle Figueiredo, para quem “a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou intangibilidade da equação financeira, apresenta-se como o mais lúdimo dos direitos do contratado” (FIGUEIREDO, 2003, p. 508).

O equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato é tão importante que possui previsão expressa na própria Constituição da República que, nos termos dispostos no inciso XXI do art. 37, prescreveu expressamente a obrigatoriedade de serem “*mantidas as condições efetivas da proposta*” durante todo o período de execução contratual.

Neste sentido, também, é a clássica lição de Hely Lopes Meirelles:

O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou ainda equação financeira do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento (MEIRELLES, 1993, p. 197).

No mesmo diapasão, Marçal Justen Filho já alertava que

é muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem (JUSTEN FILHO, 2000, p. 555).

A *sistemática* prevista no regime de contratação integrada, aliada ao entendimento recente de que os *anteprojetos* de engenharia nestes casos devem contemplar uma *matriz de alocação de riscos* e suas respectivas *reservas de contingência*, parece querer transformar os contratos administrativos, que são comutativos, em uma espécie de *contratos acidentalmente aleatórios* que, por sua própria natureza, não precisariam ser reequilibrados.

Ocorre que a natureza jurídica dos institutos de direito positivo não é atribuída ao bel prazer do legislador, em desrespeito a sua natureza ontológica, à análise sistêmica do ordenamento jurídico, aos preceitos estabelecidos na Constituição da República e aos ensinamentos da Teoria Geral do Direito e da Lógica Jurídica.

Os contratos administrativos são *sinlagmáticos* e *comutativos* e, ao celebrar um contrato, o empresário visa necessariamente à obtenção de lucro. Neste sentido, Romano Cristiano afirma que “o empresário opera necessariamente no âmbito das atividades que proporcionam alguma vantagem material ou econômica; melhor dizendo que a atividade empresarial, admite, tão-somente, finalidade lucrativa” (CRISTIANO, 2007, p. 94).

Ademais, a crença que vem sendo difundida na Administração Pública de que a *transferência* da maior parte dos riscos à contratada *resolveria todos os problemas*, apresenta-se absolutamente equivocada.

Neste sentido, o “Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias – Fundamentos” elaborado pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT, em seu Anexo 1, sugere a *transferência de todos os riscos* geológicos, geotécnicos e de construção à contratada e à seguradora (BRASIL, Ministério dos Transportes, pp. 30-1).

Ocorre que o risco, em geral, deve ser suportado pela parte *melhor qualificada e capacitada* para gerenciá-lo, em termos de custos e prazo, visando a minimizar impactos e maximizar benefícios. Ademais, o *gerenciamento de riscos* precisa estar presente durante *todo o ciclo de vida* do projeto, e não apenas no momento da *elaboração do anteprojeto*, e deve fazer parte da cultura da equipe, que promoverá uma avaliação constante e atenta, visto que qualquer mudança no contexto poderá modificar a sua probabilidade de ocorrência e as suas consequências (KALIPRA-SAD, 2006, p. 26).

No mesmo diapasão, Thalita Cristina Rodrigues Silva e Marcelo Hazin Alencar afirmam que

é prática entre as grandes empresas do ramo da construção civil, durante a concepção do projeto/negócio, optar por identificar o risco gerando lista detalhada a depender da experiência da equipe envolvida e trabalhar com base na matriz de risco, representando escalas de probabilidade de ocorrência, contingenciamento de custos e prazos incorporados à proposta e ao contrato, bem como definição de parâmetros para contratação dos seguros para o empreendimento. Hoje, sabe-se que tratar dos riscos apenas na fase de proposta já não é mais eficiente e seguro. É de fundamental importância que a tarefa de identificação do risco seja repetida durante todo o ciclo de vida da obra e não somente durante sua concepção (SILVA; ALENCAR, 2013, p. 17).

Sérgio Nertan Alves de Brito, em conferência promovida no 14^o Congresso Brasileiro de Geologia de Engenharia e Ambiental, alerta que

a ocorrência de Condições Geológicas Diferentes (CGD) daquelas previstas nos estudos de projeto tem sido relacionada principalmente a deficiências ou limitações nos programas de investigação. Entretanto, apesar de concordar que esta relação existe, o meu enfoque se baseia na constatação de que haverá sempre um nível de incerteza nos maciços naturais, independentemente da quantidade da investigação.

E conclui:

a transferência do risco geológico totalmente para o EPC'ista se mostrou rapidamente inviável. Mesmo a cláusula constando do contrato, *é sempre possível ao EPC'ista levar a questão à Justiça ou a uma Câmara de Arbitragem* (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 585.113-PE, 2005). Cedo se aprendeu que risco geológico *não se transfere, compartilha-se ou gerencia-se* (BRITO, 2013, p. 96, grifos nossos).

5. A contratação integrada no direito internacional

O regime de contratação integrada, instituído na legislação administrativista brasileira com o RDC, que consiste na possibilidade de contratação de uma única empresa que irá desenvolver desde o projeto básico até a entrega completa do empreendimento, encontra inspiração no modelo *design-build* (concepção-construção), muito difundido na iniciativa privada estadunidense, que se apresenta como um único contrato envolvendo a participação de *projetistas e construtores* desde a concepção inicial do projeto até a entrega do empreendimento. Destarte, como o projeto é elaborado pela própria empresa que irá executá-lo, espera-se que haja uma redução no prazo de entrega da obra.

