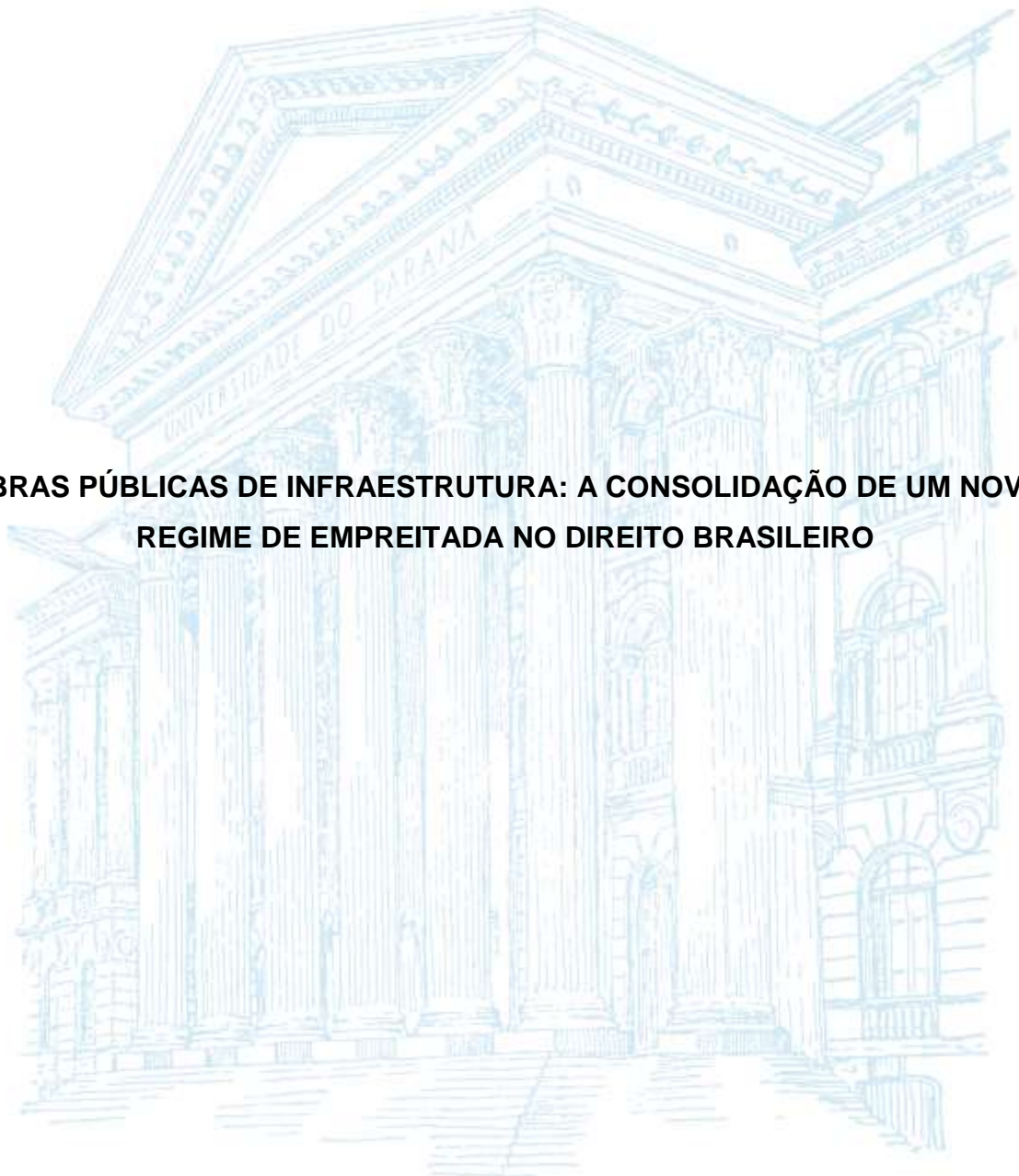


**GUSTAVO MIRANDA LOURES**

**OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA: A CONSOLIDAÇÃO DE UM NOVO  
REGIME DE EMPREITADA NO DIREITO BRASILEIRO**



CURITIBA

2018

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO**



**OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA: A CONSOLIDAÇÃO DE UM NOVO  
REGIME DE EMPREITADA NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela  
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama.

**GUSTAVO MIRANDA LOURES**

CURITIBA

2018

*“O homem não é nada mais que o seu projeto, só existe na medida em que o realiza através de uma série de atos. (...) O sucesso ou o fracasso de seus atos são obra sua; não lhe é permitido culpar os outros ou as circunstâncias pelos seus erros.”*

(João da Penha. **O que é o existencialismo.**)

## **RESUMO**

O presente trabalho pretendeu trazer reflexões a propósito das especificidades inerentes aos novos modelos de empreitada que adentraram aos contratos administrativos clássicos. A hipótese é que estes módulos contratuais e seus caracteres próprios parecem ser tratados com superficialidade, ainda sob a lente dos regimes trazidos pela Lei nº. 8.666/93. Entretanto, urge a necessidade de se construir concepções sérias sobre os novos modelos, sobretudo por serem ferramentas aptas a dar conta da complexidade dos contratos de obras públicas de infraestrutura. Para tanto, buscou-se identificar as principais características destes contratos, de modo a colher na literatura visões que possibilitem compreender e maximizar sua utilização. Imprescindível também foi a imersão nas mais importantes decisões do Tribunal de Contas da União a propósito do tema. Desta maneira, pôde-se concluir que estes contratos guardam uma lógica própria, construída para objetos específicos. Como qualquer ferramenta, não são soluções universais, pelo contrário, devem ser bem manuseadas, conforme as boas técnicas de gestão contratual, em busca de eficiência técnica e econômica – para esta busca, que este trabalho buscou contribuir.

**PALAVRAS-CHAVE:** INFRAESTRUTURA – OBRA PÚBLICA – LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO INTEGRADA – MATRIZ DE RISCOS.

## **ABSTRACT**

The present study intends to make reflections on the new models of public contracts. The hypothesis is that these contractual types and their own characteristics are treated superficially. It is necessary to construct serious conceptions about the new contractual models. These instruments are fundamental for contracting complex objects, such as public infrastructure works. It was sought to identify the main characteristics of these models, to search in the literature teachings to understand and optimize their use. Also, an immersion was made in the most important decisions of the Court of Auditors of the Union - TCU on the subject. It was concluded that these contracts have their own logic, unmistakable. As tools, they are not universal solutions, on the contrary, they demand a correct handling, according to good contractual management techniques, in search of technical and economic efficiency - for these goals, this study sought to contribute.

**KEY-WORDS:** INFRAESTRUCTURE – PUBLIC BUILD – CONTRACTS – DESIGN AND BUILD – RISK MANAGEMENT.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1. O CONTRATO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
1.1. ESTADO, MERCADO E O AVANÇO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS .....	7
1.2. CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS E INFRAESTRUTURA.....	10
<b>2. OBRAS PÚBLICAS E A LEI GERAL DE LICITAÇÕES</b> .....	<b>14</b>
2.1. REGIMES DE EXECUÇÃO E EMPREITADAS.....	14
2.2. O PLANEJAMENTO E A ESTRUTURAÇÃO DO PROJETO .....	17
2.3. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO .....	21
<b>3. O NOVO MODELO DE CONTRATAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS</b> .....	<b>24</b>
3.1. O GIRO CONTRATUAL: DAS CONTRATAÇÕES ÀS PARCERIAS; DAS PARCERIAS ÀS CONTRATAÇÕES. ....	24
3.2. RDC E CONTRATAÇÃO INTEGRADA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS .....	28
3.2.1. A comparação das propostas .....	38
3.2.2. A repartição de riscos.....	44
3.2.3. O equilíbrio econômico-financeiro .....	51
3.2.4. A questão do dimensionamento dos preços.....	54
3.3. A LEI DAS ESTATAIS E A CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA.....	59
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>66</b>

## INTRODUÇÃO

As *grandes obras públicas de infraestrutura* são assunto corrente no cenário nacional, seja por sua grande importância econômico-social<sup>1</sup>, seja pela ineficiência por vezes escancarada nas execuções contratuais, seja pelos escândalos de corrupção que habitam este ambiente.

Devido a esta proeminência, trata-se de um assunto que não pode ser deixado de lado, merecendo um sério tratamento do direito positivo e da *ciência do direito* – que tem o papel de buscar extrair o melhor das normas que balizam a contratação desses empreendimentos.

À margem de preceitos ideológicos ou do senso comum, este trabalho busca traçar *reflexões jurídicas* acerca do que se chama de “novos modelos” na contratação de *obras públicas de infraestrutura*, as empreitadas de concepção-construção (*design and build*), que foram transpostas dos empreendimentos concessionários para os contratos administrativos clássicos. Para tanto, a pesquisa foi fundada numa análise bibliográfica a procura de uma construção que abordasse **(i)** a evolução da contratação administrativa, **(ii)** os modelos clássicos e **(iii)** a formação dos *novos modelos*. Em paralelo à análise bibliográfica, a pesquisa conta com uma imersão da jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre as *contratações integradas*.

Neste intento, o trabalho é dividido em três grandes partes. Num *primeiro momento*, com caráter introdutório, apresenta-se a evolução do papel do Estado como provedor da *infraestrutura* e o surgimento dos modelos contratuais que possibilitaram seu relacionamento com a iniciativa privada. Num *segundo momento*, foram expostas as bases do atual modelo de contratação de obras, cristalizado na Lei nº. 8.666/93, destacando aspectos atinentes aos regimes de empreitada, ao planejamento e ao equilíbrio econômico-financeiro da avença. Num *terceiro momento*, faz-se a abordagem dos novos modelos, dividindo-se **(i)** na apresentação do chamado *giro contratual*; **(ii)** nos aspectos destacados da *contratação integrada*; e **(iii)** nas reflexões a propósito da Lei das Estatais e da contratação semi-integrada. Por último, é exposta uma síntese conclusiva.

---

<sup>1</sup> A título exemplificativo, no ano de 2017, foi constatado que 86% dos recursos destinados às obras públicas no Estado do Paraná foram aplicados em infraestrutura. Disponível em: <[www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2017/](http://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2017/)>. Acesso em 03.10.2018.

## 1. O CONTRATO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO

### 1.1. ESTADO, MERCADO E O AVANÇO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A Economia, entendida como a forma pela qual os bens e serviços necessários e úteis à vida são divididos, sempre esteve ligada ao comportamento do Estado<sup>2</sup>, por ser um elemento central à conformação da sociedade.<sup>3</sup> Por isso o Estado sempre se fez presente, seja como disciplinador (Estado Regulador), seja como promotor de *infraestruturas necessárias* ao exercício de atividades econômicas (Estado Contratante).<sup>4</sup> A partir da revolução industrial, na metade do século XIX, o desenvolvimento da economia demandava a instalação de *infraestruturas* para a fluência dos setores, pois eram inexistentes ou precárias - como a instalação de redes ferroviárias, de gás e de eletricidade.<sup>5</sup>

Ao assumir um papel prestacional para a consolidação destas *infraestruturas* necessárias, o Estado precisou firmar *parcerias* com o setor privado, seja **(i)** pela ausência de expertise para a consolidação de objetos complexos; **(ii)** seja pela ausência de recursos financeiros.<sup>6</sup> Para reger esse relacionamento público-privado, todavia, não haviam modelos contratuais próprios, já que até a metade do século XIX, o legislador não havia se preocupado com o assunto. Somente a partir de 1970 houve uma consistente evolução da *teoria do contrato administrativo*, movida pela crescente das aquisições públicas de bens e serviços. Nesta toada, surgiram também contratos de *longa duração*, pelos quais a iniciativa privada assumia a construção e a gestão de infraestruturas públicas – nascedouro da colaboração público-privada.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Ressalta-se que não se pretende adentrar às minúcias da definição de Estado, visto a divergência de aceção filosófica, jurídica ou sociológica. Sobre uma noção introdutória ao tema, cf.: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. Malheiros, 2012, p. 65-71.

<sup>3</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. **Empresas Estatais: o regime jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 29-30.

<sup>4</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. **Empresas Estatais: o regime jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30-31.

<sup>5</sup> MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria Jurídica da Privatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 28-29.

<sup>6</sup> Neste aspecto, Pedro Costa Gonçalves, levando em conta a crise financeira portuguesa, salienta que “Além do recurso aos canais normais de financiamento, o Estado lançou mão, em larga escala, de esquemas de privatização de financiamento de infraestruturas públicas por meio de contratos de parceria-público privada (...) a ‘nossa’ crise reside em o Estado fazer mais do que pode e não, como nos Estados Unidos, em ter feito menos do que devia”. (GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 35).

<sup>7</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 66-67.

Ao passo que a Administração se tornara uma poderosa adquirente de bens e serviços, impactando a economia, urgia a necessidade de regulamentação desses contratos, para garantir **(i)** o interesse público (*proposta mais vantajosa*) e **(ii)** a tutela da concorrência, por meio de tratamento igualitário às empresas interessadas no benefício econômico decorrente do contrato (*igualdade de oportunidades*).<sup>8</sup>

O *contrato administrativo* adveio da transformação da figura do contrato privado, o qual era conceituado como “uma convenção mediante a qual duas partes reciprocamente, ou uma delas somente, prometeram e se obrigam com respeito a outra, dar alguma coisa (...) gerando um laço jurídico perfeitamente determinado”.<sup>9</sup> O *contrato administrativo*, por sua vez, habitaria um campo especial, pois as partes não faziam parte do mesmo plano. Em razão dessa assimetria, a figura não era admitida pela teoria clássica, escorada na concepção de que não caberia à Administração contratar, pois lhe cabe mandar unilateralmente. Logo, não haveria compatibilidade entre o direito público e os módulos contratuais de direito civil. Para a Administração figurar no contrato, haveria que se ter uma modulação do instrumento contratual, havendo **(i)** derrogações nas normas de contratos comuns e **(ii)** prerrogativas ao Poder Público, denominadas *cláusulas exorbitantes*<sup>10, 11</sup>.

O contrato administrativo se desenvolveu num terreno de separação entre o *público* e o *privado*. Essa dicotomia se atenuou no correr dos anos 80 e 90, devido a uma série de motivos, como: **(i)** políticas governamentais de fortalecimento ao setor privado, tomadas por Margareth Thatcher e Ronald Reagan; **(ii)** medidas da União Europeia para favorecer a livre concorrência e livre circulação de serviços e mercadorias; **(iii)** busca de abertura de mercado internacionais e quebra de monopólios estatais; **(iv)** demanda por melhores serviços públicos, o que era

---

<sup>8</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 69.

<sup>9</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O contrato Administrativo: noção e fundamentos**. Revista dos Tribunais. RT 133/416, setembro/1941, p. 798-800.

<sup>10</sup> Em razão disso, no magistério de Hely Lopes Meirelles, o Contrato Administrativo detém peculiaridades, tendo sua característica essencial na participação da Administração com *Supremacia de Poder*, que resulta, genericamente, nas chamadas *cláusulas exorbitantes*, que são aquelas que excedem ao direito comum, como: **(i)** possibilidade de alteração de rescisão unilateral do contrato; **(ii)** equilíbrio econômico-financeiro; **(iii)** revisão de preços e tarifas; **(iv)** inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido; **(v)** controle do contrato; **(vi)** ocupação provisória; e **(vii)** aplicação de penalidades contratuais pela Administração. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, 197-198).

<sup>11</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165-168.

dificultado pela escassez de recursos; **(v)** ineficiência de empresas estatais; **(vi)** a necessidade de retirar ou atenuar o caráter autoritário da Administração.<sup>12</sup>

Na Constituição de 1988 foram consolidadas normas para a atividade contratual do Estado, seja para os *contratos administrativos* (art. 37, inc. XXI), seja para a *delegação de serviços públicos* (art. 175) – ambos, em regra, precedidos de *licitação*, que possui um viés duplo, **(i)** buscar o negócio mais vantajoso e **(ii)** assegurar igualdade aos que desejam contratar com a Administração.<sup>13</sup>

Na seara dos *serviços públicos*, a Constituição reservou a titularidade de determinados setores econômicos aos Entes Políticos, podendo estes repassar a gestão e execução à iniciativa privada, mediante outorga de *títulos habilitantes*.<sup>14</sup>

As atividades de titularidade da União são postas no artigo 21, incisos XI e XII e XXIII e no artigo 177.<sup>15</sup> O artigo 25, §2º outorga aos Estados o serviço de gás canalizado. Por fim, o artigo 30, dispõe sobre a competência dos municípios o *transporte coletivo* e outros *serviços de interesse local*.<sup>16</sup>

Afora as atividades econômicas sob a titularidade dos Entes Federativos, há outras que se situam numa zona de *titularidade mista*, sendo livres ao setor privado. Destacam-se a saúde e a educação, que são obrigações do Estado, mas coexistem com a prestação em regime concorrencial, e ainda, haverá hipóteses em que o Poder Público poderá contar com a *colaboração* do setor privado.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> MEDAUAR, Odete. Público-Privado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48-49.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 01.

<sup>14</sup> A expressão é designada para as hipóteses em que o setor privado atua em atividade econômica que não lhe é própria, por pertencer à titularidade pública (*atuação exógena*). Para tanto, é necessário que o agente possua um *título jurídico habilitante*. (MANICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. Serviços públicos no Brasil: uma análise a partir das esferas de titularidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 253-274, abr. 2018, p. 257).

<sup>15</sup> O artigo 21, incisos XI e XII trazem os ditos serviços públicos econômicos de titularidade da União. O inciso XXIII trata de atividades ligadas a materiais nucleares, os quais são de monopólio da União, abrindo-se oportunidade de participação do setor privado no que tange às hipóteses das alíneas “b” e “c”. O artigo 177 traz o monopólio da União para atividades ligadas a petróleo e gás, cabendo a contratação do setor privado para atuação nas hipóteses autorizadas pelo §1º.

<sup>16</sup> Convém alertar, que no âmbito das concessões, em que pese haver a Lei Geral de Concessões (Lei nº. 8.987/95) e a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº. 11.079/2004), há inúmeras legislações setoriais, que dão conta de específicos modelos vigentes no país, os quais, com a ajuda de Floriano de Azevedo Marques Neto, pode-se catalogar: concessões de linhas áreas; concessões de radiodifusões; concessões portuárias; concessões de telecomunicações; concessão de obra pública; concessão de uso de bem público; concessões de direito real de uso de bem público; concessões minerárias; concessões de exploração e produção de hidrocarbonetos; concessões florestais; concessões urbanísticas, entre outras. Cf.: (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016).

<sup>17</sup> Nesses serviços é comum a realização de *parcerias com o terceiro setor*, dentre as quais: **(i)** Contratos de Gestão com Organizações Sociais – Lei nº. 9.637/98; **(ii)** Termos de Parceria com

## 1.2. CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS E INFRAESTRUTURA

Na consecução de suas *tarefas* o Poder Público vem se utilizando de dois modelos contratuais: a *terceirização* e a *desestatização*. Na *terceirização*, a Administração Pública se vale dos *contratos administrativos* (Lei nº. 8.666/93) para aquisição de bens e serviços instrumentais às suas finalidades.<sup>18</sup> Pela *desestatização*, o setor público repassa a gestão/execução de certas atividades econômicas à iniciativa privada através de contratos de *concessão* ou *permissão* (art. 175, CF)<sup>19</sup>, mantendo sua titularidade. Dessa forma, o Estado se retira da condição de prestador, sendo responsável pela fiscalização, regulação e garantia.<sup>20</sup>

Ao passo que o presente trabalho tem por escopo o tratamento dos *contratos de obras públicas de infraestrutura*, descarta-se qualquer imersão aos instrumentos de *desestatização* e no tratamento dos *serviços públicos*.<sup>21</sup>

No interior dos contratos clássicos busca-se diferenciar *obra* e *serviço*. Nos termos da Lei nº. 8.666/93 **(i)** *obra* é toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação (art. 6º, inc. I); e **(ii)** *serviço*, é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse da Administração (art. 6º, inc. II).

No cenário brasileiro é comumente utilizado o termo *infraestrutura*, o qual merece exame. Conforme Egon Bockmann Moreira, o termo “pode ser definido como a base física sobre a qual diversos setores econômicos irão se desenvolver e se relacionar entre si” o que pode englobar de educação até ferrovias “passando pela saúde, água e saneamento, energia, rodovias, silos, portos e aeroportos”.<sup>22</sup> Neste sentido também, Bruno Aurélio propõe que o termo *infraestrutura* designa os bens

---

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Lei nº. 9.790/99; **(iii)** Parcerias com Organizações da Sociedade Civil – Lei nº. 13.019/2014; **(iv)** Convênios, disciplinados pelo art. 116 da Lei nº. 8.666/93, e regulamentos, no âmbito da União, pelo Decreto nº. 6.170/2007.

<sup>18</sup> MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria Jurídica da Privatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106.

<sup>19</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

<sup>20</sup> MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria Jurídica da Privatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 107-108.

<sup>21</sup> A expressão “serviço público” abarcando inúmeras controvérsias, notadamente voltadas à distinção entre “serviço público” e “atividades econômicas”. Cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 309-314; GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103-143.

<sup>22</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestruturas e a Lei das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 115.

de capital em rede, essenciais ao desenvolvimento de certas atividades econômico-sociais.<sup>23,24</sup>

Dentre as acepções de infraestrutura, quando se fala em privatização de tarefas públicas (pelos modelos de *terceirização ou desestatização*), parece mais adequado adotar um *sentido estrito*, ligado a *obras públicas de infraestrutura*, sob as quais podem se desenvolver atividades econômicas em sentido amplo (serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito).

Por isso as obras públicas estão intimamente ligadas ao modo pelo qual a Administração realiza *infraestruturas públicas*, utilizando-se de modelos contratuais com extensa disciplina jurídica, constituindo base à delimitação de regimes como a concessão de obras públicas e o contrato de parceira público-privada. A importância do ideal tratamento das obras públicas remete aos vultuosos investimentos financeiros geralmente necessários para sua consolidação, chamando atenção do direito financeiro<sup>25</sup> e trazendo contornos incisivos ao próprio direito administrativo.<sup>26</sup>

Logo, a eficiência da consolidação de obras públicas é essencial a toda sociedade, pois servirão de base para atividades administrativas, econômicas e aos serviços públicos. Na linha do que descreve Ronald Coase, há determinados serviços e infraestruturas indispensáveis à vida em comunidade, que pela sua natureza não podem ser deixados a cargo na iniciativa privada, razão pela qual devem ser assumidos pelo Poder Público.<sup>27</sup>

Quando o Poder Público tem em vista a necessidade de implantar determinada *obra pública de infraestrutura*, reformá-la ou gerenciá-la, poderá fazer via execução **(i) direta** ou **(ii) indireta**. Pela primeira a Administração realiza a tarefa

---

<sup>23</sup> AURÉLIO, Bruno. **A exploração da infraestrutura aeroportuária no Brasil: A INFRAERO e as concessionárias de serviço público**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 27-29.

<sup>24</sup> Para um aprofundamento no tema, Cf.: MENEGAT, Fernando. Direito e Infraestrutura: propostas de (in) definição. **Revista de direito público da economia**. Belo horizonte, Fórum, 2003, v.13, n. 50, p. 127-147, abr./jun. 2015.

<sup>25</sup> Sobre o controle financeiro na execução das PPP's, conferir: GUIMARÃES, Fernando Vernalha; KANAYAMA, Rodrigo Luís; HUNGARO, Luís Alberto. Apontamentos sobre o controle fiscal das Parcerias Público-Privadas. **Revista de Contratos Públicos**, v.10. p. 23-35, 2017.

<sup>26</sup> MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitadas de Obras Públicas: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 21-24.

<sup>27</sup> COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 190-191.

por seus próprios meios<sup>28</sup>, enquanto na segunda, conta com a participação da iniciativa privada, que pode se dar por diversas formas.

Deste modo, a privatização de *infraestrutura* poderá se dar pela: **(i)** terceirização; ou **(ii)** desestatização. A primeira se faz através dos contratos administrativos de obras públicas: **(i.a)** Lei nº. 8.666/93; **(i.b)** Lei nº. 12.462/2011; e **(i.c)** Lei nº. 13.303/2016. Na *segunda*, destacam-se basicamente três espécies: **(ii.a)** concessões de obras públicas; **(ii.b)** parcerias público-privadas e **(iii.c)** outorgas de uso de bens públicos<sup>29</sup>. Usualmente, os dois primeiros são utilizados para construção e gestão de *obras de infraestrutura*, ao passo que no terceiro é concedido o direito de exploração onerosa de bem existente (*capacidade instalada*).

Em busca de um sentido técnico do termo *infraestrutura*, pode-se visualizar no texto constitucional duas menções. O artigo 21, inciso XII dispõe que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão “a navegação aérea, aeroespacial e a *infraestrutura aeroportuária*”. Posteriormente, o artigo 177, §4º alínea “c” utiliza o termo *infraestrutura de transportes*.

Na legislação infraconstitucional, a Lei nº. 8.666/93 não traz nenhuma menção ao termo, todavia, como se verá no item **2.1**, as empreitadas representam meios de execução indireta de infraestruturas – acentuadamente, a empreitada integral. A Lei nº. 12.462/2011 (RDC) traz menções a “obras de infraestrutura” no âmbito de aeroportos e relacionadas à ampliação de “*infraestrutura logística*” (art. 1º, incs. III e VIII). A Lei nº. 8.987/95 regulamenta as *concessões* **(i)** de serviços; **(ii)** de serviços precedidas por obras públicas e **(iii)** somente de obras públicas. A despeito de não mencionar o termo *infraestrutura*, nos modelos **(ii)** e **(iii)** o Poder Público

---

<sup>28</sup> Um dos principais meios de *execução direta* no setor de obras e serviços de engenharia tem sido a utilização do Exército Brasileiro, por meio de seus Batalhões de Engenharia de Construção - BEC. Dentre alguns exemplos de sua utilização: Obras de transposição do Rio São Francisco (1º, 2º e 3º BEC); aeroporto de São Gonçalo do Amarante-RN (1º BEC); pavimentação e recuperação da BR-101/NE; recuperação a BR-116/RS (10º BEC); construção e recuperação da SC-114 (10º BEC); construção das rodovias BR-319, BR-364 e BR-163, na Amazônia (5º, 6º, 7º e 8º BEC); construção das ferrovias Tronco Sul e Ferroeste (10º e 11º BEC). Para detalhamento do assunto, conferir: FIGUEIREDO, Washington Machado de; et. at. **A Engenharia do Exército na construção do desenvolvimento nacional**: Tomo 01. Brasília: Departamento de Engenharia de Construção, 2014.

<sup>29</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, num primeiro momento, conceitua a *concessão de uso* como o contrato administrativo pelo qual a Administração faculta o particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme sua destinação. Num segundo momento, diferencia a concessão de uso do bem público das demais. Segundo a autora, trata-se de uma concessão de natureza **(i)** *constitutiva*, pois o concedente outorga poderes e deveres de natureza diversa daqueles que lhe incumbe exercer. Na **(ii)** *translativa*, por sua vez, o Poder Público delega poderes e deveres que caberia e ele exercer. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo de Bem Público por Particular**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109-110).

transfere à iniciativa privada a responsabilidade por financiar, conceber, construir e gerir uma determinada obra de infraestrutura, remunerando-se, exclusivamente, por meio de cobrança de tarifas dos usuários. A Lei nº. 11.079/2004 (PPP) regula as concessões **(i)** patrocinadas e **(ii)** administrativas. Nas *patrocinadas* a remuneração do parceiro privado é constituída pelas tarifas cobradas dos usuários e por subsídio do Poder Público. Nas *administrativas* a remuneração advém somente do Poder Público.<sup>30</sup> Deste modo, é utilizada quando não é viável a cobrança de tarifa.<sup>31</sup> A Lei de PPP utiliza o termo *infraestrutura* ao se referir à “construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento da *infraestrutura* que será utilizada na prestação de serviços públicos” (art. 6º, §§9º e 10). A Lei nº. 10.233/2011, que disciplina o setor de transportes, trata de *infraestruturas de transporte*, abarcando os modais rodoviário, ferroviário e aquaviário. A Lei nº. 13.334/2017, que disciplina as Parcerias Privadas de Investimento – PPI e os *contratos de parceria*<sup>32</sup> busca fortalecer a integração entre o Estado e a iniciativa privada *para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura* (art. 1º) nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. A Lei nº. 5.862/1972 criou a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, que tem por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a *infraestrutura aeroportuária*<sup>33</sup> que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil.<sup>34</sup> Também a Lei nº. 13.449/2017 estabelece critérios para a celebração de aditivos contratuais relativos às outorgas nos contratos de parceria no setor aeroportuário.

---

<sup>30</sup> Fernando Vernalha Guimarães classifica a *concessão administrativa* em duas espécies: **(i)** *concessão administrativa de serviços administrativos* – prestados diretamente à Administração; e **(ii)** *concessão administrativa para a delegação de serviços públicos econômicos* – tomados indiretamente pela Administração (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179-208).

<sup>31</sup> A inviabilidade de cobrança pode ocorrer em 04 grandes hipóteses: **(i)** quando a Administração é usuária do serviço/obra, como na construção de um prédio público; **(ii)** quando não há usuários individualizáveis, como no caso de iluminação pública e coleta de lixo; **(iii)** quando não há possibilidade de cobrança, como no caso de saúde pública; ou **(iv)** quando por razões políticas ou econômicas, opta-se por não instituir tarifa sobre determinado serviço.

<sup>32</sup> O *contrato de parceria* é um gênero, que nele se encaixam a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e outros negócios público-privados (art. 1º, §2º).

<sup>33</sup> Portanto, quando a ANAC decide não repassar um aeroporto à iniciativa privada, caberá à INFRAERO geri-la. Atualmente, após a desestatização dos aeroportos de Florianópolis, Salvador, Fortaleza e Porto Alegre, a Empresa administra 55 aeroportos no Brasil, dos quais se destacam Santos Dumont (RJ) e Congonhas (SP). A INFRAERO, mesmo em aeroportos concedidos à iniciativa privada, participa como acionista minoritária do empreendimento concessionário, à exemplo dos aeroportos de Brasília, Confins, Galeão, Guarulhos e Viracopos, nos quais detém 49% do controle.

<sup>34</sup> Informações disponíveis em: <<http://www4.infraero.gov.br/>>. Acesso em 17.05.2018.

Após perquirir o sentido que a legislação nacional confere ao termo *infraestrutura*<sup>35</sup>, propõe-se uma classificação dos Setores de Infraestrutura: **(i)** Setor de infraestrutura de transportes (aeroportuário, aquaviário, terrestre – transporte público, rodoviário e ferroviário); **(ii)** Setor de infraestrutura dos serviços sociais (saúde, educação e assistência social); **(iii)** Setor de infraestrutura do erário (prédios públicos em geral); **(iv)** Setor de infraestruturas gerais de titularidade pública (saneamento básico, instalações nucleares, exploração de potencial energético, telefonia, serviços postais, rádio difusão sonora de sons e imagens, etc.).<sup>36</sup>

O objeto deste estudo são os modelos de *terceirização* na execução de obras públicas de infraestrutura – *contratos clássicos*. Para tanto, o próximo capítulo buscará examinar as bases sob as quais os contratos de obras públicas foram assentados à luz da Lei nº. 8.666/93.

## 2. OBRAS PÚBLICAS E A LEI GERAL DE LICITAÇÕES

### 2.1. REGIMES DE EXECUÇÃO E EMPREITADAS

No âmbito do Estatuto de Licitações (Decreto nº. 2.300/86), percebeu-se uma valorização do dever de licitar como forma de moralizar as contratações públicas, o que foi insculpido na Constituição de 1988 (art. 37, XXI). A Lei nº. 8.666/93, por sua vez, trouxe normas gerais de licitações e contratos<sup>37</sup>, tendo como características a rigidez no procedimento, objetividade absoluta no julgamento, a definição prévia de todos os detalhes do contrato e a proibição de que o contratado financie o objeto.<sup>38</sup> O diploma conceitua *obra* (art. 6º, I) e traz diretrizes à sua contratação (art. 7º e seguintes). Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que, “Obra pública não é serviço público”, explica-se: **(i)** a obra é um produto estático, ao passo

<sup>35</sup> A despeito de inúmeros setores possuírem conexão com o termo *infraestrutura*, é notório que o ordenamento brasileiro dá ênfase ao que se denomina *Setor de Infraestrutura de Transportes*, sobre os quais se desenvolvem os chamados *modais de transporte* (aeroviário, aquaviário, rodoviário e ferroviário), fundamentais à fluência salutar da economia.

<sup>36</sup> O objetivo de um regime jurídico das infraestruturas é apartá-lo do regime de *serviços públicos*, por exemplo: **(i)** a exploração/construção da infraestrutura aeroportuária é diferente da exploração do transporte aéreo; **(ii)** a exploração/construção da infraestrutura de transporte rodoviário é diferente da exploração do transporte de passageiros, seja ele coletivo interestadual ou intermunicipal; **(iii)** a exploração/construção da infraestrutura ferroviária é diferente do transporte ferroviário.

<sup>37</sup> Art. 22. Compete Privativamente à União legislar sobre: normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI (...).

<sup>38</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: \_\_\_\_\_. **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 21-23.

que serviço é dinâmico, pois é *atividade*; **(ii)** obra é uma coisa, criada pela ação humana, enquanto o serviço é a operação que o usuário usufrui; **(iii)** a obra não presume a existência de um serviço para existir, já o serviço, normalmente, precisa de uma obra que é seu suporte.<sup>39</sup>

Para execução indireta de obras podem ser utilizados os seguintes regimes de empreitada: **(i)** *empreitada por preço global* **(ii)** *empreitada por preço unitário*; **(iii)** *tarifa*; e **(iv)** *empreitada integral*. Joel de Menezes Niebuhr distingue os três tipos de empreitadas: **(i)** *por preço global há encargo certo*, remunerando-se partes/etapas predeterminadas; **(ii)** *por preço unitário há imprecisão nos quantitativos*; **(iii)** *integral*, deseja-se a entrega do *objeto em operação* (vide art. 6º, VIII).<sup>40</sup>

Na empreitada por preço global os pagamentos durante a execução são feitos de acordo com medições periódicas<sup>41</sup>, de modo que a remuneração é fixada numa soma certa correspondente à realização de todos os trabalhos necessários para execução da obra. Esta empreitada é utilizada para objetos indivisíveis, nos quais a Administração estabelece um **(i)** escopo final e um **(ii)** cronograma físico-financeiro. Como *vantagem* de sua utilização, pode-se apontar **(i)** o conhecimento do valor total do empreendimento; **(ii)** o pagamento pode ser feito por parcelas pré-fixadas; **(iii)** a Administração já pode disponibilizar a quantia de recursos necessários à execução. O *pressuposto de utilização* é o perfeito conhecimento da obra, logo, o instrumento convocatório deverá conter **(i)** a natureza e quantitativo dos trabalhos; e **(ii)** os custos dos materiais e mão de obra. Portanto, caso a Administração conheça os quantitativos do objeto, poderá se utilizar da *empreitada por preço global* ou da *empreitada integral*.<sup>42</sup>

Segundo as lições de Renato Geraldo Mendes, a essência dos contratos administrativos está na relação entre: *encargo x remuneração*. O *encargo* é a obrigação assumida, ao passo que a *remuneração* é a contrapartida financeira que será recebida. O *encargo* é mensurado de forma *qualitativa* (o que terá que fazer) e

---

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. Malheiros, São Paulo: 2009, p. 676-677.

<sup>40</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 291.

<sup>41</sup> Sobre uma crítica às medições, Cf.: MÂNICA, Fernando Borges; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Contratos de obra: critério de medição, pagamento e inconsistências no projeto básico. **Revista de Contratos Públicos**. n. 6. (set. 2014/fev. 2015). Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 85-97.

<sup>42</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 236-237.