A metodologia *design-build* contrapõe-se ao modelo tradicional, denominado *design-bid-build* (concepção-licitação-construção), em que a empresa contratada para realizar o projeto não participa da obra, que fica por conta de uma construtora completamente desvinculada da concepção do empreendimento.

Vejamos, agora, como o instituto vem sendo utilizado nas contratações públicas de *Itália, França, Portugal e Estados Unidos da América*.

5.1 O *appalto integrato complesso* no direito italiano

A contratação integrada estava prevista no primeiro Código de Contratos Públicos de obras, serviços e fornecimentos italiano (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*), que veio à lume com o Decreto Legislativo nº 163, de 12

de abril de 2006, com o objetivo de dar atuação às Diretivas nºs 17 e 18, ambas de 31 de março de 2004, do então Conselho Europeu.

O art. 53, § 2º, alíneas “b” e “c”, disciplinava, respectivamente, a contratação integrada simples (*appalto integrato semplice*) e a contratação integrada complexa (*appalto integrato complesso*).

A diferença entre ambos residia no fato de que, na contratação integrada simples, o licitante era responsável apenas pela execução da obra e do projeto executivo, ao passo que na denominada contratação integrada complexa, o licitante deveria realizar também o projeto básico (ROMANO, 2011, p. 161-3).

Traçando-se um paralelo com o nosso ordenamento jurídico, a *contratação integrada simples* nada mais era do que aquilo que sempre foi realizado no Brasil, desde antes do advento da Lei nº 8.666, de 1993: licitar a obra e o projeto executivo a partir de um projeto básico predisposto pela Administração Pública. Daí o nome de “contratação integrada”, pelo fato de integrar as atividades de projeção e de execução.

Note-se que, conforme disposição expressa da alínea “c” do § 2º do mesmo dispositivo, em ambos os casos a escolha deveria ser justificada com base em “exigências de ordem técnica, organizativa e econômica”.

No entanto, a utilização dos contratos de projeção e construção (contratação integrada) no direito italiano *não surtiu os efeitos esperados*, acarretando uma *substantial reserva de mercado* nas mãos das grandes construtoras e provocando uma *explosão na utilização dos aditivos contratuais* (ITÁLIA, Autorità Nazionale Anticorruzione, 2013; ITÁLIA, Consiglio di Stato, Sentenza nº 1.019, 2009; ITÁLIA, Consiglio di Stato, Sentenza nº 258, 2012).

Para enfrentar o problema, o art. 37 da Lei nº 114, de 11 de agosto de 2014, que estabeleceu “medidas urgentes para a simplificação e a transparência administrativa e para a eficácia dos órgãos judiciários”, introduziu a *obrigatoriedade de se comunicar* à Autoridade Nacional Anticorrupção – Anac, no prazo de 30 dias, os *aditivos que superem 10%* do valor inicial dos contratos de obras públicas para avaliação da agência e adoção de eventuais medidas cabíveis.

Com o advento das Diretivas nºs 23, 24 e 25, todas de 26 de fevereiro de 2014, da União Europeia, houve a necessidade de reformulação da legislação italiana, que deveria ser realizada até o dia 18 de abril de 2016.

A Lei nº 11, de 28 de janeiro de 2016, que transferiu essa prerrogativa ao Governo italiano e estabeleceu as *diretrizes a serem adotadas pelo novo Código*, já em seu art. 1º estabeleceu a obrigatoriedade de

valorização da fase de projeção nas obras públicas e nos contratos de concessão de obras públicas, promovendo-se a qualidade arqui-

tetônica e técnico-funcional, *inclusive mediante a adoção dos concursos de projetos* e utilização progressiva de métodos e instrumentos eletrônicos específicos, tais como os de modelagem eletrônica e informática para as construções e obras de infraestrutura, *limitando radicalmente a utilização da contratação integrada*, levando-se em consideração o conteúdo inovador e tecnológico... (traduzido, grifos nossos).

E, neste sentido, o atual Código de Contratos Públicos e Concessões italiano, introduzido por meio do Decreto Legislativo nº 50, de 18 de abril de 2016, em seu art. 59, § 1º, estabelece expressamente que *todas as obras públicas* serão licitadas com base no *projeto executivo* aprovado, salvo nos casos de *general contractors* (o que atualmente é uma raridade), e nas hipóteses de obras que serão financiadas com recursos privados, como é o caso das concessões e das parcerias público-privadas. Nestes casos, a licitação poderá ser realizada a partir do projeto básico apresentado pela Administração Pública.

Destarte, o novo Código italiano, em vigência a partir de 18 de abril de 2016, extinguiu completamente a contratação integrada (*appalto integrato complesso*), mantendo-se, tão-somente, a possibilidade de recorrer-se a “contratação semi-integrada”, em situações muito específicas.

5.2 O *marché de conception-réalisation* no direito francês

O Código de Contratos Públicos francês (*Code des Marchés Publics*), instituído por meio do Decreto nº 975, de 2006, contemplava especificamente a figura do *design-build* (*marché de conception-réalisation*) em seu art. 37, que integrava a Seção 2 e dispunha sobre a “Definição dos Procedimentos”.

As entidades adjudicantes sujeitas às disposições da Lei francesa nº 85-704, de 12 de julho de 1985, que disciplinava a realização de todos os contratos de construção e infraestrutura, incluindo os equipamentos industriais indispensáveis ao seu funcionamento, somente poderiam utilizar a contratação integrada (*services intégrés d'ingénierie*) quando *justificável por razões de ordem técnica* ou visando a obter uma *melhoria da eficiência energética do empreendimento*.

No entanto, a falta de uma regulamentação mais minuciosa acabou propiciando inúmeras situações de *utilização indevida* do instituto.

Nesse diapasão, a Corte de Apelação de Nancy julgou ilegal a adoção da empreitada integral para a *reconstrução de um ginásio de esportes*, que havia sido destruído por um incêndio, sob o argumento de que este regime de execução está necessariamente relacionado a contratações complexas, justificadas por condições de concepção, execução, implementação e operação, dimensões excepcionais ou dificuldades técnicas específicas (FRANÇA, Cour administrative d'appel de Nancy, 2004).

No mesmo sentido, o Conselho de Estado francês julgou ilícita uma contratação celebrada para a construção de um *hangar para concerto de aeronaves*, reiterando que a adoção dos contratos de concepção-construção só se justifica por razões relacionadas à complexidade, dimensões incomuns ou dificuldades técnicas especiais, não podendo ser utilizada para a edificação de uma simples oficina (FRANÇA, Conseil d'Etat, Requête n° 268.610, 2005). Da mesma forma, decidiu que em qualquer caso, a situação de emergência não é uma razão que justifique a utilização do contrato de concepção-construção (FRANÇA, Conseil d'Etat, Requetes n°s 155.573, 155.574 e 155.575, 1997).

Com estes antecedentes, o novo Código de Contratos Públicos francês (*Code des Marchés Publics*), instituído por meio do Decreto n° 360, de 2016, em vigência a partir de 1º de abril de 2016, passou a prever a contratação integrada (*marché de conception-réalisation*) em seu art. 91, que integra a Seção 2 do Capítulo VII e dispõe sobre “Procedimentos Especiais”.

Segundo o art. 91 do atual Código francês, os contratos de concepção-construção só poderão ser adotados nos seguintes casos: a) quando estiverem presentes razões de ordem técnica relacionadas às condições de concepção, realização e implementação; b) nas hipóteses de contratações caracterizadas por dimensões incomuns ou dificuldades técnicas especiais; e c) nas contratações que tenham por objetivo uma melhoria da eficiência energética do empreendimento, conforme previsto no inciso I do art. 33 da Portaria n° 899, de 23 de julho de 2015.

Além disso, após a apresentação das propostas, os projetos serão analisados por uma comissão independente, que elaborará um parecer sobre as propostas classificadas e, em decisão fundamentada, escolherá o vencedor do certame, atribuindo-lhe o contrato. A entidade adjudicante poderá, ainda, solicitar esclarecimentos ou informações adicionais sobre as propostas apresentadas pelos candidatos, sem que isso represente uma alteração dos elementos fundamentais da proposta ou das características essenciais do objeto.

5.3 A empreitada de concepção/construção no direito português

O Código dos Contratos Públicos de Portugal (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n° 18, de 29 de janeiro de 2008, em seu art. 43, que dispõe sobre os elementos da solução das obras de engenharia, estabelece que “o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas deve incluir um projeto de execução”.

No entanto, nos termos estabelecidos pelo § 3º,

em casos excepcionais devidamente fundamentados, nos quais o adjudicatário deva assumir, nos moldes do caderno de encargos, obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar, ou nos quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a reali-

zar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela, a entidade adjudicante pode prever, como aspecto da execução do contrato a celebrar, a elaboração do projeto de execução, caso em que o caderno de encargos deve ser integrado apenas por um programa (grifos nossos).

Neste sentido, o art. 11 do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas – RJEOP, instituído pelo Decreto-Lei nº 59, de 2 de março de 1999, estabelece que

quando se trate de obras cuja complexidade técnica ou especialização o justifiquem, o dono da obra posta a concurso poderá solicitar aos concorrentes a *apresentação de projeto base*, devendo para o efeito definir, com suficiente precisão, em documento pelo menos com o grau equivalente ao de programa base, os *objetivos* que deseje atingir, especificando os aspectos que considere vinculativos (grifos nossos).

Nos termos da Portaria nº 701-H, de 29 de julho de 2008, o “programa” mencionado no art. 43 do CCP equivale ao “programa preliminar” definido no art. 1º, alínea “n”, do seu Anexo I, como “o documento fornecido pelo Dono da Obra ao Projetista para definição dos objetivos, características orgânicas e funcionais e condicionamentos financeiros da obra, bem como dos respectivos custos e prazos de execução a observar”.

Por seu lado, o “projeto de execução” é, de acordo com o disposto na alínea ‘t’ do art. 1º, do Anexo I, da Portaria nº 701-H/2008, “o documento elaborado pelo Projetista, a partir do estudo prévio ou do anteprojeto aprovado pelo Dono da Obra, destinado a facultar a todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar”.