*quantitativa* (quanto terá que fazer).<sup>43</sup> Se há conhecimento *quantitativo e qualitativo*, utiliza-se da *empreitada por preço global*. Se há *imprevisão quantitativa*, utiliza-se da empreitada por preço unitário,<sup>44</sup> ante a indefinição das quantidades demandáveis na execução, ocasião em que a remuneração se dará por preço unitário das unidades autônomas - por metros, metros quadrados, metros cúbicos e etc.<sup>45</sup>

Há quem postule que na empreitada por preço global, o contratado assumiria o risco da imprecisão nos quantitativos, pois deveria detectar eventuais equívocos no dimensionamento. Todavia, não é o que a Lei prevê. Pelo contrário, o artigo 47 dispõe que o instrumento convocatório deve propiciar aos licitantes o completo conhecimento do objeto.<sup>46</sup> Ademais, rever o projeto básico no período entre a publicação do edital e a apresentação da proposta é tarefa quase impossível, além de muito custosa, o que afastaria diversos interessados.<sup>47</sup>

Na empreitada por preço global, o projeto básico deve ser suficiente, preciso e adequado quanto aos quantitativos. Havendo modificação destes *encargos*, a *remuneração* deverá ser proporcional.<sup>48</sup> Logo, é descabido imputar ao contratado o risco pela inexatidão do projeto.<sup>49</sup> O Tribunal de Contas da União<sup>50</sup>, pela leitura do artigo 13, inciso II do Decreto nº. 7.983/2013<sup>51</sup> já entendeu que não caberá termo

---

<sup>43</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O Regime Jurídico da Contratação Pública**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 135-137.

<sup>44</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O Regime Jurídico da Contratação Pública**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 136.

<sup>45</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 239-240.

<sup>46</sup> Art. 47. Nas licitações para a execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação.

<sup>47</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 976-978.

<sup>48</sup> Neste sentido: A ampliação dos encargos dos contratos de obra pública celebrados com a Administração Pública deve ser acompanhada do aumento proporcional da remuneração, a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro da contratação (STJ. REsp 585.113-PE, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 5.4.2005).

<sup>49</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 238.

<sup>50</sup> TCU. Acórdão nº. 1.977/2013-Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo.

<sup>51</sup> Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços: II - deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação e as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite previsto no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

aditivo no caso de pequenas variações. Doutro bordo, se houverem variações relevantes e substanciais, será cabível.

Superados os regimes de *preço unitário e global*, passa-se à análise da *empreitada integral*, que se assemelha à empreitada por *preço global*. Aqui, a Administração domina os *aspectos quantitativos e qualitativos do objeto*, todavia, na *empreitada integral* há uma ampliação da responsabilidade do contratado, que deve entregar o empreendimento pronto e acabado, o que envolve **(i)** minúcia do projeto; **(ii)** detalhamento da execução e **(iii)** amplitude do encargo.<sup>52</sup> Em certo grau, aproxima-se dos modelos britânicos de *design and build* (ou *turn key*), por ser um *contrato de objeto plúrimo ou misto*, “abrangendo tecnicamente a execução de trabalhos típicos de empreitada, a execução de tarefas próprias de prestação de serviços e fornecimento de bens equipamentos móveis para colocação da obra em funcionamento”, e ainda, “a celebração e administração de todos os contratos necessários à integral disponibilidade do empreendimento”.<sup>53</sup>

Por essas características, o instrumento convocatório deve prever grande *quantidade de meios* para alcançar o *objeto* - o que pode causar dificuldades à Administração. Neste modelo também não há assunção de riscos por imprecisão de quantitativos ou inexatidão do projeto. Todas as obrigações de meio continuam a cargo da Administração. As *vantagens* desta *empreitada* são eficiência, redução de prazos e negócio unitário. As *desvantagens* são os custos *ex ante*, no detalhamento do projeto e do edital, que requer a concepção de inúmeras soluções.<sup>54</sup>

## 2.2. O PLANEJAMENTO E A ESTRUTURAÇÃO DO PROJETO

Independente do regime de empreitada adotado, a Lei fixa em seu artigo 7º uma ordem dos atos para a consecução do projeto: **(i)** projeto básico; **(ii)** projeto executivo;<sup>55</sup> **(iii)** execução das obras ou serviços. Cada etapa deve ser precedida da conclusão e aprovação da etapa anterior, à exceção do projeto executivo, que pode

<sup>52</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 241.

<sup>53</sup> MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 173.

<sup>54</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 242.

<sup>55</sup> Os conceitos de projeto básico e executivo são firmados pelos incisos IX e X do artigo 6º da Lei, respectivamente.

ser desenvolvido concomitantemente ao objeto (art. 7º, §1º). Sendo assim, a Lei nº. 8.666/93 obriga que o *projeto básico* esteja concluído, aprovado e disponível aos interessados e haja também detalhamento de todos os custos da obra, constando como anexo do edital do certame (art. 40, inciso IV).

Ao planejar o empreendimento, a Administração deve considerar o estudo de todas as variáveis envolvidas, comparando as alternativas e verificando a viabilidade técnica e econômica, as estimativas de custos, os recursos disponíveis e confeccionando anteprojetos.<sup>56</sup>

No momento inicial é necessário identificar uma *necessidade* a ser satisfeita, como por exemplo: carência de energia, reforma de rodovias, pontes, prédios públicos e etc. Identificada a *necessidade*, cabe à Administração escolher, dentre as soluções de engenharia cabíveis ao caso concreto, como satisfazê-las.

Para dar traços reais à dificuldade que a Administração pode enfrentar na *concepção* do objeto, atinente aos aspectos *qualitativo* e *quantitativo*, basta imaginar a construção de um hospital e todas as minudências que deverão estar descritas no projeto básico, que perpassam desde a estrutura física da obra, que deve se adaptar às necessidades a serem atendidas por aquela unidade, até a descrição adequada da aparelhagem especializada que será empregada.<sup>57</sup>

Por isso, muitas vezes a descrição da obra contém vícios que oneram as partes, em razão de **(i)** falhas de levantamento de quantitativos; **(ii)** especificações insuficientes; **(iii)** elaboração de estudos por profissionais não qualificados; **(iv)** necessidade de correção em elementos de fundação, haja vista o caráter amostral do subsolo, obtido por sondagens.<sup>58</sup>

Antes da confecção do projeto básico, há uma etapa de *estudos preliminares* das alternativas, que deve abranger, em regra, análises de **(i)** viabilidade técnica; **(ii)** viabilidade econômica e **(iii)** avaliação dos impactos ambientais. Os *estudos preliminares das alternativas* possibilitam que a Administração sopesse as vantagens e desvantagens de cada uma. Posteriormente, analisa-se a viabilidade jurídica e

---

<sup>56</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas**: licitação, contratação, fiscalização e utilização. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 58.

<sup>57</sup> Sobre as dificuldades enfrentadas pela Administração na elaboração do Projeto Básico, são recorrentes as manifestações do TCU, destacando inadequações no instrumento convocatório. Conferir: TCU. Acórdão nº. 77/2002-Plenário. Rel. Min. Adilson Motta; TCU. Acórdão nº. 24/99-Plenário. Rel. Min. Adilson Motta; TCU. Acórdão nº. 90/2002-Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira.

<sup>58</sup> MARIA, Paulo Ernesto Pfeifer Santa. **Preço Global em Obras Públicas**: Licitações e Projeto Básico. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 62-63.

financeira de cada solução. No passo seguinte, avalia-se o grau de complexidade do objeto: se for de alta complexidade é comum que seja confeccionado o *anteprojeto*<sup>59</sup> de cada uma das alternativas – que precede o projeto básico.<sup>60</sup>

Em um empreendimento complexo, o *anteprojeto* é fulcral, pois serve de subsídio para a *confeção* (por parte da Administração) ou *contratação* do projeto básico (junto à iniciativa privada). Todavia, em contratações mais simples os estudos preliminares serão suficientes para *confeção* ou *contratação* do projeto básico.

De posse do projeto básico, com todas as suas características cristalizadas pela Lei nº. 8.666/93, a Administração está autorizada a encadear os atos necessários à licitação do empreendimento, no qual ao contratado só restará a tarefa de executor, sem exercer nenhum papel de integração intelectual no objeto, pois toda a concepção já se encontrará descrita no instrumento convocatório.

Entretanto, é natural que a Administração não possua a expertise técnica para a elaboração completa dos *estudos preliminares*, do *anteprojeto* ou do *projeto básico*, sendo comum que antes da licitação *principal* (para contratação do empreendimento), seja realizada uma *licitação prévia* (para a confecção de qualquer dessas etapas internas de planejamento e concepção).<sup>61</sup>

Marçal Justen Filho ressalta que “em qualquer das fases, a Administração poderá identificar a ausência de conhecimento técnico ou de informações de qualquer ordem, indispensáveis ao desenvolvimento satisfatório da atividade administrativa”.<sup>62</sup> É legítimo à Administração solicitar informações ao setor privado, uma vez que essa conduta possa eliminar a litigiosidade no processo futuro e sanar defeitos não identificados na abordagem do objeto realizada pelos órgãos da

---

<sup>59</sup> O anteprojeto pode ser definido como uma peça prévia necessária e fundamental para se obter um projeto básico. (ALTOUNIAN, Cláudio; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 257.)

<sup>60</sup> Conforme já salientado, a definição legal de projeto básico é dada no inciso IX do artigo 6º e suas alíneas. Trata-se de documento técnico que caracteriza todo o objeto com nível de precisão adequado, elencando serviços, materiais e soluções adotadas. Nesse sentido, o artigo 3º, alínea “f” da Resolução nº. 361/91 – CONFEA disciplina que a definição da obra, em relação a quantitativo e custos gerais deve ter precisão em torno de 15% (quinze por cento).

<sup>61</sup> A contratação de particulares para a elaboração de estudos e projetos é extraível do artigo 48 da Lei nº. 8.666/93, *in verbis*: Art. 46. Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, **em especial na elaboração de projetos**, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, **em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos**, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

<sup>62</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 222.

Administração. Sendo assim, “a decisão de promover consultas aos setores de mercado devem compreender a provocação de todos os possíveis interessados”, cabendo ao Poder Público ponderar cada colaboração, com o fito de produzir a melhor solução possível ao empreendimento.<sup>63</sup>

Portanto, a Lei nº. 8.666/93 além de balizar a contratação de um *executor* do projeto, possibilita que a iniciativa privada atue na fase interna (de *concepção*), podendo se fazer presente na elaboração de **(i)** estudos preliminares; **(ii)** do anteprojeto; ou **(iii)** do projeto básico. Estas contratações podem se dar por licitação prévia, através de *concurso* ou *inexigibilidade* de licitação (art. 13, inciso I e §1º). Entretanto, o artigo 9º, inciso I da Lei veda que o autor do projeto básico ou executivo participe do certame.<sup>64</sup> Em assim sendo, aquele que confeccionar o anteprojeto ou os estudos preliminares poderá concorrer à execução do projeto.

A proibição tem o escopo de segregar as funções de *concepção* (*design*) e *execução/construção* (*build*), a pretexto de evitar que a iniciativa privada escolha os meios executivos que melhor irão se amoldar à sua proposta.<sup>65</sup>

Em que pese a Lei nº. 8.666/93 pretenda segregar as funções de concepção (*design*) e execução/construção (*build*), o artigo 46, §3º<sup>66</sup> autoriza que o licitante ofereça soluções à Administração em sua proposta, quando o contrato envolver obras de grande vulto, que dependam de tecnologia sofisticada e de domínio restrito de mercado. Sinaliza-se, assim, a existência de um regime *design and build* (concepção-construção), ainda que de forma tímida. Neste caso, por meio de

---

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 223.

<sup>64</sup> A proibição do autor do projeto não poder executá-lo não é exclusivamente brasileira. Exemplificativamente, nos Estados Unidos, até 1995 a Administração não poderia celebrar um contrato de empreitada com a empresa que tivesse concebido o projeto. (MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitadas de obras públicas**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 125). No ordenamento norte-americano, atualmente, a contratação *design and build* está prevista na *Subpart 36.3* do *Federal Acquisition Regulation – FAR*, “*Two-phase Design-Build Selection Procedures*”.

<sup>65</sup> Nesta lógica, Carlos Ari Sundfeld adverte que o contrato de obras vigente na Lei Geral de Licitações, busca rigidez no procedimento, sem atribuir responsabilidades de gestão aos particulares. SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 22-23.

<sup>66</sup> Art. 46 (...) § 3º Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

juízo por melhor técnica ou técnica e preço, realiza-se a ponderação entre soluções e alternativas que possam impactar no desempenho do empreendimento.

Neste ensejo, mediante devida fundamentação técnica, nota-se a abertura para que os atores privados concorram na *concepção de diferentes soluções*, de modo que a Administração escolha aquela que se demonstre mais vantajosa, ponderados requisitos como qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade.

### 2.3. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Conforme dito, a essência do contrato administrativo está na relação entre: *encargo x remuneração*. O *encargo* é a obrigação assumida, ao passo que a *remuneração* é contrapartida financeira que será recebida. O *encargo* é mensurado de forma *qualitativa* (o que terá que fazer) e *quantitativa* (quanto terá que fazer).<sup>67</sup> Essa relação forma a equação econômico-financeira do contrato, que pode ser extraída da dicção do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, já que *as condições da proposta devem ser mantidas*.<sup>68</sup>

Há um *equilíbrio* entre (i) obrigações assumidas e (ii) compensações econômicas – conjunto de direitos x conjunto de encargos. Esse *equilíbrio* consubstancia uma *equação intangível*, protegida pelo direito. Assim se faz por que o lucro do contratado há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, mesmo que o objeto se modifique, já que “o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contraentes deve equivaler ao das vantagens prometidas pelo outro”.<sup>69</sup>

Marçal Justen Filho destaca que a intangibilidade da equação econômico-financeira “é a garantia ofertada ao particular de que não correrá risco quanto a eventos futuros, incertos e excepcionais. Essa proteção produz a redução geral dos preços pagos pelo estado no conjunto global de suas contratações”.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O Regime Jurídico da Contratação Pública**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 135-137.

<sup>68</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 239.

<sup>69</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 635-637.

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 525.

Considerando-se que o contrato é formado por um equilíbrio entre *encargo e remuneração*, a proteção desta *equação* se manifesta em diversas situações, conforme elenca o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>71</sup>:

**a) Agravos econômicos oriundos da alteração unilateral do contrato:** conforme autoriza o artigo 65, inciso I da Lei nº. 8.666/93, a Administração tem o poder de modificar unilateralmente o contrato em determinadas situações, seja para modificar o projeto, seja para acrescentar ou diminuir quantitativos do objeto. Entretanto, o §6º do mesmo artigo descreve que “em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.<sup>72</sup>

**b) Agravos resultantes de medidas tomadas sob titularidade jurídica diversa:** é o que se denomina *fato do príncipe*, que diz respeito a atos jurídicos e materiais que repercutem sobre o contrato, efetuados por quem o celebrou, mas agindo em qualidade diversa, não de contratante. Nessa hipótese, o artigo 65, inciso II, alínea “d” assegura o equilíbrio-econômico financeiro do contrato.<sup>73-74</sup>

**c) Agravos em razão de fatos imprevisíveis por forças alheias aos contratantes:** neste cenário, há situações que geram convulsões à economia do contrato, dando direito ao reequilíbrio-econômico financeiro, por força do artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº. 8.666/93. Trata-se da *Teoria da Imprevisão* (princípio da cláusula *rebus sic stantibus*)<sup>75</sup> que abarca “circunstâncias que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, e modificam profundamente sua

---

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 637-639.

<sup>72</sup> Ainda, o artigo 58, inciso I da Lei, prescreve que a Administração pode modificar os contratos “unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, **respeitados os direitos do contratado**”. Por sua vez, o §2º dispõe que “na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

<sup>73</sup> O fato do príncipe, portanto, ocorre diante de uma determinação geral do Poder Público, que onera excessivamente o contrato. É geral porque não se destina a ninguém em particular, mas a todos que estejam sob dada situação abstrata. Por exemplo, cita-se o aumento de impostos, que onera excessivamente o contrato (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1037-1038).

<sup>74</sup> Hely Lopes Meireles, por sua vez, define que “Fato do príncipe é toda determinação positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo”, sendo intolerável e impeditiva da execução do ajuste. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 222-223).

<sup>75</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 639.

economia, dificultando sobremaneira sua execução (...)", logo, a Administração teria o dever de ajudar o contratado a enfrentar a dificuldade surgida.<sup>76</sup>

Hely Lopes Meirelles aduz que os novos eventos devem ser *imprevistos* e *imprevisíveis* e não imputáveis às partes, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, somente havendo *reequilíbrio* na ocorrência de álea econômica extraordinária e extracontratual, que afete acentuadamente a *equação* posta.<sup>77</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, destaca que para a aplicação da teoria, são necessários três requisitos, a saber: **(i)** que o prejuízo resulte de vontade alheia ao comportamento das partes; **(ii)** que o evento seja imprevisto e imprevisível; e ainda, **(iii)** que o prejuízo seja significativo, convulsionando gravemente a economia do contrato. Todavia, reconheceu-se que a instabilidade é normal e previsível, de modo que a teoria da imprevisão serve de instrumento para retornar à situação original do contrato, por meio de cláusulas de reajuste.<sup>78</sup>

**d) Agravos devidos a sujeições imprevistas:** são dificuldades que as partes não puderam prever, causando carga grave e anormal ao contrato, havendo direito à indenização total pelo ônus suportado. *As sujeições imprevistas* se diferem da *teoria da imprevisão*, pois esta diz respeito a circunstâncias econômicas, ao passo que a primeira advém de fatos materiais e técnicos,<sup>79</sup> anteriores à contratação, mas revelados em momento posterior – ou seja, o problema é desconhecido e não superveniente.<sup>80</sup> Encaixa-se nos termos do artigo 65, inciso II alínea “d” da Lei nº. 8.666/93, ao passo que o fato (o conhecimento) é superveniente, imprevisível ou de consequências incalculáveis, “cuja revelação impossibilita a manutenção das condições pactuadas inicialmente”.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 274-275.

<sup>77</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 222.

<sup>78</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 646-647.

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 639.

<sup>80</sup> Por exemplo, uma falha geológica que inviabilize a execução da obra como originariamente projetada.

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 525.