Dessa forma, caso se esteja no âmbito de um *procedimento pré-contratual* para a celebração de uma empreitada de obra pública e o dono da obra *não possuir meios humanos ou técnicos* para a elaboração de um *projeto de execução*, poderá: a) iniciar um procedimento licitatório para a contratação de um projeto de execução; ou b) divulgar o caderno de encargos integrado apenas por um programa, ficando a elaboração do projeto de execução sob responsabilidade do futuro contratado, nos termos prescritos pelo art. 43, § 3º, do CCP.

Neste último caso, caberá aos concorrentes apresentar nas suas propostas, além da *lista de preços unitários de todos os trabalhos a realizar*, o projeto de execução, conforme determina o art. 57, § 2º, alínea “c”, do CCP. Integram também a proposta todos os outros documentos que o licitante considerar indispensáveis para caracterizar a proposta.

A 1ª Secção sobre Obras Públicas do Tribunal de Contas de Portugal vem chamando a atenção para o fato de que

a possibilidade de recorrer a este modelo de contratação é *excepcional*, sendo que o inadequado e ilegal recurso à figura da empreitada de concepção/construção *potencializa a redução do universo dos concorrentes* com o conseqüente risco do *agravamento do resultado financeiro* (grifos nossos).

Além disso, afirma que a necessidade de realização do projeto pelo futuro contratado, além do “fato de o risco por erros e omissões do projeto se transferir para o empreiteiro, tornam a modalidade de empreitada de concepção/construção, por si, limitadora da concorrência”.

E, nos termos constantes do art. 37º do RJEOP, o Tribunal tem evidenciado a necessidade de a *entidade licitante* definir, *com todo o rigor*, os *elementos essenciais* da obra, sob pena de terem de assumir a *responsabilidade pelos pagamentos resultantes de eventuais erros ou deficiências do projeto* quando estes resultem da inexactidão dos dados, estudos ou previsões fornecidos pela Administração Pública (PORTUGAL, Tribunal de Contas, 2006).

5.4 O design-build no direito estadunidense

A experiência americana, conforme mencionamos, inspirou o *design-build*. No entanto, apesar de bastante comum na iniciativa privada estadunidense, o procedimento possui regras muito específicas quando utilizado no âmbito da Administração Pública.

A primeira utilização de recursos públicos em um projeto de concepção-construção nos Estados Unidos provavelmente tenha ocorrido em Indiana, onde um dirigente escolar teria sido convencido por uma pequena comunidade a edificar uma escola utilizando-se desta metodologia. A partir do início dos anos 1970, a metodologia se difundiu e passou a ser utilizada por vários órgãos públicos, principalmente nas áreas de instalações educacionais e dormitórios universitários. Em 1997, os Estados Unidos modificaram seu Regulamento de Aquisições Federais *visando a incluir parâmetros mais rígidos* para os contratos de concepção-construção (DESIGN-BUILD INSTITUTE OF AMERICA, 2016).

O Regulamento de Aquisições Federais (*Federal Acquisition Regulation – FAR*), composto de quase duas mil páginas, em sua Seção 36.3 dispõe sobre o *design-build (Two-Phase Design-Build)* estabelecendo as políticas e procedimentos para sua utilização.

Segundo a normativa, os procedimentos de seleção de concepção-construção devem ser utilizados quando o gestor contratante entender que a metodologia é a mais adequada para realizar a contratação, respeitados os seguintes *critérios*: a) apresentação de *três ou mais propostas*; b) avaliação das *despesas e custos substanciais* envolvidos na execução do projeto; c) observância de outros aspectos, como a *definição precisa do objeto, prazo de entrega, capacidade e experiência dos executo-*

res, adequação do projeto a essa metodologia de trabalho, *capacidade do órgão* para gerenciar a contratação, entre outros.

O órgão administrativo deve desenvolver, diretamente ou mediante a contratação de uma empresa especializada, um escopo de trabalho, que contemple aspectos como o *projeto preliminar, parâmetros do orçamento, cronograma e critérios para recebimento* do objeto.

Nos termos prescritos pela Seção 36.303, o aviso de licitação pode ser elaborado contemplando ambas as fases, ou cada fase isoladamente.

Ainda assim, é importante salientar que, atualmente, *apenas cerca de 41%* dos empenhamentos americanos utilizam essa metodologia, sendo que a grande maioria dos contratos se situa no âmbito da iniciativa privada (KPMG International, 2015).

E, apesar de sua previsão expressa no *Federal Acquisition Regulation*, alguns Estados *não possuem normas que autorizem a sua utilização*, sendo que, aqueles que as possuem, dispõem de uma regulamentação bastante rígida, especialmente no que diz respeito ao *conjunto de habilidades dos licitantes, alocação e gestão de riscos, índices de desempenho, alterações do projeto, gestão e fiscalização do contrato, garantias de qualidade, segurança*, entre outros.⁴

6. Conclusão

A contratação integrada, nos moldes como concebida no direito brasileiro, *não encontra respaldo* nas melhores práticas internacionais. Isto, porque, conforme tivemos a oportunidade de analisar, os países europeus que a adotam, assim como os Estados Unidos da América, estabelecem critérios e procedimentos bastante rígidos para a sua utilização.

Na Itália, a legislação exigia fundamentação em características de “ordem técnica, organizativa e econômica”, além de determinar uma espécie de “técnico e preço” para o julgamento das propostas. E, com a legislação em vigência a partir de abril de 2016, a utilização da contratação integrada, nos moldes que conhecemos no direito brasileiro, foi *totalmente abolida*, restando apenas a possibilidade, muito restrita, de licitar-se a partir de estudos preliminares e de um projeto básico fornecido pela entidade licitante, naquilo que sempre foi a praxe no direito brasileiro e que nossa legislação começa a denominar “contratação semi-integrada” (BRASIL, Lei nº 13.303, 2016, art. 42, V).

⁴ A relação dos Estados que permitem a utilização do *design-build*, bem como todos os regulamentos, manuais e orientações podem ser acessados no site do Departamento de Transportes Americanos, Administração de Rodovias Federais (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. Department of Transportation, 2016).

Da mesma forma, o direito francês a admite somente quando justificável por razões de *complexidade, dimensões, dificuldades técnicas* ou, ainda, visando a possibilitar uma melhoria da *eficiência energética* do empreendimento.

O direito português, como vimos, admite a contratação *design-build* apenas em casos excepcionais devidamente fundamentados, nos quais o adjudicatário deva assumir *obrigações de resultado* relativas à utilização da obra a realizar ou nos quais a *complexidade técnica do processo construtivo* justifique a escolha.

Além disso, conforme demonstramos, a jurisprudência de contas e os órgãos de controle desses países são plenos de decisões apontando *problemas com aditivos contratuais* neste modelo de contratação, dado que não existe previsão similar àquela do direito brasileiro no sentido de restringir-se quase que completamente a sua celebração.

A legislação dos Estados Unidos da América também admite o *design-build* em obras públicas apenas em situações muito específicas, relacionadas a prazo de entrega, capacidade e experiência dos executores, adequação do projeto a essa metodologia de trabalho e capacidade do órgão para gerenciar a contratação, entre outros. Note-se que não basta que a situação requeira a sua utilização e que a contratada seja capacitada para a realização dos trabalhos; a Administração Pública também deve sê-lo. E, conforme analisado, o aviso de licitação, em regra, vem elaborado em duas fases.

Ocorre que, mesmo nos Estados Unidos e na Inglaterra, nos quais o modelo *design-build* é mais difundido que em outras partes do mundo, a maioria desses contratos encontram-se na *esfera privada*. Ademais, não se pode deixar de considerar que estes países dispõem de mecanismos bem mais avançados de *controle e combate à corrupção*, o que lhes permite avançar em direção a celebração de contratos públicos em condições mais flexíveis.

Destarte, nos modelos supramencionados a utilização da contratação integrada é *medida excepcional* e, via de regra, ocorre em duas fases: inicialmente é feita a avaliação e a discussão dos projetos apresentados para, posteriormente, analisar-se a proposta econômica e definir-se o vencedor da licitação.

No nosso ordenamento jurídico, ao contrário, a definição do vencedor ocorre, fundamentalmente, a partir da *proposta econômica*, sendo que, apenas em momento posterior, o adjudicatário deverá apresentar o projeto para aprovação da Administração Pública. E, conforme tivemos a oportunidade de analisar, a situação ficou ainda mais grave quando a Lei nº 12.980, de 2014, revogou o inciso III do § 2º do art. 9º da Lei do RDC e tornou possível a adoção do tipo *menor preço* que, a nosso ver, é *absolutamente incompatível* com este regime de empreitada.

Sem dúvida alguma, essa situação faz com que a Administração Pública celebre um contrato em *condições absolutamente desconhecidas*, com *sérios riscos ao interesse*

público quando, por exemplo, houver um *impasse* em relação à aceitação dos projetos básico e executivo apresentados pelo contratado.

Do mesmo modo, a contratação integrada *não encontra respaldo na Constituição da República*, visto que a vedação aos aditivos contratuais, da forma como estabelecida, *afronta o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato*, assegurado pelo inciso XXI do art. 37.

Nos últimos meses, a sociedade brasileira tem assistido estarrecida aos desdobramentos da denominada “Operação Lava Jato”, da Polícia Federal, que já resultou em inúmeras condenações e demonstrou haver uma enorme promiscuidade entre setores da Administração Pública e as principais empreiteiras do país.

Creemos que exista um risco muito grande de, encerradas as investigações e com o *surgimento de um novo cenário jurídico e econômico* – no qual empreiteiras e Poder Público venham a pautar os seus relacionamentos com base em parâmetros estritamente legais, em um contexto já agravado pela crise financeira do setor, acentuada por condenações judiciais e pelos ônus advindos de eventuais acordos de leniência –, esses contratos de empreitada integral, *firmados em bases muito frágeis*, tanto do ponto de vista jurídico quanto técnico, venham a sofrer questionamentos judiciais.

O receio é que, caso a jurisprudência reconheça o direito aos denominados *claims* nestes contratos – ainda que tão-somente em algumas situações irrefutáveis, como aquelas relacionadas às falhas nos estudos preliminares e anteprojetos apresentados pela Administração Pública – o *impacto financeiro* aos cofres públicos venha a ser enorme, principalmente porque as *adjudicações* já terão sido realizadas por um *valor mais elevado*, em razão da *falsa expectativa* de que todos os riscos importantes estariam sendo transferidos ao contratado.