Por último, cita-se o *caso fortuito* e a *força maior*<sup>82</sup>, que “por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, criam ao contratado a impossibilidade intransponível e normal de execução do contrato”<sup>83</sup>, o que, nos termos do artigo 78 inciso XVII da Lei, pode ser motivo para rescisão contratual.<sup>84</sup> Não sendo caso de rescisão, deve-se restabelecer a equação econômico-financeira original, nos termos do artigo 65, inciso II, alínea “d”.<sup>85</sup>

Pode-se concluir que todas as situações narradas acima fazem com que o contratado tenha direito ao reequilíbrio-econômico financeiro, ou seja, em havendo majoração de seus *encargos*, haverá também a majoração proporcional de sua remuneração. Logo, o contrato administrativo clássico é alheio à atribuição de quaisquer riscos ao contratado, sendo eles suportados pela Administração. Somente na ocorrência da chamada *álea ordinária*, que o contratado assume riscos, tratando-se de eventos que embora desfavoráveis, são previsíveis – também denominada *álea empresarial*. Todavia, mesmo para flutuações previsíveis do mercado, poderá haver previsão de reajustes contratuais.<sup>86</sup>

### 3. O NOVO MODELO DE CONTRATAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS

#### 3.1. O GIRO CONTRATUAL: DAS CONTRATAÇÕES ÀS PARCERIAS; DAS PARCERIAS ÀS CONTRATAÇÕES.

Ao indicar o “giro<sup>87</sup> contratual”, faz-se com intuito de demonstrar dois *movimentos* que explicitam o avanço dos modelos contratuais adotados pelo Estado em seu relacionamento com o setor privado. O *primeiro giro* pode ser denominado

---

<sup>82</sup> Em relação aos dois termos, pode-se considerar as seguintes definições: **(i) caso fortuito**: eventos da natureza; **(ii) força maior**: advindos da vontade humana. Neste sentido: JUSTEN FILHO, 2012, p. 525. MEIRELLES, 1994, p. 221. NIEBUHR, 2015, p. 1037.

<sup>83</sup> Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr também destaca que ambos são eventos imprevisíveis, que os contratantes não poderiam evitar. (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1037).

<sup>84</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 221.

<sup>85</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 545.

<sup>86</sup> NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 445-446.

<sup>87</sup> Empresta-se a ideia dos “dois giros” de Gustavo Binbenbojm, quando disserta em sua obra sobre **(i) o giro democrático constitucional** e **(ii) o giro pragmático**, pelos quais pretendeu demonstrar as transformações que afetarem o direito administrativo, sobremodo após a segunda grande guerra. (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p.37-68).

“das contratações às parcerias”, que demonstra a passagem da utilização dos contratos administrativos clássicos aos modelos de *desestatização* – longos, dinâmicos, incompletos, colaborativos e com obrigações de resultado<sup>88</sup>. O *segundo giro*, “das parcerias às contratações”, ocorre com a absorção de experiências colhidas dos modelos de *desestatização* e aplicadas aos contratos clássicos.

Esses movimentos refletem as mudanças nas concepções de Estado e sua função perante a sociedade. Há tempos que Gomes Canotilho já alertava para a inadequação do modelo burocrático, que levou à discussão dos modos e meios de realizar as tarefas do Estado, admitindo-se que “o exercício de tarefas públicas por privados não significará sempre uma verdadeira retirada do Estado, mas tão somente a escolha de outra forma de prossecução de tarefas públicas”.<sup>89</sup>

As necessárias mudanças contribuíram à evolução dos contratos administrativos, que caminharam para uma maior liberdade da Administração em escolher seus contratados. O contratado passa a ser um parceiro, colaborador. Por isso, foram atenuadas as imposições unilaterais, utilizando-se de módulos consensuais, da chamada *administração concertada*,<sup>90</sup> que Floriano de Azevedo Marques Neto trata como uma relação público-privada marcada: **(i)** pela convergência de interesses entre a Administração e o privado; e **(ii)** pela decisão de efetivar interesses comuns por intermédio de um arranjo jurídico.<sup>91</sup>

Seguindo este avanço, as concessões de serviços públicos ganharam força, demarcando um momento em que o Estado se retira da condição de prestador direto de um serviço público, que passa a ter a execução privada. Deste modo, “o Estado deixou, assim, a responsabilidade de prestação ou de execução direta de serviços e assumiu uma nova responsabilidade perante a atividade, a ‘responsabilidade de regulação’, direcionada a disciplinar o modo como os agentes privados vão prestar

---

<sup>88</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que a Administração Pós-Moderna tende a seguir uma *juridicidade finalística*, a procura de *resultados concretos*, de modo que a preocupação sai do controle rígido das formas, para abordar o *agir estatal em função dos resultados*, havendo uma maior participação da sociedade no *planejamento* e no *controle dos resultados*, quebrando um agir unilateral, soberano e meramente burocrático do Estado. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 178-179).

<sup>89</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 713-717.

<sup>90</sup> MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 208-209.

<sup>91</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e o Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 394-395.

os serviços, tanto aqueles de sua titularidade quanto os de titularidade estatal”.<sup>92</sup> Surgem então os empreendimentos concessionários, consubstanciados através de concessões comuns e das parcerias público-privadas, amparadas por *modelos contratuais dinâmicos*, sob uma lente diversa dos *contratos estáticos*.

Essas concessões, como já dito, se concentram na figura das *concessões comuns* (Lei nº. 8.987/95) e das *parcerias público-privadas* (Lei nº. 11.079/2004), além de outras legislações setoriais. Todos esses modelos, todavia, apresentam uma natureza de *parceria*.<sup>93</sup>

Na linha de Fernando Vernalha Guimarães a ideia de *Parceria (em sentido amplo)* se refere à avença determinada por escopos comuns a serem atingidos pelas partes em prol da partilha de resultados, tendo natureza associativa e organizacional, de modo que seu ingrediente determinante será sua estruturação econômico-financeira. Num amplo sentido, *parceria* visa designar ajustes entre a Administração e os privados com prazos alongados e distribuição de riscos, envolvendo responsabilidades de gestão de escopos de interesse coletivo.<sup>94</sup> Em assim sendo, a demarcação do tema tem envolvido **(i)** a participação de organizações, entidades ou empresas parceiras na execução de tarefas públicas; **(ii)** distribuição de riscos; **(iii)** cooperação de longo prazo e **(iv)** soma de esforços.

No geral, a concepção de *parceria público-privada* (sentido amplo) surgiu na Europa com os modelos *design and build*, abarcando variadas tipologias contratuais em setores como infraestrutura rodoviária e ferroviária; defesa; saúde; aeroportos; abastecimento de água; tratamento de resíduos; prisões; escolas; portos e instalações desportivas. Nos Estados Unidos, alguns autores apontam o surgimento do termo pela assunção conjunta de setores público e privado dos custos de programas educacionais nos anos 50; e nos anos 60 com o surgimento de *joint-ventures* público-privadas para remodelações urbanas.<sup>95</sup> No ambiente

---

<sup>92</sup> MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria Jurídica da Privatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 35.

<sup>93</sup> A parceria público-privada surgiu como um importante meio de financiamento privado de projetos de infraestrutura. Todavia, esse financiamento é pago pelo setor público ou pelos usuários, diluídos num contrato de longo prazo, o que demanda um cuidado com o orçamento e, por consequência com a própria sustentabilidade do projeto. (RADAR PPP. **Guia prático para estruturação de programas e projetos de PPP**. São Paulo: 2014, p. 27-30).

<sup>94</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: Parceria Público-Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42-48.

<sup>95</sup> O que no Brasil seria comparável com as Concessões Urbanísticas ou as Operações Urbanas Consorciadas, presente no Estatuto das Cidades (art. 32, Lei nº. 10.527/2001).

estadunidense, o termo PPP também é utilizado para designar a prestação privada de serviços sociais por entidades sem fins lucrativos (aos moldes das parcerias com o terceiro setor no ambiente brasileiro).<sup>96</sup> Na Inglaterra, a *Private Finance Initiative* (PFI) é apontada como a origem das PPP's (*sentido estrito*), por meio das quais se buscou o financiamento de infraestruturas públicas com fundos privados, conforme ocorreu em projetos do Serviço Nacional de Saúde. Os PFI foram implantados via complexos projetos de financiamento (*Project Finance*), trazendo a lume fundamentos como **(i)** gestão de riscos e **(ii)** *Value for Money* (VfM)<sup>97, 98</sup>.

Evidente, portanto, que ao lado dos *contratos clássicos*, marcados pelas obrigações de meio, pelas cláusulas exorbitantes e pelo equilíbrio econômico-financeiro lastreado na teoria das áleas, houve um intenso movimento para a utilização das *parcerias*, com obrigações de resultado, divisão objetiva de riscos e cooperação mútua no cumprimento de objetivos de interesse público. Este *primeiro movimento*, pode ser caracterizado como o *primeiro giro* – das contratações às parcerias. Doutro bordo, houve a absorção de experiências e práticas adotadas nas parcerias, repassando-as aos contratos administrativos por meio dos modelos *design and build*, que a despeito de habitarem o regime contratual clássico, sofrem fortes influxos das parcerias, como a divisão de riscos, as obrigações de resultado e a soma de esforços para alcance de padrões pré-definidos. Há então, um *segundo movimento*, caracterizando o *segundo giro* – das parcerias às contratações. O fato é que os *contratos de concepção-construção* carecem de uma lógica própria, que não se confundem com os contratos clássicos, tampouco com as concessões.

Nos próximos tópicos, desta maneira, será feito um esforço para acrescentar alguns tijolos na construção de um conhecimento próprio a estes modelos, que não mais podem ser vistos como mera “contratação sem projeto básico”.

---

<sup>96</sup> Avenças representadas pelos **(i)** Contratos de Gestão com Organizações Sociais; **(ii)** Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; **(iii)** Parcerias firmadas com as Organizações da Sociedade Civil e **(iv)** os Convênios firmados com entidades sem fins lucrativos. Sobre o tema, Cf.: MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de Serviços de Assistência à Saúde pelos Municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>97</sup> *Value For Money* é a demonstração de qualidade e preço, de modo a justificar quanto custaria se somente o Setor Público fosse responsável por construir as infraestruturas, geri-las e prestar o serviço. Afere-se se há vantagem ou não na adoção da PPP, considerando a quantificação da transferência dos riscos ao parceiro privado, que irá precificar-los como custo de transação.

<sup>98</sup> MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitadas de Obras Públicas: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 237-370.

### 3.2. RDC E CONTRATAÇÃO INTEGRADA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

Entre os *contratos clássicos* e as *parcerias*, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro os modelos que podem ser designados como contratos de concepção-construção (*design and build contracts*).<sup>99</sup> O termo tem raiz nos contratos de empreitadas do Reino Unido, onde também significou uma mudança no panorama vigente. Nestes contratos, o executor é responsável pelo planejamento e pela concepção técnica e arquitetônica da obra.<sup>100</sup> No Brasil, o RDC foi pioneiro neste campo, ao introduzir a *contratação integrada*.<sup>101</sup> O RDC (disposto na Lei nº. 12.462/2011<sup>102</sup> e regulamentado pelo Decreto nº. 7.581/2011) surgiu para ser aplicado, exclusivamente, às obras relacionadas à Copa das Confederações, à Copa do Mundo FIFA 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016. Posteriormente, seu âmbito de incidência foi ampliado, via Medidas Provisórias, a uma série de objetos que constam nos incisos do artigo 1º da Lei.

No impulso de dar novos ares à atividade contratual do Estado, o RDC teve como mote a *ampliação da eficiência e a promoção à troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público*. Sendo assim, o legislador buscou maior dinâmica na integração público-privada, principalmente através da *contratação integrada*<sup>103</sup> – um dos regimes de empreitada previstos no artigo 8º e disciplinado no artigo 9º.

---

<sup>99</sup> MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitadas de Obras Públicas**: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público. Coimbra: Almedina, 2014, p. 184-185.

<sup>100</sup> MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitadas de Obras Públicas**: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público. Coimbra: Almedina, 2014, p. 179-186.

<sup>101</sup> O RDC trouxe ao texto inovações já presentes no pregão, como inversão de fases, unificação da etapa recursal ao final do certame, modos de disputa aberto e fechado, não obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado, etc. A contratação integrada, por seu turno, é o ponto de maior discórdia do RDC, sendo, inclusive, alvo de duas ADI's (nº. 4.645 e nº. 4.655).

<sup>102</sup> A Lei foi resultado da conversão da Medida Provisória nº. 527/2011.

<sup>103</sup> Bom lembrar que o *regime de contratação integrada* estava previsto no Regulamento da Petrobrás (Decreto nº. 2.745/93), no qual seu item 1.9 previa que: 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. Marçal Justen filho, alerta, todavia, que a *contratação integrada* deve ser utilizada com moderação, pois nem a Petrobrás utilizava o modelo sem os devidos cuidados, mesmo atuando em setores diversos, envolvendo atividades de grande complexidade e sem paralelo na experiência usual e comum nas atividades de engenharia (imagina-se as atividades de extração em áreas de pós-sal e pré-sal, nos blocos marítimos concedidos) (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 180).

A *contratação integrada* é exceção, sendo utilizada mediante justificativa técnica e econômica<sup>104</sup> (art. 9º, caput), que o objeto envolva: **(i)** inovação tecnológica ou técnica; **(ii)** possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou **(iii)** possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito do mercado – pelo menos um dos requisitos deve ser preenchido.<sup>105</sup>

A contratação integrada tem como cenário o fracasso da Administração na elaboração de seus projetos, que após infundáveis termos aditivos, terminavam com preços e prazos muito além dos calculados. No entanto, a prática de atribuir o projeto básico ao contratado já era prevista no ordenamento brasileiro, o que pode ser observado no inciso XV do artigo 18 da Lei nº. 8.987/95, ao prescrever que a licitação deve ser acompanhada por “elementos do projeto básico”.<sup>106</sup> Assim, a *contratação integrada* se aproxima, em certa medida, dos empreendimentos concessionários, ante a assunção de riscos pelo particular, que se compromete a adotar soluções para que o objeto seja entregue em condições de funcionamento.<sup>107</sup>

Essa formatação transfere ao empreiteiro não apenas a execução da *infraestrutura*, mas a elaboração da concepção a ser executada.<sup>108</sup> Sendo assim, na contratação integrada a Administração deve realizar os *estudos preliminares* e *consolidar o anteprojeto de engenharia*. Se a estrutura administrativa não for dotada

---

<sup>104</sup> Nesse talante, é possível notar que o Tribunal de Contas da União tem posições firmes quanto à utilização da *contratação integrada*: A opção pelo regime de contratação integrada exige, nos termos do artigo 9º da Lei nº. 12.462/2011, que haja justificativa sob os prismas *econômico* e *técnico*. No **econômico**, a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No **técnico**, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público. (TCU. Acórdão nº. 1.569/2017-Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman). **Também**: A opção pelo regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias (art. 9º, inc. II da Lei nº. 12.462/2011) deve ser fundamentada em estudos objetivos que 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. (TCU. Acórdão nº. 460/2017-Plenário. Rel. Min. André de Carvalho). **Nesse sentido**: TCU. Acórdão nº. 1.388/2016-Plenário. Relator Ana Arraes; TCU. Acórdão nº. 2.153/2015-Plenário. Rel. Min. Vital do Rêgo; TCU. Acórdão nº. 1.850/2015-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler.

<sup>105</sup> TCU. Acórdão nº. 1.510/2013-Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo.

<sup>106</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 740-743.

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 179-205.

<sup>108</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 203.

de capacidade técnica para a confecção destes, ambos podem ser contratos por *licitação prévia*, aos moldes da Lei nº. 8.666/93.

Trata-se de uma nova forma de contratar, pela qual se busca a utilização da *expertise* e da criatividade do particular, que irá se valer de suas melhores técnicas para a entrega de um objeto que atinja o escopo contratual. O fato a ser levado em conta é que a experiência demonstrou que a Administração não se saiu bem no papel de executar projetos adequados e confiáveis, o que resultava em excessiva oneração dos custos *ex post*.<sup>109</sup> Deve-se reconhecer o fracasso da Administração ao gerenciar as soluções do projeto básico, o que demanda novas soluções, dentre elas, a contratação integrada.<sup>110</sup>

Em certa medida, ao passo que o regime de contratação integrada já encontra paralelo na experiência internacional, sempre houve a tendência de segregar a *concepção (design)* da *construção (build)*, todavia, ocorreu um movimento de unificação de ambas as tarefas nas empreitadas *turn key* (a exemplo da empreitada integral), que envolvem a entrega da obra em condições de ser imediatamente utilizada.<sup>111</sup>

Licínio Lopes Martins infere que apesar de outros modelos de empreitada não preverem *explicitamente* que o empreiteiro deve assumir funções de *design* (de projeto), tem-se aplicado a *teoria das condições implícitas* (ou *termos implícitos do contrato*).<sup>112</sup> Desta maneira, aceita-se que o contrato não preveja todos os detalhes de *design*, restando responsável por eles o contratado. Por isso, ficam implícitas as

---

<sup>109</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 243.

<sup>110</sup> JURKSAITINS, Guilherme Jardim. **Em defesa do RDC**. Artigo publicado em 06/09/2011 no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961\\_Guilherme\\_Jardim\\_Jurksaitis\\_-Em\\_defesa\\_do\\_RDC\\_-\\_versão\\_pa..pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis_-Em_defesa_do_RDC_-_versão_pa..pdf). Acesso em: 11.07.2018.

<sup>111</sup> MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitadas de Obras Públicas: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 181.