A *melhor solução* para enfrentar-se o grave problema dos aditivos contratuais é *investir-se na fase de projeção* das obras públicas. Neste sentido, as diretivas europeias recomendam a realização dos *concursos de projetos* sempre que a solução a realizar apresente um maior grau de complexidade.

Além disso, é frequente a contratação de empresas responsáveis pela *gestão de projetos e de execuções* de obras públicas que, ao lado das seguradoras, são solidariamente responsáveis em casos de falhas nas fiscalizações. Com isso, torna-se possível a *identificação de erros e omissões* cometidos tanto na fase de elaboração dos projetos, quanto da execução das obras, responsabilizando-se, *efetivamente*, projetistas e construtores, bem como suas respectivas seguradoras, na hipótese de aditivos contratuais.

Nesse sentido, várias experiências exitosas do RDC, como a exigência de *seguros e garantias*, devem ser incorporadas também aos *contratos de projeção*.

Da mesma forma, o *projeto* predisposto pela Administração Pública deve contemplar uma *matriz de alocação de riscos* e estabelecer, como na maior parte dos países pesquisados, os *limites* destas responsabilidades. Neste diapasão, é muito comum encontrarmos nos contratos estadunidenses expressões do tipo “condições de subsolo: geologia: incluídos no preço, com limitações”, acompanhadas das *justificativas* e dos *percentuais máximos* que poderão ser suportados pelo contratado. Elaborar matrizes de alocação de riscos a partir de *modelos de planilhas* preestabelecidos e baseadas na *transferência total* das responsabilidades ao contratado, ofende a natureza comutativa do contrato administrativo e afronta aos princípios da *equidade* e da *justiça contratual*.

Dessa forma, é possível concluir que o legislador brasileiro, ao tentar resolver *um dos maiores desafios* que envolvem as contratações públicas no mundo todo, qual seja, a questão das *variações de projetos e dos aditivos contratuais nas obras em andamento*, utilizando-se de uma formulação simplista – baseada na contratação da totalidade do empreendimento por um “preço fechado”, incluindo-se a elaboração dos projetos e de todos os riscos significativos do empreendimento, em troca de um pequeno *budget* acrescido ao valor da contratação, a título de contingenciamento – esqueceu-se da difundida lição do filósofo francês René Descartes, em seu clássico *Discurso do método*, segundo a qual não se pode buscar métodos fáceis para resolver problemas difíceis (DESCARTES, 1989).

7. Referências bibliográficas

- BAETA, A. P. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. São Paulo: Pini, 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, DF, 5 out. 1988, Seção 1.
- _____. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 25 ago. 1998, Seção 1.
- _____. Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 2011, Seção 1.
- _____. Decreto nº 8.080, de 20 de agosto de 2013. Altera o Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011.

- Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 21 ago. 2013, Seção 1.
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993, republicado em 6 jul. 1994 e retificado em 6 jul. 1994, Seção 1.
- _____. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 7 ago. 1997, Seção 1.
- _____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 18 jul. 2002 e retificado em 30 jul. 2002, Seção 1.
- _____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004, Seção 1.
- _____. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 5 ago. 2011, Edição extra, e retificada em 10 ago. 2011, Seção 1.
- _____. Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D); institui o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (Proies); altera as Leis

n^{os} 3.890–A, de 25 de abril de 1961, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.128, de 28 de junho de 2005, 11.651, de 7 de abril de 2008, 12.024, de 27 de agosto de 2009, 12.101, de 27 de novembro de 2009, 12.429, de 20 de junho de 2011, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 19 jul. 2012, Seção 1, e retificada em 19 jul. 2012, Edição extra.

_____. Lei n^o 12.722, de 3 de outubro de 2012. Altera as Leis n^{os} 10.836, de 9 de janeiro de 2004, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 11.977, de 7 de julho de 2009; dispõe sobre o apoio financeiro da União aos Municípios e ao Distrito Federal para ampliação da oferta da educação infantil; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 4 out. 2012, Seção 1.

_____. Lei n^o 12.745, de 19 de dezembro de 2012. Altera as Leis n^{os} 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. – CEITEC, 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, e 12.462, de 4 de agosto de 2011, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 20 dez. 2012, Seção 1.

_____. Lei n^o 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis n^{os} 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis n^{os} 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis n^{os} 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 5 jun. 2013, Edição extra.

_____. Lei n^o 12.833, de 20 de junho de 2013. Altera as Leis n^{os} 12.409, de 25 de maio de 2011, 12.793, de 2 de abril de 2013, que dispõe sobre o Fundo de Desenvolvimento do Centro–Oeste – FDCO, constitui fonte adicional de recursos para ampliação de limites operacionais da Caixa Econômica Federal, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 12.663, de 5 de junho de 2012, 11.314, de 3 de julho de 2006, 12.487, de 15 de setembro de 2011, e 11.941, de 27 de maio de 2009; altera os prazos

constantes da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010; e altera a Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, e o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 21 jun. 2013, Seção 1.