<sup>112</sup> Para elucidar a questão posta na teoria, veja-se o artigo 350 do Código de Contratos Públicos – CCP, de Portugal: Art. 350. Na falta de estipulação contratual, o empreiteiro tem obrigações de realizar todos os trabalhos que, por natureza, por exigência legal ou segundo o uso corrente, sejam considerados como preparatórios ou acessórios à execução da obra, designadamente: a) trabalhos de montagem, construção, manutenção, desmontagem e demolição do estaleiro; b) trabalhos necessários para garantir a segurança de todas as pessoas que trabalhem na obra ou no respectivo local, incluindo o pessoal dos subempreiteiros e terceiros em geral, para evitar danos nos prédios vizinhos e para satisfazer os regulamentos de segurança, higiene e saúde no trabalho e de polícia das vias públicas; c) trabalhos de restabelecimento, por meio de obras provisórias, de todas as servidões ou serventias que seja indispensável alterar ou destruir para execução dos trabalhos e para evitar a estagnação das águas que os mesmos possam originar; d) Trabalhos de construção dos acessos ao estaleiro e das serventias internas deste.

obrigações de “bom acabamento”. Se os trabalhos e materiais a serem utilizados não forem previstos no contrato, pressupõe-se como *termos implícitos*, sendo eles razoáveis e adequados para a finalidade desejada. Isto significa que o empreiteiro acaba sendo responsável pelo *design* dos elementos remanescentes, embora não se esteja *explicitamente*, utilizando-se de uma empreitada de *concepção-construção* (*design and build*).<sup>113</sup>

Entre as inovações contratuais que surgiram no âmbito das empreitadas de obras públicas, apontam-se três tipologias: **(i)** Contrato “chave na mão” (*turn key/package deal contract*): correspondente à *empreitada integral*, onde o objeto é a entrega do empreendimento pronto para ser utilizado; **(ii)** Contrato de concepção-construção (*design and build contracts*): correspondente à *contratação integrada*, na qual o contratado é obrigado a conceber soluções do projeto. Esta empreitada é utilizada em execuções mais exigentes do ponto de vista técnico, de trabalhos e materiais específicos; **(iii)** Contrato para a elaboração de elementos específicos do projeto (*contractor’s design for specific elements only*): trata-se de serviços que são delimitados a fatias do projeto.<sup>114</sup>

No Reino Unido os *design and build contracts* foram aliados a um método de financiamento do próprio projeto, pelo qual o contraente privado arcava parcialmente ou integralmente com os custos do projeto, o que funcionava como um empréstimo do empreiteiro ao poder público. Na Inglaterra, como já citado, tratou-se do *private finance initiative – PFI*.<sup>115</sup> Ainda no cenário internacional, a contratação integrada tem similaridade com o denominado *Engineering, Procurement and Construction Contract/EPC*.<sup>116</sup>

Como dito, a *contratação integrada* é similar à *empreitada integral*, pois ambos os empreendimentos serão realizados como *turn key*, entregues prontos para

---

<sup>113</sup> MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitadas de Obras Públicas**: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público. Coimbra: Almedina, 2014, p.181-182.

<sup>114</sup> MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitadas de Obras Públicas**: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público. Coimbra: Almedina, 2014, p. 184-185.

<sup>115</sup> MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitadas de Obras Públicas**: o modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público. Coimbra: Almedina, 2014, p. 343.

<sup>116</sup> Por meio de um EPC, o empreiteiro (epcista), incumbe-se da confecção integral do projeto (*design*) e da execução da obra, da prestação e administração de todos os serviços de engenharia associados, com a responsabilidade pela entrega de um empreendimento integralmente pronto, equipado e testado, sob um modelo *turn-key*. (...) O contratado assumirá a responsabilidade pela entrega de um empreendimento pronto e testado, arcando com as consequências (econômicas, inclusive) das ineficiências em relação ao seu funcionamento. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**: A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 246-247.

entrar em operação, havendo uma assunção de responsabilidades do contratado perante fornecedores de serviços e materiais necessários à *infraestrutura*. A medição e o pagamento ocorrerão em função das etapas do empreendimento, não de unidades determinadas, conforme a empreitada por preço unitário.<sup>117</sup>

A principal peculiaridade da *contratação integrada* consiste em atribuir ao vencedor da licitação o encargo de elaborar o projeto básico do empreendimento.<sup>118</sup> A Administração apenas tem o dever de anexar ao instrumento convocatório o *anteprojeto de engenharia*, que traça linhas gerais da obra. Todavia, deve haver um estudo prévio das soluções tecnicamente viáveis, tomando a mais barata como orçamento estimado.<sup>119</sup>

Nessa perspectiva, a principal inovação do RDC consistiu no rompimento da proibição imposta pelo artigo 9º, inciso I da Lei nº. 8.666/93 (que proíbe que o autor do projeto básico participe da licitação).

Em suas propostas, os licitantes apresentarão as *soluções para o projeto básico*. Pela leitura do artigo 9º, §1º, vê-se que o projeto básico será apresentado posteriormente à contratação do vencedor, não junto às propostas, até mesmo porque, caso assim fosse exigido, o prazo para sua confecção seria exíguo, dificultando propostas sérias. Ademais, acarretaria um ônus excessivo aos licitantes, pois a feitura de um projeto básico demanda elevado investimento, o que excluiria muitos interessados no certame.<sup>120</sup>

O projeto básico a ser apresentado, logicamente, é elaborado com base no *anteprojeto*. Para tanto, a Administração deve fornecer elementos mínimos para a elaboração das propostas, e por isso, o artigo 9º, §2º, inciso I<sup>121</sup> descreve os

---

<sup>117</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 232-233.

<sup>118</sup> É a definição contida no §1º do artigo 9º da Lei: 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.

<sup>119</sup> TCU. Acórdão nº. 2.453/2014-Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro.

<sup>120</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratações**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 255.

<sup>121</sup> I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo: a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei; c) a estética do projeto arquitetônico; e d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

requisitos mínimos do *anteprojeto* – o que foi complementado pelo artigo 74, §1º do Decreto nº. 7.581/2011<sup>122</sup>. A descrição adequada deve constituir lastro suficiente para a comparação entre as propostas, e tem escopo ainda, de evitar discussões sobre o cabimento de termos aditivos na execução contratual.<sup>123</sup>

Além da definição legal e regulamentar acerca do *anteprojeto de engenharia* (visto acima), algumas outras definições merecem ser citadas, como **(i)** a da NBR nº. 13.531/1995 (Elaboração de Projetos de Edificações);<sup>124</sup> e **(ii)** da Ibraop nº. 04/2012 (Precisão do Orçamento de Obras Públicas)<sup>125</sup>. Os autores Cláudio S. Altounian e Rafael J. Cavalcante ao definirem o *anteprojeto*, traçam alguns objetivos do instrumento, tais como **(i)** definir o objeto; **(ii)** permitir a elaboração e comparação isonômica das propostas; **(iii)** permitir a elaboração do projeto básico.

Em relação à precisão do anteprojeto, quanto mais se avançar em seu detalhamento, mais se ganhará em acurácia, todavia, a depender da situação, serão necessários mais ou menos elementos.

Quanto maior o número de “obrigações de meio” a Administração repassar ao contratado, assumindo seus riscos, mais próximo o anteprojeto estará de um projeto básico. Doutra bordo, quanto mais genérico for o *anteprojeto*, mais “obrigações de fim” serão repassadas ao particular, com a respectiva absorção de riscos – o que implica aumento do preço.<sup>126</sup>

Necessário dizer que um dos aspectos mais relevantes do *anteprojeto* é a *caracterização do terreno*, realizada com base em levantamentos topográficos e sondagens adequadas, sendo fundamental para elaboração de propostas exequíveis. Isto porque o projeto é o resultado das *condições de contorno* (o que se

---

<sup>122</sup> § 1º Deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos: I - concepção da obra ou serviço de engenharia; II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; III - levantamento topográfico e cadastral; IV - pareceres de sondagem; e V - memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.

<sup>123</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2.ed. belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 253-254.

<sup>124</sup> “Etapa destinada à concepção e representação do conjunto de informações técnicas provisórias de detalhamento da edificação e de seus elementos, instalações e componentes necessários ao inter-relacionamento das atividades técnicas de projeto e suficientes à elaboração de estimativas aproximadas de custos e de prazos dos serviços de obras implicados.”

<sup>125</sup> “Representação técnica da opção aprovada no estudo de viabilidade, apresentado em desenhos sumários, em número e escala suficientes para perfeita compreensão da obra planejada, contemplando especificações técnicas, memorial descritivo e orçamento preliminar.” Para a confecção do anteprojeto, o IBRAOP também editou a IBR nº. 006/2016.

<sup>126</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2.ed. belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 258.

pretende construir + condições ambientais) somadas às *soluções técnicas* concebidas – as *soluções* são alinhadas às *condições de contorno* – o *anteprojeto* deixa margem para as soluções concebidas diante das *condições de contorno*.<sup>127</sup>

O fato é que o *anteprojeto* (e conseqüentemente a contratação integrada) somente poderá ser utilizado quando este conseguir descrever adequadamente o futuro objeto do contrato, pois quanto mais completo o projeto, mais protegido estará o interesse público.

Haverá objetos, como uma estação de esgoto, que bastará que a Administração elenque **(i)** o volume de esgoto a ser tratado; **(ii)** o local a ser instalado; **(iii)** algumas características do corpo receptor e dos equipamentos a serem utilizados – se o anteprojeto trazer essas informações, será o suficiente. Todavia, num aeroporto, haverá uma infinidade de detalhes necessários – o que tornaria inviável definir o objeto no anteprojeto.<sup>128</sup>

Outra premissa, é que a *contratação integrada*, não deve ser utilizada para obra ou serviço de engenharia cuja execução dependa de técnicas conhecidas, pressupõe-se “objetos especiais”.<sup>129</sup> A ideia é que o empreendimento seja destinado a atividades diferenciadas, próprias de uma *obra de infraestrutura*.

A *contratação integrada*, pensada para projetos complexos, é tida como *contratação de resultados* (ou de fins), ou seja, o empreendimento deve funcionar de forma eficiente, não bastando que o contratado execute aquilo que está no projeto. A *obrigação de meio* se satisfaz com a execução diligente, ao passo que a *obrigação de resultado* tem que atingir um *fim* predeterminado. Na *contratação integrada*, não basta exercitar seus melhores esforços para o cumprimento contratual; é imprescindível atingir o resultado. Por isso, caberá ao contratado mensurar meios de atingir resultados previamente estipulados no anteprojeto. Justifica-se, deste modo, quando é necessária a tecnicidade da iniciativa privada para a execução de um projeto demasiado complexo.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 259.

<sup>128</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 744-745.

<sup>129</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 744.

<sup>130</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 251-252.

As obrigações de meio são intrínsecas aos *contratos clássicos*, ao passo que as obrigações de resultado habitam o cenário das concessões. Nos contratos com obrigações de meio, em tese, os custos são mais baixos, pois a Administração assume os riscos de suas escolhas. Por outro lado, há casos em que estipular obrigações de resultado estimulam soluções mais eficientes.<sup>131</sup>

Num cenário que se pode optar pela *obrigação de meio* (demais empreitadas) ou pela *obrigação de resultado* (contratação integrada), as primeiras devem ser utilizadas sempre que a Administração dispuser de *expertise* para determinar a concepção mais satisfatória ao objeto. Todavia, em casos mais complexos, é mais vantajoso atribuir ao particular a incumbência de desenvolver as soluções, por meio de obrigações de resultado.<sup>132</sup> Um exemplo marcante foi a construção da Rodovia dos Imigrantes,<sup>133</sup> que a execução do projeto necessitou de soluções inovadoras e sem precedentes.<sup>134</sup> Caso o empreendimento fosse realizado via obrigações de meio, provavelmente seria mais caro, demorado e ineficiente.<sup>135</sup>

Para perseguir os resultados propostos, o particular é investido do poder jurídico necessário a criar a solução adequada e satisfatória, de modo que o *resultado satisfatório* deve envolver parâmetros *qualitativos* e *quantitativos*. Por isso, é fundamental que haja uma *margem de autonomia* ao contratado, pois o devedor

---

<sup>131</sup> Um levantamento feito pelo *Federal Highway Administration*, com projetos estruturados via *design and build*, mostra que, na média, o modelo permitiu reduzir o custo das obras em 2,6% e seu prazo em 14,1% sem sacrifício de qualidade. (PINHEIRO, Armando Castelar. **Um framework para analisar modelos de estruturação de projetos no setor público**. In: International Finance Corporation. Estruturação de projetos de PPP e Concessão no Brasil. 2015, p. 46).

<sup>132</sup> Por isso, o TCU é enfático ao recomendar que a *contratação integrada* deve ser utilizada diante da complexidade do objeto: Um dos pressupostos necessários para a adoção do regime de contratação integrada, no Regime Diferenciado de Contratações (RDC) é que as obras e os serviços de engenharia a serem contratados sejam de alta complexidade. A simples presença de diferenças metodológicas na execução entre as diversas soluções possíveis não justifica o uso da contratação integrada, já que praticamente todas as obras e serviços de engenharia podem ser realizados mediante alguma variação de metodologia de execução. Obras de baixa complexidade, portanto, afastam a possibilidade do uso do regime de contratação integrada. (TCU. Acórdão nº. 2.242/2014-Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz). **Neste sentido**: a Corte de Contas já decidiu que serviços de aplicação e manutenção de dispositivos de segurança e de sinalização rodoviária, apresentando baixa complexidade, não preenchem os critérios para adoção do regime de contratação integrada. (TCU. Acórdão nº. 1.888/2014-Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman).

<sup>133</sup> Para aprofundamento acerca das concessões rodoviárias, Cf.: FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>134</sup> A Rodovia dos imigrantes (SP-160), no Estado de São Paulo, possui 44 viadutos, 07 pontes e 14 túneis, em 58,5 Km de extensão, de São Paulo à Praia Grande, no litoral sul. Desde 1988, o trecho é administrado pela Empresa Ecovias dos Imigrantes, sob o Edital de Licitação nº. 15/1997, junto ao Governo de Estado de São Paulo e regulamentado pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transportes do Estado de São Paulo.

<sup>135</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 185-186.

*pode* realizar escolhas, porque *deve* atingir o resultado – e essa *autonomia*, acarreta, naturalmente a assunção de riscos.<sup>136</sup> Por esta razão, relembra-se um postulado basilar nas transações econômicas, que é a relação *riscos x remuneração*. Quanto mais riscos assumidos, maior será a remuneração desejada. Nas obrigações de resultado, a remuneração não é composta só pelos *custos*, abarcando também uma espécie de “prêmio” pelo êxito. A ideia é simples: a remuneração deve ser atraente para compensar os riscos do insucesso. Por isso, até mesmo na atividade empresarial é comum o equilíbrio entre obrigações de *meio* e de *resultado*.<sup>137</sup>

Mesmo se a Administração se julgar conhecedora de boas técnicas para a execução do objeto, constatada a *complexidade* e o *risco de insucesso relevante*, é viável repassar obrigações de resultado ao contratado. Esse repasse tende a ser economicamente eficiente, já que existe uma tendência de alto gasto *ex ante* (com estudos) e há um risco de altos gastos *ex post* (com termos aditivos em razão de modificações no projeto) – isso tudo sem garantia do resultado esperado.<sup>138-139</sup>

Relevante ainda, observar que a *contratação integrada*, deve pressupor a *indivisibilidade do objeto*, já que é uma espécie de *empreitada integral*, pressupondo a entrega de uma *infraestrutura* pronta.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> Por isso, o TCU já assentou que: Na contratação integrada do RDC, ganhos ou encargos oriundos das soluções adotadas pelo contratado na elaboração do projeto básico devem ser auferidos ou suportados única e exclusivamente pelo particular, independentemente da existência de uma matriz de riscos disciplinando a contratação. Eventuais omissões ou indefinições no anteprojeto, em regra, não ensejam a celebração de termos de aditamento contratual, pois anteprojeto não é projeto básico.(TCU. Acórdão nº. 2.591/2017-Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler) **Nesse sentido também:** TCU. Acórdão nº. 2.903/2016-Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler.

<sup>137</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 183-184.

<sup>138</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 188-189.

<sup>139</sup> A opção pelo regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias, art. 9º, inciso II, da Lei 12.462/2011, **(i)** se restringe às situações em que as características do objeto permitam que haja real competição entre as licitantes para a concepção de metodologias e tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público, no que refere a competitividade, prazo, preço e qualidade, em relação a outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global; e **(ii)** deve estar fundamentada em análise comparativa com contratações já concluídas ou outros dados disponíveis, procedendo-se à quantificação, inclusive monetária, das vantagens e desvantagens da utilização do regime de contratação integrada, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento, e sendo necessária a justificativa circunstanciada no caso de impossibilidade de valoração desses parâmetros.(TCU. Acórdão nº. 2.725/2016-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

<sup>140</sup> Nestes termos o TCU já deixou claro que nas licitações baseadas na contratação integrada do regime diferenciado de contratação (RDC) é necessária a motivação acerca da inviabilidade do parcelamento da licitação. (TCU. Acórdão nº. 1.510/2013-Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo).

O fato é que o RDC acolhe o *princípio do parcelamento*,<sup>141</sup> pois a segmentação do objeto tende a ampliar a competitividade, já que os requisitos do certame serão menos exigentes, possibilitando a participação de mais concorrentes, o que poderá propiciar ganhos econômicos para a Administração (tal premissa é também prevista no §1º do art. 23 da Lei nº. 8.666/93).<sup>142</sup>

Haverá casos, todavia, em que o parcelamento irá implicar *perda de eficiência*, recomendando-se, assim, a integralização do empreendimento, na forma de *empreitada integral* ou de *contratação integrada*. No Acórdão nº. 1.692/2004 o TCU explicitou que *do ponto de vista técnico*, determinadas soluções poderiam gerar reflexos em todo sistema contratual, ademais, haveria uma falta de coesão dos diversos contratados para com o sucesso integral do empreendimento. *Do ponto de vista econômico*, a motivação deve demonstrar ganhos de eficiência advindos da integração (concentração da execução do projeto, da obra e seu aparelhamento).<sup>143</sup>

Importante consignar que a *contratação integrada* deve ser comedida, pois a ausência de projeto básico pode ocasionar dificuldades severas na contratação: **(i)** no dimensionamento dos custos e **(ii)** nas condições objetivas de disputa, pois não há uma plena comparação entre as propostas – ambas as dificuldades podem ser combatidas com **(a)** o refino nas técnicas de orçamento e **(b)** com um bom nível de detalhamento do *anteprojeto*. Fundamental também verificar a exequibilidade das soluções apresentadas, comparando as propostas técnica e econômica.<sup>144</sup>

O fato é que a imputação de obrigações de resultados ao particular decorre da ausência de domínio de informações inerentes à melhor forma de concretizar o objeto, bem como pela dificuldade em obter tal definição por meio de uma contratação específica e prévia à execução do objeto final a ser contratado.