_____. Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013. Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1942 – Consolidação das Leis do Trabalho, as Leis nºs 11.491, de 20 de junho de 2007, e 12.512, de 14 de outubro de 2011; dispõe sobre os contratos de financiamento do Fundo de Terras e da Reforma Agrária, de que trata a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998; autoriza a inclusão de despesas acessórias relativas à aquisição de imóvel rural nos financiamentos de que trata a Lei Complementar nº 93, de 4 de fevereiro de 1998; institui o Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água – Programa Cisternas; altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 12.546, de 14 de setembro de 2011; autoriza a União a conceder subvenção econômica, referente à safra 2011/2012, para produtores independentes de cana-de-açúcar que desenvolvem suas atividades no Estado do Rio de Janeiro; altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; institui o Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde – PROSUS; dispõe sobre a utilização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios dos registros de preços realizados pelo Ministério da Saúde; autoriza a União, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a conceder o uso de bens públicos imobiliários dominicais, mediante emissão de Certificado de Direito de Uso de Bem Público Imobiliário – CEDUPI; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941; dispõe sobre as dívidas originárias de perdas constatadas nas armazenagens de produtos vinculados à Política de Garantia de Preços Mínimos – PGPM e Estoques Reguladores do Governo Federal, depositados em armazéns de terceiros, anteriores a 31 de dezembro de 2011; altera a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002; autoriza o Poder Executivo a declarar estado de emergência fitossanitária ou zoossanitária, quando for constatada situação epidemiológica que indique risco iminente de introdução de doença exóti-

ca ou praga quarentenária ausente no País, ou haja risco de surto ou epidemia de doença ou praga já existente; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; dispõe sobre o repasse pelas entidades privadas filantrópicas e entidades sem fins lucrativos às suas mantenedoras de recursos financeiros recebidos dos entes públicos; altera a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, as Leis nºs 10.848, de 15 de março de 2004, 12.350, de 20 de dezembro de 2010, 12.096, de 24 de novembro de 2009, 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 12.087, de 11 de novembro de 2009, e 10.260, de 12 de julho de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 25 out. 2013, Seção 1.

_____. Lei nº 12.980, de 28 de maio de 2014. Altera a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 29 mai. 2014, Seção 1.

_____. Lei nº 12.983, de 2 de junho de 2014. Altera a Lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010, para dispor sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco e de resposta e recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil, e as Leis nºs 10.257, de 10 de julho de 2001, e 12.409, de 25 de maio de 2011, e revoga dispositivos da Lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 2014, Seção 1.

_____. Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nºs 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.935, de 18 de novembro de 1994, 11.196, de 21 de novembro de 2005, e 12.305, de 2 de agosto de 2010; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 20 nov. 2015, Seção 1.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 1º jul. 2016, Seção 1.

_____. Ministério dos Transportes. Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT. Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias – Fundamentos. Brasília, DF, 2013. Disponível em: [http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de-](http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de)

riscos-de-obras-rodoviaras/guia-de-gerenciamento-de-riscos-fundamentos.pdf [Acesso em: 16 de julho de 2016].

- _____. Presidência da República. Casa Civil. Tire suas dúvidas sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Brasília, DF, 15 jul. 2011. Disponível em <http://www.casacivil.gov.br/noticias/ultimas-noticias/2011/07/6583>[Acesso em: 5 de agosto de 2015].
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 585.113-PE (2003/0156756-7). 2ª Turma. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Julgado em 5.4.2005. DJ 20.6.2005.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 4.645. Brasília, DF, 26 ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>[Acesso em: 5 de abril de 2016].
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 4.655. Brasília, DF, 9 set. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4138546>[Acesso em: 5 de abril de 2016].
- _____. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento (ACOM). Processo nº 034.015/2012-4. Acórdão nº AC-2980-46/15-P. Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Data da Sessão: 18.11.2015. Ata nº 46/2015.
- _____. Tribunal de Contas da União. Administrativo (ADM). Processo nº 011.169/2013-3. Acórdão nº AC-2981-44/14-P. Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Data da Sessão: 5.11.2014. Ata nº 44/2014.
- _____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA). Processo nº 006.391/2012-5. Acórdão nº AC-2245-33/12-P. Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Data da Sessão: 22.8.2012. Ata nº 33/2012.
- _____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA). Processo nº 043.815/2012-0. Acórdão nº AC-1510-22/13-P. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. Data da Sessão: 19.6.2013. Ata nº 22/2013.
- _____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA). Processo nº 045.034/2012-5. Acórdão nº AC-1310-19/13-P. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão: 29.5.2013. Ata nº 19/2013.
- _____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA). Processo nº 045.461/2012-0. Acórdão nº AC-1465-21/13-P. Plenário. Rel. Min. José Múcio Monteiro. Data da Sessão: 12.6.2013. Ata nº 21/2013.
- _____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA). Processo nº 007.109/2013-0. Acórdão nº AC-1.978-28/13-P. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. Data da Sessão: 31.7.2013. Ata nº 28/2013.