Pelo exposto, é necessário sopesar as peculiaridades do modelo, tais como: **(i)** a concentração de responsabilidades pelo particular, levando em conta que um dos grandes problemas gerados nas obras públicas consiste na dificuldade em aferir

---

<sup>141</sup> Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

<sup>142</sup> Art. 23 (...) § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

<sup>143</sup> TCU. Acórdão nº. 1.692/2004-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

<sup>144</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 253.

a culpa por erros advindos do projeto; **(ii)** o dever de o contratado suportar qualquer custo adicional resultante do desenho do projeto ou do inadequado planejamento da execução (*one single responsibility*); **(iii)** o aumento do custo da contratação, devido aos riscos assumidos pelo particular;<sup>145</sup> **(iv)** a delegação do *design* ao particular significa a perda de controle sobre os detalhes da execução, provocando um *trade off*; **(v)** o risco de *design down*, pois se o projeto é elaborado pela empresa, há o *incentivo* de que as soluções adotadas privilegiem a economia, em detrimento da qualidade;<sup>146</sup> **(vi)** a maior abertura na definição do objeto pode gerar uma grande diferença nas propostas dos licitantes – como mensurar o melhor design?; **(vii)** a dificuldade no dimensionamento do preço da contratação.

Por fim, a *contratação integrada* deve ser utilizada em *objetos específicos*<sup>147</sup>, cuja concepção demande incomensurável esforço à Administração, refletindo-se em altos gastos com estudos prévios, que podem ser infrutíferos na escolha da melhor solução. Sendo que qualquer erro nessa fase pode significar modificações no projeto inicial, resultando termos aditivos futuros. Logo, haverá a majoração dos preços na fase interna (com estudos) e na fase contratual (com termos aditivos e possíveis litígios). Portanto, será viável uma contratação com preço mais elevado (no momento da licitação), com vistas a diminuir despesas *ex ante* e *ex post*.

### 3.2.1. A comparação das propostas

Conforme apurado acima, uma das preocupações da contratação integrada é a *comparação das propostas*, que supostamente poderia estar prejudicada, já que os licitantes não conhecem a fundo o objeto em disputa. Neste tópico, portanto, buscam-se alguns elementos a propósito da comparação entre as propostas.

---

<sup>145</sup> Por essa razão, a Lei determina que “Se o *anteprojeto* contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com a metodologia predefinida pela entidade contratante.” (art. 9º, §5º).

<sup>146</sup> Sendo que a dificuldade em controlar as soluções adotadas advém da assimetria de informações existente entre a Administração e o Contratado, por se tratar de objetos de domínio do mercado.

<sup>147</sup> Nessa esteira, Fernando Menezes de Almeida ressalta que a formulação teórica acerca dos contratos administrativos foi reposicionada em relação ao objeto dos contratos, “com especial atenção para sua evolução em decorrência do aumento da complexidade contratual constatado no direito positivo”. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 238).

Bom alertar que a ausência dos projetos básico e executivo não afasta a necessidade de suficiente descrição, capaz de *identificar o objeto* e a *determinar as obrigações das partes* – o licitante deve saber *exatamente* quais resultados devem ser atingidos (contemplando índices que permitam avaliar o desempenho do particular). Por isso mesmo, o §2º do artigo 9º pressupõe um conteúdo mínimo ao *anteprojeto*, e o §3º, dita que “caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação de julgamento das propostas”.<sup>148</sup> Portanto, a *comparabilidade* entre as propostas depende da existência de indicadores objetivos que estas devem atender.

As preocupações aqui envolvem os dois pilares de um processo licitatório: a busca pela *isonomia* e a pela *proposta mais vantajosa*. Tais pressupostos se escoram em dois raciocínios: **(i)** sem a descrição do objeto, os licitantes partem de concepções diferentes para formular a proposta, o que faz com que estas sejam naturalmente divergentes – *gerando assim, uma quebra da isonomia*; **(ii)** sem a descrição do objeto, os licitantes podem oferecer propostas diversas – *gerando assim, uma dificuldade em mensurar a proposta mais vantajosa*. Neste cenário, busca-se avaliar como mitigar estes potenciais “problemas”.

Nos termos da Lei nº. 8.666/93, a primeira preocupação do legislador é que o certame garanta o *princípio constitucional da isonomia*.

Celso Antônio Bandeira de Mello, a propósito da *igualdade*, enumera quatro elementos para que ocorra uma discriminação em consonância com os interesses protegidos pela Constituição, a saber: **(a)** a desigualdade não pode atingir um só sujeito, de forma absoluta; **(b)** que os desequiparados sejam efetivamente distintos entre si, possuindo traços diferenciados; **(c)** que haja uma correlação entre os fatores de diferenciação e a distinção do regime jurídico; **(d)** que a correlação busque interesses constitucionalmente protegidos.<sup>149</sup> O autor, lembra ainda, que a licitação é guiada por princípios como isonomia, publicidade e respeito às condições pré-fixadas do edital – tudo isso para expurgar negócios desfavoráveis e favoritismos inconvenientes.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 190-191.

<sup>149</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 22.

<sup>150</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 2-3.

Pedro Costa Gonçalves indica que o *princípio da igualdade* abrange **(i) acesso** e **(ii) tratamento** – o que significa igualdade na *apresentação* e na *avaliação* das propostas. Outra faceta da *igualdade* é o *princípio da concorrência*, que é “princípio-tronco da contratação pública”, garantindo um tratamento igualitário aos agentes econômicos.<sup>151</sup> Ambos princípios conjugados (igualdade e concorrência), projetam outros cânones da contratação pública: comparabilidade e imodificabilidade das propostas, estabilidade objetiva (das peças do procedimento) e subjetiva (dos candidatos e dos concorrentes).<sup>152</sup>

Joel de Menezes Niebuhr lembra que a Administração, embora tenha que ser eficiente, é regida por princípios de equidade, dado que seu objeto é a coisa pública. Portanto, o cerne da licitação pública consiste em conciliar os dois extremos, não podendo haver sacrifício nem da *isonomia*, nem da *eficiência*.<sup>153</sup>

Por último, as lições de Geraldo Ataliba prescrevem que “o princípio da igualdade tem por principal função proteger e garantir a livre concorrência”, de modo que na licitação, o contrato é *objeto mediato*, ao passo que o *objeto imediato* é **(i)** a escolha do contratante; **(ii)** evitar o arbítrio e o favoritismo na escolha e **(iii)** possibilitar que a Administração escolha a melhor oferta.<sup>154</sup>

Extraíndo uma interpretação adequada à isonomia como objetivo da licitação, analise-se como a disputa se dá nos termos da contratação integrada, com base no *anteprojeto*. Lembra-se que o pressuposto à utilização da *contratação integrada* é a variação de metodologias executivas, por isso, o critério de avaliação adequado é o de *técnica e preço*. Para justificar preços superiores, outros ganhos devem existir.<sup>155</sup> Esses ganhos devem ocorrer quando o objeto permita uma disputa efetiva em termos de metodologia/tecnologia.<sup>156</sup>

---

<sup>151</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. V.1. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 332-338.

<sup>152</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. V.1. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 332-338.

<sup>153</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da Isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000, p. 69-71.

<sup>154</sup> ATALIBA, Geraldo. Licitação e igualdade entre os licitantes: princípio constitucional da isonomia e licitação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo**. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 51-90.

<sup>155</sup> O TCU já decidiu que “É possível a existência de soluções distintas para o objeto licitado, mas a consequência advinda da diferença entre elas devera ser significativa para o Ente. Se, no entanto, os serviços comportarem variações relevantes, a técnica a ser empregada pelos licitantes merecerá a devida pontuação no certame”. (TCU. Acórdão nº. 601/2011-Plenário. Rel. Min. José Jorge).

<sup>156</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 288.

Poderão ocorrer hipóteses em que as metodologias não serão comparáveis, mas os custos de implantação podem ser diferentes. Neste caso, o ganho será puramente econômico, sendo hipótese de menor preço.<sup>157</sup>

Em suma, o empreendimento deve ter *complexidade mínima* para viabilizar *ganhos* da concorrência na obtenção de soluções. Por isso, nem mesmo a modificação da Lei nº. 12.462/2011, que afastou a obrigatoriedade da licitação por técnica e preço, possibilita que objetos comuns sejam contratados por *contratação integrada*. A motivação para se utilizar da contratação integrada deve abranger: **(a)** real competição em termos de solução do projeto; **(b)** distinção relevante entre as possíveis soluções a serem apresentadas; **(c)** desconhecimento de qual seja a melhor solução técnica e/ou metodológica; **(d)** viabilidade de comparar e pontuar as diferentes soluções apresentadas.<sup>158</sup>

Os licitantes somente poderão oferecer propostas sérias se a descrição for capaz de identificar o objeto que se deseja adquirir. Para tanto, dois fatores primordiais são: **(i)** a realização de adequados estudos geológicos<sup>159-160</sup> e a **(ii)** definição do acabamento, que muitas vezes, é a parte mais cara da obra.<sup>161</sup>

Sem estes cuidados, não há possibilidade de competição entre as propostas, ferindo o princípio da isonomia, já que a ausência do projeto básico, a depender do caso, fará com que os licitantes partam de percepções distintas do objeto desejado.<sup>162</sup> Deste modo, a Administração não disporá de informações suficientes para analisar a aceitabilidade das propostas.<sup>163</sup>

---

<sup>157</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 289-290.

<sup>158</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 292.

<sup>159</sup> NIEBUHR, Joe de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 745.

<sup>160</sup> Mesmo nas hipóteses em que a legislação permite a contratação mediante anteprojeto, exige-se a elaboração de pareceres de sondagens para a caracterização do objeto, quando a definição da metodologia construtiva depender da capacidade de suporte dos solos (arts. 9º, § 2º, da Lei 12.462/2011 e 74, § 1º, inciso IV, do Decreto 7.581/2011). (TCU. Acórdão nº. 3.005/2015-Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler).

<sup>161</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 746.

<sup>162</sup> Dentre os documentos que devem acompanhar o *anteprojeto de engenharia* (art. 74, §1º do Decreto nº. 7.581/2011), dois são fundamentais à isonomia: **(i)** levantamento topográfico e cadastral – são estudos de área que permitem **(i.a)** identificação de características topográficas e **(i.b)** limites de propriedade e de posses existentes; ambas se fazem necessária para que o licitante possa alocar os custos de desapropriação na proposta; **(ii)** pareceres de sondagem: como já dito, o levantamento das condições de contorno são fundamentais. Desta maneira, trata-se de aspectos que impactam

Ademais, os licitantes podem executar o objeto priorizando a redução de custos em detrimento da qualidade, de modo que a Administração corre o risco de “comprar gato por lebre” – *design down*.<sup>164</sup>

A aceitação de metodologias diversas, todavia, não é novidade do RDC, pois o artigo 30, §8º da Lei nº. 8.666/93 já previa tal possibilidade em objetos complexos e de grande vulto. Mas na *contratação integrada*, a divergência pode ser ampla, conduzindo a propostas radicalmente distintas.

Diferentes soluções podem ter o escopo de **(i)** chegar aos resultados esperados, por um preço menor – julgamento ocorrerá por *menor preço*; ou **(ii)** chegar aos resultados esperados, por um preço justo e trazendo soluções mais eficientes – hipótese que o julgamento ocorrerá por *técnica e preço*. Este último critério encontra balizas de utilização nos termos do artigo 20 da Lei.<sup>165</sup>

Na redação original da Lei do RDC, o julgamento por critério de técnica e preço era obrigatório à *contratação integrada*, todavia, tal disposição foi revogada pela Lei nº. 12.980/2014. A disposição trazia eficácia ao §3º do artigo 9º, que dispõe que caso sejam permitidas metodologias diferenciadas de execução, serão fixados critérios objetivos de avaliação das propostas.

Pode-se dizer que a revogação do dispositivo não retirou a essência da contratação integrada, que é mensurar as tecnologias e as metodologias apresentadas, propiciando: **(i)** *efetiva concorrência*; **(ii)** ganhos provenientes desta disputa, **(iii)** solução mais vantajosa para a Administração. Mas, para haver uma justa comparação entre as propostas apresentadas, os benefícios à Administração devem ser *quantificados* em termos técnicos – sendo o único, ou o melhor meio para

---

significativamente na realidade do empreendimento, e devem estar previstos no Edital de forma confiável, propiciando a *comparabilidade das propostas* – *requisito de isonomia*.

<sup>163</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 747.

<sup>164</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 748.

<sup>165</sup> Art. 20. No julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório. § 1º O critério de julgamento a que se refere o caput deste artigo será utilizado quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela administração pública, e destinar-se-á exclusivamente a objetos: I - de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou II - que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução. § 2º 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).

tanto. Nesse pensamento, o critério “técnica e preço” ganha feições preferenciais, a não ser que a solução desejada seja de índole econômica, ou seja, uma solução para baratear o custo do empreendimento.<sup>166</sup>

De qualquer modo, o fato do projeto básico ser executado pela empresa vencedora do certame faz com que as propostas tenham **(i)** qualidades específicas e **(ii)** custos de manutenção e utilização diversos.

A seleção por “técnica e preço” faz com que a Administração consiga pontuar diversos critérios de **(i)** resultados obtidos e **(ii)** relação de custo benefício, observando-se **(II.a)** custo geral do objeto; **(II.b)** rendimento ao longo do tempo; **(II.c)** custos indiretos; **(II.d)** prazo de execução e **(II.e)** facilidade de manutenção<sup>167</sup> – as pontuações técnicas devem ser bem escolhidas, como forma de “discriminação legítima” das propostas apresentadas – dando concreção à *isonomia*.

Neste cenário, é fundamental a qualificação da equipe que conduza a licitação, que deve ter conhecimentos específicos na área do projeto – necessidade esta (qualificação da equipe) que se acentua na *contratação integrada*, por envolver objetos complexos e de contornos não conhecidos pela Administração.

Caso o critério eleito seja o de “menor preço”, o artigo 19<sup>168</sup> impõe a necessidade da busca por parâmetros mínimos de qualidade a serem definidos no edital, ou seja, em que pese não haja uma pontuação de critérios de desempenho, é fundamental que a proposta, para ser aceita, contenha um mínimo exigido. O art. 19, §1º permite que a Administração sopesse diversos custos indiretos para avaliar as metodologias apresentadas, tais como *custos* de **(i)** manutenção; **(ii)** reposição; **(iii)** depreciação; **(iv)** impactos ambientais e etc.<sup>169</sup>

A realidade é que ao atribuir ao particular a *autonomia* para elaborar concepções, podem haver soluções fantasiosas, de execução impossível ou envolver custos incompatíveis com a remuneração pretendida. Uma alternativa é exigir que os licitante apresentem documentos confeccionados por especialistas, reconhecendo a viabilidade da proposta (lembrando que o custo da exigência estará

---

<sup>166</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 297-299.

<sup>167</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 197-198.

<sup>168</sup> Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, **atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório**.

<sup>169</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 299-300.

alocado em sua proposta) – soluções inovadoras geram o ônus de provar sua viabilidade econômica e exequibilidade.<sup>170</sup>

O artigo 42, §1º do Decreto nº. 7.581/11 prevê que o custo global da proposta não poderá superar o previsto pela Administração. No regime de *contratação integrada*, deverão ser previstos no instrumento convocatório critérios de aceitabilidade *por etapa*, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado, compatíveis com o cronograma físico-financeiro licitado (§5º).

Desta maneira, como não há custos unitários, deve-se verificar um critério por fração da empreitada (serviços preliminares, fundações, estrutura, vedações, etc.). A avaliação por etapas visa expurgar o “jogo de cronograma”, onde se inflam os custos das etapas preliminares do empreendimento, para um possível abandono posterior da obra. Fundamental alertar que a *avaliação das propostas* é a fase mais difícil da contratação integrada, por isso, é fundamental que a Administração construa uma estrutura tecnicamente qualificada para fornecer apoio aos membros responsáveis pelo julgamento, homologação, adjudicação e fiscalização.<sup>171</sup>

### 3.2.2. A repartição de riscos

Da experiência dos contratos de concessão, a *repartição objetiva de riscos* chegou aos contratos administrativos clássicos. No âmbito da Lei nº. 8.987/95, a expressão por sua “por sua conta e risco”, presente no artigo 2º, incisos I, II e III foi a responsável por imputar ao concessionário um plexo de riscos decorrentes de suas escolhas,<sup>172</sup> mas o tema ganhou importância com a Lei nº. 11.079/2004, na qual o

---

<sup>170</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 199.

<sup>171</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 300.

<sup>172</sup> A expressão “por sua conta e risco” deve ser interpretada com cautela. Egon Bockmann Moreira bem destacou que, “por sua conta” quer dizer que caberá ao concessionário a gestão do empreendimento, projetando-o, realizando investimentos e prestando o serviço adequado. Todavia, no que se refere ao “risco”, há que se ter uma reflexão um pouco mais apurada, principalmente porque o risco e sua avaliação não pertencem ao mundo do direito. Não se pode simplesmente partir da lógica de que serão transferidos ao contratado os riscos que ele administre com maior facilidade, pois essa ideia é simplista e parte de um critério tradicional de divisão de riscos, de eficácia limitada. Por tudo isso, é necessária uma releitura do “por sua conta e risco”, levando em conta a dificuldade na definição de riscos e a necessidade eficaz, nítida e prévia distribuição de sua titularidade e seus efeitos. Nos mercados atuais os riscos são maiores e mais complexos, o que aprofunda a discussão, tendo que se levar em conta, ao menos três aspectos **(i)** avaliação do risco em face da carga concorrencial do serviço; **(ii)** avaliação prévia dos riscos para consolidação no edital; **(iii)** deve-se verificar as pessoas afetadas pelos riscos na relação jurídica. (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109-124). Vale destacar que a

legislador determinou a “repartição objetiva de riscos entre as partes” como diretriz das PPP’s (art. 4º, inc. VI). Ademais, o artigo 5º, inciso III, impôs a *repartição objetiva de riscos* como cláusula contratual obrigatória, inclusive no que se refere a “caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

No âmbito dos contratos administrativos clássicos, a Lei das Estatais exigiu que o instrumento convocatório seja acompanhado de *matriz de riscos* (art. 42, §1º, “d”), que define riscos e responsabilidades entre as partes, caracterizando o equilíbrio econômico-financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação (art. 42, inc. X).<sup>173</sup> A matriz de riscos é, portanto, um instrumento de duas facetas: **(i)** instrumento de *distribuição objetiva de riscos*; e **(ii)** instrumento de *gestão de riscos*.<sup>174</sup>

Embora a *contratação integrada* já transfira certos riscos ao contratado, a matriz de riscos é obrigatória. Esta cláusula gera significativo impacto no preço das propostas, devido à alocação de custos por absorção de riscos. Deste modo, é fundamental que ela acompanhe o instrumento convocatório, por ser necessária à configuração econômica das propostas.<sup>175</sup> Nessa linha, o TCU já se manifestou por sua indispensabilidade.<sup>176-177</sup>

---

visão refinada do autor sobre o tema despertou elogios de Licínio Lopes Martins, professor da Universidade de Coimbra (Portugal), quando destaca que “(...) uma renovada visão sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é-nos fornecida por Egon Bockmann Moreira. O autor adianta que (...) a complexidade do regime concessório permite diversas ponderações, não se tratando apenas de uma singela equação de duas ou mais variáveis estáticas no tempo e no espaço”. (MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitada de obras públicas**: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público. Coimbra: Almedina, 2014, p. 460-461).

<sup>173</sup> Pela redação deste mesmo dispositivo, deve a matriz de riscos conter as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência; b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação; c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

<sup>174</sup> Neste sentido, a Lei nº. 13.303/2016 também inova ao prescrever que o estatuto das estatais deverá observar regras de *gestão de riscos* (art. 6º).

<sup>175</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 76-77.

<sup>176</sup> “(...) a matriz de riscos, instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, na medida em que é informação indispensável para a caracterização do objeto e das responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte dos licitantes, é elemento indispensável e obrigatório no anteprojeto de engenharia, em prestígio ao definido no art. 9º, §2º, inciso I da Lei nº. 12.462/2011, como ainda nos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da obtenção da melhor proposta”. (TCU. Acórdão nº. 1.510/2013-Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo). **Também**: Nos casos em que há incertezas relevantes e mesmo assim se opta pela contratação por

A Lei das Estatais (Lei nº. 13.303/2016), por sua vez, previu expressamente a *matriz de riscos* como obrigatória nas *contratações integrada e semi-integrada* (art. 42, §1º, inc. I, “d”).<sup>178</sup> – não sendo obrigatória nas demais empreitadas.<sup>179</sup>

Por força do artigo 40 do diploma, as estatais devem *publicar e manter atualizado* seu *regulamento interno* de licitações e contratos, de modo que caberá a cada estatal descer às minúcias da matriz de riscos. Destaca-se aqui o Regulamento da Eletrobrás, que trata do assunto em seu artigo 34.<sup>180</sup>

A *matriz de riscos* compõe o edital e o contrato, distribuindo riscos *ex ante* e definindo responsabilidades entre as partes, gerando maior segurança jurídica e simetria de informação quanto aos ônus financeiros decorrentes de fatos supervenientes à assinatura do contrato. A essência da matriz de riscos é apontar os riscos e as formas de mitiga-los ou até mesmo, em situações excepcionais, atribuí-los a terceiros – via seguros.<sup>181</sup> Resumindo: **(i) Risco da Administração:** haverá termo aditivo; **(ii) Risco do Contratado:** não haverá termo aditivo.<sup>182</sup>

---

preço global, é recomendável que, a exemplo da contratação integrada - e, por semelhança, do EPC (Engineering Procurement and Construction) -, a Administração elabore uma matriz de riscos, com vistas à objetivação dos eventos que podem afetar o empreendimento, tais como as imprecisões de projeto ou anteprojeto, prevendo contratualmente a quem caberá suportá-los, se ocorrerem na fase de execução. (TCU. Acórdão nº. 2.172/2013-Plenário. Rel. Min. André de Carvalho). **No mesmo sentido:** TCU. Acórdão nº. 1.465/2013-Plenário. Rel. Min. José Múcio Monteiro.

<sup>177</sup> Tanto que, a Lei nº. 13.190/2015 incluiu ao artigo 9º, o §5º, dispondo que: § 5º Se o anteprojeto contemplar **matriz de alocação de riscos** entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.

<sup>178</sup> Art. 42. (...) §1º As contratações semi-integradas e integradas referidas, respectivamente, nos incisos V e VI do caput deste artigo restringir-se-ão a obras e serviços de engenharia e observarão os seguintes requisitos: (...) I – o instrumento convocatório deverá conter (...) d) matéria de riscos.

<sup>179</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 141.

<sup>180</sup> Artigo 34. 1 – Matriz de risco tem o propósito de identificar riscos, quantificá-los, prever mecanismos de mitigação, distribuí-los, de modo equilibrado, adequado e de acordo com a natureza dos riscos e obrigações contratuais entre os contratantes, tudo em prol da segurança jurídica. 3 – A matriz de risco deve ser composta por seis colunas: riscos, definição, alocação (da empresa, do contratado, de terceiro ou compartilhado), impacto (alto, médio ou baixo), probabilidade (frequente, ocasional ou remoto) e mitigação (medidas, procedimentos ou mecanismos para minimizar os riscos). 4 – A matriz de risco caracteriza o equilíbrio econômico inicial do contrato, distribuindo os riscos e seus ônus, inclusive os financeiros, entre os contratantes. Sempre que forem atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pleitos de reequilíbrio relacionados aos riscos assumidos.

<sup>181</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 141.

<sup>182</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. 2014, p. 269-270.

Quando o contratado assume riscos, os precifica na proposta, causando um aumento no valor do empreendimento.<sup>183</sup> Por isso, a distribuição de riscos gera uma lógica econômica diferenciada dos contratos clássicos, minimizando os efeitos *teoria da imprevisão*, que trata os riscos de forma simplista, sendo os *ordinários* de responsabilidade do contratado e os *extraordinários*, da Administração.<sup>184</sup>

Com base no artigo 37, inciso XXI da CF/88, há quem entenda que o contratado não deve assumir riscos extraordinários. Todavia, a norma não desejou impedir a divisão de quaisquer riscos (ordinários ou extraordinários), o que se estende ao artigo 65, inciso II, “d” da Lei nº. 8.666/93<sup>185</sup>, sendo possível a distribuição de riscos (mesmo extraordinários) nos contratos administrativos.<sup>186</sup>

Além de dividir os riscos, a cláusula introduz a *gestão dos riscos*, o que demanda que sua confecção leve em conta a *disciplina dos riscos*. Marcos Nóbrega caracteriza a *disciplina* por três aspectos: **(i)** o *evento* representa uma possível ocorrência que cause impacto ao empreendimento; **(ii)** o *probabilidade* significa a chance do risco ocorrer; e **(iii)** o *impacto* corresponde ao valor financeiro resultante da incidência do risco.<sup>187</sup> Fundamental, por tanto, identificar: **(i)** o evento; **(ii)** a probabilidade e **(iii)** o impacto.

A divisão e a gestão de riscos possibilita que estes sejam *compreendidos* e *medidos*. Sendo possível escolher *como* e *quando* correr riscos, possibilita-se uma divisão baseada na racionalidade econômica e particular de cada contrato.<sup>188</sup>

---

<sup>183</sup> Essa precificação levando em conta um cenário pessimista é reflexa da preocupação dos mercados com a segurança do negócio, que sempre foi latente aos empreendedores. (ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016, p. 133-140).

<sup>184</sup> Para aprofundamento, Cf.: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio-econômico financeiro nas concessões e PPP's: formação e metodologias de recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos Administrativos, equilíbrio econômico financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89-108.

<sup>185</sup> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

<sup>186</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de Riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 235.

<sup>187</sup> NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Lantin, 2011, p. 126.

<sup>188</sup> Nesse cenário, Peter BERNSTEIN ressalta que “A ideia revolucionária que define a fronteira entre os tempos modernos e o passado é o domínio do risco: a noção de que o futuro é mais que um

O maior detalhamento *ex ante* das contingências futuras possibilita que as partes tenham uma noção fidedigna de seus encargos, o que tende a diminuir os custos de transação.<sup>189</sup> Isto porque os agentes econômicos precificam riscos num cenário pessimista, considerando-os em sua proposta.<sup>190</sup>

O detalhamento dos riscos, todavia, possui dois limites: **(i)** a *cognoscibilidade* – é impossível esgotar todas as contingências futuras e **(ii)** o *limite econômico* – o desenho ideal do contrato é o principal custo *ex ante*<sup>191</sup>, pois detalhar todas as suas minúcias é extremamente custoso, ou seja, quanto mais complexo for o contrato, mais caro será estipular todas as contingências que poderão ocorrer, gerando um *trade off* completude *versus* custos.<sup>192</sup> Por isso, existe um *grau de eficiência no detalhamento*, que não deve ser ultrapassado, sob pena de aumento dos custos de transação.<sup>193</sup> Nessa linha, Fernando Araújo também traz a lume que existe um grau ótimo de completude contratual, ditado pelo *custo marginal de complemento* – assuntos estes que atraem o interesse da análise econômica ao fenômeno contratual.<sup>194</sup>

Listados os *eventos* (riscos), haverá a *divisão objetiva de riscos*. A ideia central é que cada risco deve ser transferido à parte em *melhores condições de assumi-lo*. Fernando Vernalha Guimarães alerta que a distribuição, embora respeite alguns princípios jurídicos, obedece a uma *lógica econômica*. A principal finalidade da alocação de riscos é tornar o contrato mais eficiente.<sup>195</sup>

---

simples capricho dos deuses (...) A capacidade de administrar o risco, e com ele a vontade de correr riscos e fazer opções ousadas, são elementos chaves da energia que impulsiona o sistema econômico.” (BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses**: a fascinante história do risco. 33. Tiragem. Campus: Rio de Janeiro, 1997, p. 01-03).

<sup>189</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de Riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 240.

<sup>190</sup> Isso ocorre, principalmente, em empreendimentos concessionários realizados via *Project Finance*, nos quais o nível de endividamento do contratado é muito alto, e por isso, qualquer variação abrupta nas despesas pode ser desastrosa. Na dúvida quanto à alocação de riscos, os agentes privados precificam e englobam o *risco* em sua proposta.

<sup>191</sup> É preciso reconhecer que “a elaboração e a execução de um contrato tende a se tornar mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que pretende recobrir.” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 149).

<sup>192</sup> NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Lantin, 2011, p. 108-109.

<sup>193</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de Riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 241.

<sup>194</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 43-44.

<sup>195</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de Riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 234.

A locução “*melhores condições de assumi-lo*” deve respeitar algumas diretrizes: **(i)** atribuir à parte com *melhores condições para gerenciar sua prevenção* ou **(ii)** à parte com *melhores condições para minimizar os prejuízos da materialização* do risco. Isso faz com que os riscos sejam absorvidos pela parte que o suporta com menor custo, gerando eficiência econômica ao contrato. Quanto aos prejuízos da materialização, a mitigação do impacto pode ser feita pela contratação de *seguros*, tornando viável a transferência de riscos ao parceiro privado.<sup>196</sup> No que tange a riscos alheios à capacidade de gerenciamento pelo contratado, e que não podem ser acautelados mediante contratação de seguro, estes devem ser alocados ao Poder Público.<sup>197-198</sup>

É possível listar alguns riscos que podem ser transferidos ao contratado: **(i)** aqueles que não dizem respeito a obrigações de meio; **(ii)** aqueles que não inviabilizam a comparação entre propostas; **(iii)** aqueles que se refiram a parcelas do empreendimento de natureza intelectual ou de inovação tecnológica ou técnica, ou que possa ser executada com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito do mercado; **(iv)** aqueles que possuam cobertura de seguro.<sup>199</sup>

Outro consenso em relação à distribuição de riscos é que aqueles advindos das *condições de contorno* devem pertencer à Administração. As *condições de contorno* são **(i)** *condições ambientais*, ou seja, o ambiente que se destina à construção, o que envolve, principalmente, o *risco geológico*<sup>200</sup>; e **(ii)** o que se

---

<sup>196</sup> Deve-se sopesar os custos do autosseguro (absorção do risco pela Administração) e do seguro privado. Um aspecto a ser ponderado é que a simples retenção do risco pela Administração não importa consequências na esfera de sua prevenção, ao passo que o sistema de seguros se vale de mecanismos para tentar inibir a ocorrência do risco, além de buscar desestimular o segurado a adotar práticas que favoreçam a ocorrência do risco, através, por exemplo, do regime de franquia.

<sup>197</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de Riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 244.

<sup>198</sup> O autor citado exemplifica que na licitação da linha 06 do Metrô de São Paulo, o risco de desapropriações foi alocado inicialmente ao concessionário. Todavia, o número de desapropriações era extenso, e é sabido que o perfil desses riscos são alheios ao gerenciamento privado, o que fez com que não houvesse interessados. Numa segunda publicação do certame, o risco foi realocado ao setor público. Sobre o histórico da concessão, conferir: <https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos/metro-de-sao-paulo-linha-6-laranja-estado-de-sao-paulo/>. Acesso em 18.07.2018.

<sup>199</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. 2014, p. 278.

<sup>200</sup> Um dos problemas relevantes nas obras de engenharia é a composição geológica do solo, pois não há uma previsão exata. Por mais que se façam sondagens, elas são muito caras, razão pela qual são feitas poucas, o que acaba não revelando com certeza as formações daquela região. Por isso, é assentado que é mais eficiente ao contrato atribuir o risco pela composição geológica do solo ao Poder Público. Caso seja feito de forma diversa, o particular irá alocar os custos de inúmeras

pretende construir. Com base nas *condições de contorno* é que o particular desenvolve *concepções* construtivas – de sua responsabilidade. Logo, é fundamental que as informações sobre as condições de contorno sejam confiáveis e estejam expostas no edital, pois impactam diretamente na formulação das propostas, sendo condição à isonomia do certame.<sup>201</sup>

Ademais, deve-se levar em conta outras premissas: **(i)** o empreendimento deve ter uma complexidade mínima que justifique a transferência do risco (*design*) ao contratado; e **(ii)** deve haver uma coerência entre **(ii.a)** matriz de riscos; **(ii.b)** anteprojeto e **(ii.c)** condições de seguro. Mesmo em empreendimentos complexos, haverá partes simples no projeto. Somente as partes mais complexas da obra devem compor as obrigações de resultado, pois irão propiciar uma competição na formulação das propostas.<sup>202</sup> Deste modo, a matriz de riscos irá repassar ao contratado os riscos inerentes à concepção do projeto, neste termos: **(i)** maior complexidade → maiores riscos ao particular → maior competição nas soluções; **(ii)** menor complexidade → menores riscos ao particular → desnecessidade de competição de soluções.<sup>203</sup>

Ao contrário dos contratos privados, a matriz de riscos não é negociada, é imposta pela Administração, que após identificar os riscos faz a distribuição. Este processo deve observar critérios técnicos, trazendo eficiência econômica ao contrato.<sup>204</sup> Caso contrário, é possível sustentar a possibilidade de impugnação da matriz de riscos perante os órgãos de controle.<sup>205</sup>

Por fim, a experiência da divisão de riscos traz a lume um assunto pouco discutido, mas fundamental aos novos modelos de empreitadas: *a contratação de seguros*. Vindo da experiência das concessões, o assunto ganhou notoriedade após o acidente da Linha 04 do Metrô de São Paulo, onde os vultuosos prejuízos foram

---

sondagens em sua proposta, ou irá calcular o risco de forma pessimista em relação ao solo. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 195).

<sup>201</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. 2014, p. 279.

<sup>202</sup> Numa rodovia, por exemplo, o melhor ganho de competitividade seria no desenvolvimento do pavimento, pois os materiais utilizados podem gerar significativas divergências quanto aos custos de execução, manutenção, na sustentabilidade e na vida útil. Nesse cenário, há um *incentivo* para que os particulares se esforcem para desenvolver a melhor proposta.

<sup>203</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. 2014, p. 281-282.

<sup>204</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 142-143.

<sup>205</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 144.

mitigados pelo seguro da concessionária, que contava com uma apólice de mais de 1 bilhão de reais. No ano de 2017, o seguro risco de engenharia teve uma movimentação discreta no mercado brasileiro (em torno de 600 milhões de reais), considerando sua importância e o baixo valor em relação o custo total do empreendimento (cerca de 0,25%).<sup>206</sup>

Como consignado acima, os *seguros* são uma forma eficiente de mitigar e mensurar o custo dos riscos.<sup>207</sup> A Lei nº. 8.666/93 trata de seguro em seu artigo 56, §1º, inciso II, todavia, a Lei se refere ao *seguro garantia*<sup>208</sup>, que visa proteger à Administração do inadimplemento do contratado.<sup>209</sup>

Fala-se aqui do *seguro risco de engenharia*, que visa proteger o patrimônio do segurado (empreiteira) contra eventuais prejuízos ocorridos durante a execução do contrato, decorrentes de falha de execução, danos a terceiros, incêndios, intempéries, erros de projeto, equipamentos, responsabilidade civil e outros riscos previstos no contrato<sup>210</sup>. Esta ferramenta compõe o chamado “tripé” da *contratação integrada*: **(i)** anteprojeto; **(ii)** matriz de riscos e **(iii)** seguros.<sup>211</sup>

### 3.2.3. O equilíbrio econômico-financeiro

Um dos grandes motes da *contratação integrada* foi diminuir os termos aditivos contratuais para restabelecer e equação econômico-financeira da avença. Nas empreitadas tradicionais, sob a égide da Lei nº. 8.666/93, as hipóteses de alteração contratual estão previstas no artigo 65, a saber: **(a)** em razão da

<sup>206</sup> GARANTIA na execução. **Valor Setorial Infraestrutura**. Junho, 2018, p. 89-90.

<sup>207</sup> Bom salientar, ainda, que a presença de seguradoras ajuda a reduzir o incentivo a comportamentos oportunistas, e adiciona uma verificação externa sobre o realismo do projeto e de seu orçamento. (PINHEIRO, Armando Castellar. **Um framework para analisar modelos de estruturação de projetos no setor público**. In: International Finance Comporation. Estruturação de projetos de PPP e Concessão no Brasil. 2015, p. 39-40).

<sup>208</sup> “Seguro garantia consiste em contrato firmado entre o particular contratado e instituição seguradora, pela qual esta última compromete-se a arcar com o risco de eventos danosos, relativos à inexecução da prestação devida à Administração Pública”, seu tratamento é dado pela Circular 232/2003 – Susep. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1100).

<sup>209</sup> Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VI - Seguro-Garantia - o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos.

<sup>210</sup> Na docência de Licínio Lopes Martins riscos de incêndio, tempestade, intempéries, etc., normalmente cobertos por contratos de seguro, por regra, são transferidas ao empreiteiro. (MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitada de Obras Públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 190).