- _____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA). Processo nº 011.588/2014-4. Acórdão nº AC-1850-30/15-P. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da Sessão: 29.7.2015. Ata nº 30/2015.
- _____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria (RA). Processo nº 030.958/2014-8. Acórdão nº AC-1388-19/16-P. Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Data da Sessão: 1.6.2016. Ata nº 19/2016.
- BRITO, S. N. A qualidade das investigações e os imprevistos geológicos em obras de infraestrutura. In: Anais do 14º Congresso Brasileiro de Geologia de Engenharia e Ambiental. Rio de Janeiro, dez. 2013.
- CRISTIANO, R. Empresa é risco: como interpretar a nova definição. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DAL POZZO, A. N. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, M.; DAL POZZO, A. N.; VALIM, R. (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DESCARTES, R. (1637). Discurso do método. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- DESIGN-BUILD INSTITUTE OF AMERICA. About DBIA and Design-Build. Disponível em: <http://www.dbia.org/about/Pages/default.aspx> [Acesso em: 7 de julho de 2016].
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Transportation, Federal Highway Administration. D-B Resources. Disponível em: <http://www.fhwa.dot.gov/construction/contracts/acm/db.cfm> [Acesso em: 7 de maio de 2016].
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. National Archives and Records Administration. Federal Register. Federal Acquisition Regulation (FAR). In: Code of Federal Regulations (CFR). 1ª out. 2012. Disponível em: <https://www.acquisition.gov/sites/default/files/current/far/pdf/FAR.pdf> [Acesso em: 10 de maio de 2016].
- FIGUEIREDO, L. V. Curso de direito administrativo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FRANÇA. Conseil d'Etat. Requêtes nºs 155.573, 155.574 e 155.575. Data da Sessão: 17.3.1997.
- _____. Conseil d'Etat. Requête nº 268.610. Data da Sessão: 8.7.2005.
- _____. Cour administrative d'appel de Nancy. Requête nº 01NC00110. Data da Sessão: 5.8.2004.

- _____. Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics. Journal officiel. Paris, 4 ago. 2006, n° 179.
- _____. Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Journal officiel. Paris, 27 mar. 2016, n° 74.
- _____. Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP). Journal officiel. Paris, 13 jul. 1985.
- _____. Président de la République. Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Journal officiel. Paris, 24 jul. 2015, n° 38.
- ITÁLIA. Autorità Nazionale Anticorruzione – Anac. Parere di precontenzioso n° 68. Data do parecer: 23.4.2013. Publicado pela Secretaria do Conselho em 14.5.2013.
- _____. Consiglio di Stato. Sezione IV. Sentenza n° 258. Data da Sessão: 23.1.2012.
- _____. Consiglio di Stato. Sezione V. Sentenza n° 1.019. Data da Sessão: 20.2.2009.
- _____. Decreto Legislativo 12-4-2006, n° 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Gazzetta Ufficiale. Roma, 2 mai. 2006, n° 100.
- _____. Decreto Legislativo 18-4-2016, n° 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Gazzetta Ufficiale. Roma, 19 abr. 2006, n° 91 e retificada em 15 jul. 2016, n° 164.
- _____. Legge 11-8-2014, n° 114. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n° 90. Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari. Gazzetta Ufficiale. Roma, 18 ago. 2014, n° 190.
- _____. Legge 28-1-2016, n° 11. Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Gazzetta Ufficiale. Roma, 29 jan. 2016, n° 23.
- JUSTEN FILHO, M. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

- _____. Comentários ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013.
- KALIPRASAD, M. Proactive Risk Management. Cost Engineering. Vol. 48, Issue 12, dez. 2006.
- KPMG INTERNATIONAL. Global construction survey 2015. Disponível em: <https://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/global-construction-survey/Documents/global-construction-survey-2015.pdf> [Acesso em: 7 de julho de 2016].
- MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- PORTUGAL. Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de março – Aprova o novo regime jurídico das empreitadas de obras públicas. Diário da República. Lisboa, 2 mar. 1999, Série A, nº 51, 1.
- _____. Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro – Aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Diário da República. Lisboa, 29 jan. 2008, 1ª Série, nº 20, retificado pela Declaração de Retificação nº 18-A/2008, 31 mar. 2008, 1ª Série, nº 62.
- _____. Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações. Portaria nº 701-H/2008, de 29 de julho. Diário da República. Lisboa, 29 jul. 2008, 1ª Série, nº 145.
- _____. Tribunal de Contas, Processo nº 2.567/05, Acórdão nº 33/06-7. Fev-1ªS/SS. Data da Sessão: 7.2.2006.
- RIBEIRO, R. O Calcanhar de Aquiles no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. Brasília, jul. 2013. Nota técnica nº 13/2013.
- ROMANO, S. A. L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Milano: Giuffrè, 2011.
- SAVONITTI MIRANDA, H. Licitações e contratos administrativos. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, 2007.
- _____. Principali innovazioni legislative sulle gare e appalti pubblici in Brasile, alla luce della legislazione europea e americana, 2015. 95f. Tesi (Master di II Livello in Organizzazione, management, innovazione nelle Pubbliche Amministrazioni). Università La Sapienza. Roma, 2015.
- SILVA, T. C. R.; ALENCAR, M. H. Gestão de riscos na indústria da construção civil: proposição de uso integrado de metodologias. In: Anais do XXXIII Encontro Nacional de Engenharia de Produção. Salvador, out. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Jornal Oficial. Bruxelas, 30 abr. 2004, nº L 134.

_____. Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Jornal Oficial. Bruxelas, 30 abr. 2004, nº L 134.

_____. Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão. Jornal Oficial. Bruxelas, 28 mar. 2014, nº L 94.

_____. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Jornal Oficial. Bruxelas, 28 mar. 2014, nº L 94.

_____. Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE. Jornal Oficial. Bruxelas, 28 mar. 2014, nº L 94.