<sup>211</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na Prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 303-304.

modificação unilateral do projeto – inc. I, “a”; **(b)** alteração nos quantitativos – inc. I, “b”; **(c)** nas hipóteses do inciso II, “d”, que prevê o reequilíbrio econômico-financeiro configurados em razão de álea econômica extraordinária e extracontratual. Por último, citam-se as hipóteses modificação da garantia contratual (inc. II, “a”); modificação do regime de execução (inc. II, “b”), e; modificação da forma de pagamento (inc. II, “c”).

Na *contratação integrada*, todavia, o §4º do artigo 9º veda a celebração de termos aditivos, exceto nos casos de **(i)** caso fortuito ou força maior; e **(ii)** alteração no projeto, a pedido da Administração.

Nas empreitadas tradicionais, seja do RDC ou da Lei nº. 8.666/93, o licitante segue os ditames do projeto básico, calculando os seus custos em razão dele. Em assim sendo, se houver erro que majore os custos, caberá termo aditivo para readequar o projeto e restabelecer o reequilíbrio econômico-financeiro.<sup>212</sup>

Por outro lado, na contratação integrada, ao passo que o próprio contratado elabora o projeto básico, não caberá aditivo se suas próprias escolhas revelarem-se inadequadas. É o que bem destaca o artigo 9º, §4º, inciso II, que proíbe o termo aditivo em razão de erros ou omissões do contratado. Doutro bordo, é de bom tom considerar que eventual equívoco do projeto básico pode ser resultado de falhas contidas no *anteprojeto*, ou, pode ser que ao elaborar o projeto básico, o contratado depare-se com defeito do anteprojeto, que para ser corrigido, aumento os seus *encargos*.<sup>213</sup> Por exemplo: a Administração forneceu um estudo geológico e na execução do objeto foi constatado que os estudos fornecidos estavam incorretos, sendo que, será necessário empregar outra solução técnica, mais cara do que a proposta da licitação. Nesses casos, se a modificação do projeto tem seu início numa falha da Administração, certamente caberá termo aditivo.<sup>214</sup> Noutro bordo, o TCU reconhece que em objetos de elevado vulto e complexidade, é provável que alguns detalhes do *anteprojeto* sejam revistos pelo projeto básico e executivo,

---

<sup>212</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 747-748.

<sup>213</sup> Por exemplo: A incorreção dos volumes de terraplenagem decorrente da omissão em se considerar a redução após compactação, bem como a injustificada adoção de fator de homogeneização dos solos em percentual superior ao usualmente adotado em projetos de engenharia, são falhas técnicas graves que não podem ser admitidas como contingência do anteprojeto na contratação integrada. (TCU. Acórdão nº. 2.980/2015-Plenário. Rel. Min. Ana Arraes).

<sup>214</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 748.

hipóteses nas quais não haverá possibilidade de aditivo contratual.<sup>215</sup> Na contratação integrada, portanto, é quase certo que concepções e dados cristalizados na fase de *anteprojeto*, sofrerão modificações durante a confecção do projeto básico e/ou executivo, não se admitindo aditamento contratual, o qual somente será cabível em razão de alterações solicitadas pelo órgão contratante.

Foi explicitada a alocação de riscos e responsabilidades na *contratação integrada*, pois, ao passo que a Administração apenas elabora o *anteprojeto* e contrata o particular para elaborar o *projeto básico*, atribui-se a ele, pessoa privada, os riscos decorrentes de seu trabalho.<sup>216</sup> Desta forma, os riscos e ineficiências do projeto estão alocados à responsabilidade da pessoa contratada.<sup>217</sup>

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, afirmam ainda, que alterações no projeto, com amparo no artigo 9º, §4º, inciso II devem respeitar os limites estabelecidos no artigo 65, §1º da Lei Geral de Licitações. Ressalta-se também, que o Decreto nº. 7.581/2011 (art. 42, §4º, III) infere que em caso de adoção de empreitada por preço global ou empreitada integral, as alterações contratuais sob alegação de *falhas ou omissões* em qualquer das peças (orçamentos, plantas, especificações, memoriais descritivos, estudos técnicos preliminares ou projeto básico) não poderão ultrapassar, no seu conjunto o total de 10% (dez por cento) do contrato.<sup>218</sup>

Seguindo a mesma linha da Lei nº. 8.666/93, o RDC, no artigo 9º, §4º, inciso I permite a celebração de termos aditivos na ocorrência de *caso fortuito* (eventos da natureza) ou *força maior* (vontade humana) – fatos *imprevisíveis* ou *previsíveis* de consequências incalculáveis, enquadrando-se aqui, também, o *fato do príncipe*.<sup>219</sup>

As locuções *caso fortuito* e *força maior*, abarcam, desta maneira, um sem número de hipóteses, sendo todo evento superveniente, ou de conhecimento superveniente imprevisível ao licitante à época da formulação da proposta, que seja

---

<sup>215</sup> TCU. Acórdão nº. 2.433/2016-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler.

<sup>216</sup> Desta forma, já firmou que: A vedação da celebração de termos aditivos nos contratos firmados sob o regime de contratação integrada do RDC não é absoluta e objetiva garantir que os riscos assumidos pelo particular quando da contratação sejam de fato a ele atribuídos na etapa de execução. (TCU. Acórdão nº. 1.541/2014-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler).

<sup>217</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**: A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratação. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 258-259.

<sup>218</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**: A Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratação. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 260.

<sup>219</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 747.

capaz de romper o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (eventos estes que causem abalo econômico a sua esfera de direitos), o que envolve praticamente toda álea extraordinária do contrato.<sup>220</sup>

No geral, portanto, a restrição às hipóteses de termo aditivo é derivada de uma alocação de risco que a Lei faz de antemão, incumbindo ao *contratado* o ônus de arcar com as consequências de suas escolhas. Caso estas não se mostrem eficientes, caberá ao contratado os custos da substituição da solução – o que é decorrente das contratações de *resultado*. Todavia, todas as hipóteses de reequilíbrio constantes no cenário da Lei nº. 8.666/93<sup>221</sup> perdem sentido ante a existência da *matriz de riscos*, que pode modificar drasticamente a noção de *intangibilidade da equação econômico financeira*.

#### 3.2.4. A questão do dimensionamento dos preços

Uma das dificuldades nas contratações de *design and build* é o dimensionamento do preço do objeto, que assume três dimensões: **(i)** estimativa de preço do objeto; **(ii)** orçamento sigiloso; **(iii)** comparação das propostas apresentadas. Neste tópico, analisa-se as duas primeiras, ao passo que a última foi objeto de análise no tópico 3.2.1.

*I) A aferição do custo do empreendimento:* A primeira dificuldade se deve ao fato que o *anteprojeto* não contém todos os detalhes do objeto. Lembra-se que o preço de uma obra ou serviço de engenharia, em termos simplistas, é obtido pela fórmula: custos diretos + Bonificação/Benefício e Despesas Indiretas – BDI (lucro + custos indiretos).<sup>222</sup> Quando a Administração não tem ciência de todos os insumos e serviços da obra, impossível a obtenção do cálculo exato.

---

<sup>220</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública:** A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 261.

<sup>221</sup> Lembra-se que na Lei nº. 8.666/93, conforme visto no item 2.3, as hipóteses podem ser assim elencadas: **(i)** agravos oriundos de alteração unilateral; **(ii)** fato do príncipe; **(iii)** fatos imprevisíveis gerados por forças alheias ao contrato – teoria da imprevisão; **(iv)** sujeições imprevistas; **(v)** caso fortuito e força maior.

<sup>222</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas:** Licitação, contratação, fiscalização e utilização. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 76-77.

Dada à incompletude do *anteprojeto*, o que impossibilita o cálculo a partir do artigo 8º<sup>223</sup>, o artigo 9º, §2º, inciso II, impõe que o valor estimado será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.<sup>224</sup>

Deve-se então, realizar um cotejo financeiro com empreendimentos similares, que tenham atingido os *resultados e usos* contidos no anteprojeto. O fato é que, deverá haver no instrumento convocatório a demonstração da compatibilidade dos valores orçados com os praticados no mercado.<sup>225</sup> “Essa estimativa será acompanhada de uma avaliação global do empreendimento, tomando em vista uma concepção sumária do objeto”.<sup>226</sup>

Joel de Menezes Niebuhr, nestes termos, defende que deve ser viável prospectar o custo do empreendimento sem o detalhamento do projeto básico. É condicionante, para que haja *contratação integrada*, que o *anteprojeto* seja suficiente para compreender o objeto e orçá-lo de maneira adequada. Todavia, “o orçamento não será preciso, porém aproximado”.<sup>227</sup>

O TCU já se manifestou no sentido de que haverá *parcelas* do objeto que serão *detalháveis* – nestas o orçamento será realizado nos termos do artigo 8º.<sup>228</sup>

---

<sup>223</sup> O artigo 8º da Lei nº. 12.462/2011 impõe que os custos das obras e serviços de engenharia será obtido através dos custos unitários dos insumos dos serviços, levando em conta os preços praticados no Sistema Nacional de Pesquisa de Custo e Índices de Construção Civil (Sinapi) e, em se tratando de rodovias, aqueles constantes no Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro).

<sup>224</sup> Merece destaque, também, o artigo 75, §§ 1º e 2º do Decreto nº. 7.581/2011: Art. 75. O orçamento e o preço global para a contratação serão Art. 75. O orçamento e o preço total para a contratação serão estimados com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em contratações similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. § 1º Na elaboração do orçamento estimado na forma prevista no **caput**, poderá ser considerada taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, devendo a referida taxa ser motivada de acordo com metodologia definida em ato do Ministério supervisor ou da entidade contratante. § 2º A taxa de risco a que se refere o § 1º não integrará a parcela de benefícios e despesas indiretas - BDI do orçamento estimado, devendo ser considerada apenas para efeito de análise de aceitabilidade das propostas ofertadas no processo licitatório.

<sup>225</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 257-258.

<sup>226</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários o RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 197.

<sup>227</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 257-259.

<sup>228</sup> Neste sentido: Na composição da amostra para a realização de orçamentos estimativos destinados à contratação integrada mediante RDC, o gestor deve selecionar serviços com características as mais próximas possíveis daqueles que serão licitados, além de recorrer a outras bases referenciais de mercado, como o Sinapi ou o Sicro, quando aplicáveis. (TCU. Acórdão nº. 1.569/2017-Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman). **Também:** TCU. Acórdão nº. 877/2016-Plenário. Rel. Min. Weder De Oliveira.

Somente na parcela onde houver incompletude de informações é que será utilizada a precificação por estimativas.<sup>229</sup> Esquematisando: **(i)** Obrigações de Fim → Riscos do Particular → Projeto Conceitual (informações ainda incompletas) → **Referências Paramétricas**; **(ii)** Obrigações de meio → Riscos da Administração → Projeto Detalhado (informações completas) → **Sinapi/Sicro**.<sup>230</sup>

Todavia, o TCU adverte que a despeito do orçamento da Administração se mostrar lacunoso no certame, o contratado ao entregar os projetos básico e executivo deverá apresentar seu orçamento detalhado, com respectivas composições unitárias, encargos sociais e o BDI – dando aplicabilidade à Súmula 258 da Corte de Contas, que é aplicável também ao RDC.<sup>231</sup>

**II) Orçamento Sigiloso:** O artigo 6º da Lei do RDC<sup>232</sup> prevê que o orçamento estimado para o empreendimento será sigiloso, ou seja, os licitantes darão seus lances sem conhecer o quanto a Administração está disposta a pagar. A estimativa será divulgada somente após a abertura das propostas.<sup>233-234</sup> Trata-se de um ponto polêmico trazido a lume pelo RDC, que merece atenção, pois é uma nova forma de *negociação* entre licitantes e Administração.

A escolha legislativa, aparentemente, parte de uma *análise econômica* da transação. Se o licitante não souber o quanto a Administração está disposta a pagar, se esforçará para cotar o preço mais baixo possível. Pressupõe-se uma *assimetria de informação* entre Administração e licitante acerca do objeto. A falta de informações por parte da Administração ocorreria por razões relacionadas a **(i)**

<sup>229</sup> TCU. Acórdão nº. 1.510/2013-Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo.

<sup>230</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 284-285.

<sup>231</sup> TCU. Acórdão nº. 2.136/2017-Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. **Também:** TCU. Acórdão nº. 2.123/2017-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler.

<sup>232</sup> Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

<sup>233</sup> O artigo 6º estabelece exceções, pelas quais haverá a divulgação do orçamento. De acordo com seus §§1º e 2º, haverá a divulgação prévia quando se tratar de **(i)** julgamento por maior desconto e **(ii)** por melhor técnica.

<sup>234</sup> O TCU tem entendido que, no caso de obras complexas, de difícil parametrização (como portos e aeroportos), não há obrigatoriedade do uso do orçamento sigiloso. Isto pois, a multiplicidade de características do empreendimento pode gerar uma razoável dúvida na composição dos preços. (TCU. Acórdão nº. 1.541/2014-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler).

ignorância sobre aspectos técnicos envolvidos e (ii) falta de experiência - cenário que enseja a busca das *rendas informacionais*.<sup>235</sup>

Quando a Administração não divulga o orçamento, deixando que o particular dê o seu preço, há o que se denomina de *modelo de sinalização/revelação*, pelo qual se força a partilha de informação, fazendo com que o licitante tome uma conduta compatível com os interesses da Administração.<sup>236</sup>

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães apontam que a ferramenta é utilizada em larga escala internacionalmente, com escopo de combater a corrupção e superar ineficiências. A ampla publicidade faria com que os licitantes evitassem descontos significativos. Logo, a não divulgação do orçamento (quanto se quer gastar) favorece à competitividade e consequente variação de preços.<sup>237</sup>

Na mesma linha, Sidney Bittencourt infere que o orçamento sigiloso favorece a prática de menores preços e, por isso, a sistemática do Pregão (Lei nº. 10.520/2002) merece elogios, pois não obriga a divulgação do preço estimado.<sup>238</sup>

Marçal Justen Filho, por sua vez, alerta que essa concepção é questionável e de comprovação empírica impossível. Em primeiro lugar, se o licitante fizer uma proposta alta, corre riscos de ser vencido – logo, o parâmetro da Administração não traria maiores reflexos à competição privada. Ademais, o certame pode oferecer a *fase competitiva*, que favorece a redução dos preços.<sup>239</sup> Difícil, portanto, sustentar que a divulgação do orçamento diminuiu a competitividade entre os licitantes.<sup>240</sup>

Joel de Menezes Niebuhr aduz que o sigilo é legítimo em razão de princípios como competitividade, eficiência e economicidade, mas a opção legislativa não foi

---

<sup>235</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 183-184.

<sup>236</sup> Trata-se do que se denomina *incentive theory*, que é uma relação de agência, na qual o principal se defronta com a inobservabilidade das características ou conduta do agente, procurando delinear um *quadro de incentivos que, forcem a partilha de informação*, conduzindo a uma conduta compatível com os interesses do principal. (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 599).

<sup>237</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 195-196.

<sup>238</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 139-140.

<sup>239</sup> Os licitantes formularão lances sucessivos, com valores decrescentes. Neste cenário, vale a pena chamar a atenção para o artigo 43, §3º do Decreto nº. 7.581/2011, o qual prevê que “§ 3º Encerrada a etapa competitiva do processo, poderão ser divulgados os custos dos itens ou das etapas do orçamento estimado que estiverem abaixo dos custos ou das etapas ofertados pelo licitante da melhor proposta, para fins de reelaboração da planilha com os valores adequados ao lance vencedor, na forma prevista no art. 40, § 2º.”

<sup>240</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 114-116.

adequada, já que pressupõe que a Administração não fará um bom orçamento. Ou seja, o problema não seria divulgar, e sim, orçar errado e divulgar o erro.<sup>241</sup>

Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios aduzem que o melhor seria facultar o sigilo, adequando a regra ao caso concreto. Entretanto, a inconveniência da obrigatoriedade é, de certo modo, mitigada, pois o gestor pode substituir o critério de *menor preço*, por *maior desconto*, hipótese na qual o orçamento deverá ser revelado, por força do artigo 6º, §1º da Lei nº. 12.462/2011.<sup>242</sup>

Pode-se cogitar, ainda, que há licitantes que por motivos diversos, não dimensionam sua proposta, baseando-se somente pelo orçamento da Administração. Com a ausência dos custos estimados no Edital, a tendência é que o licitante seja obrigado a produzir uma proposta mais realista. Todavia, há licitantes que podem não conseguem ser eficientes ao mensurar a relação *custos x remuneração*. Desta maneira, tais *incertezas* podem ser precificadas, elevando o custo desses competidores.<sup>243</sup>

Por último, é necessária uma reflexão sobre a natureza econômica do processo licitatório, que é espécie de *leilão*. “Um leilão é um mecanismo de venda no qual um agente (o leiloeiro) recebe ofertas (lances) de vários participantes que irão determinar quem receberá o(s) objeto(s) e qual será o preço final.”<sup>244</sup>

Neste cenário, o Guhan Subramanian, Professor da Harvard Law School, traz o conceito de *negotiauctions*, diferenciando: **(i) negociação** – vendedor x comprador; **(ii) leilão** – compradores x compradores; **(iii) negotiauction** – vendedor x comprador x comprador.<sup>245</sup> A licitação parece se adequar de melhor forma ao último. Nessas situações, cada *player* possui uma *zona de possível acordo* – ZOPA. No caso, a ZOPA do licitante está entre o preço máximo e mínimo de seu lance. A ZOPA da Administração está entre o preço máximo e mínimo que pode aceitar, ou seja, entre o orçamento estimado (máximo) e o um valor um valor inexecutável (mínimo). Quando a Administração não disponibiliza orçamento, ela não faz uma

---

<sup>241</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 750.

<sup>242</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 116-117.

<sup>243</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 118-119.

<sup>244</sup> MENEZES, Flávio M. Uma introdução à teoria dos leilões. **Revista de Econometria**. Rio de Janeiro. v.1, nº. 2, p.235-255, novembro 1994/março 1995, p. 236.

<sup>245</sup> SUBRAMANIAN, Guhan. **Negotiauctions: Grandes estratégias para vencer negociações complexas e leilões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, introdução.

*ancoragem* dos preços a serem ofertados, fazendo com que os licitantes desconheçam sua ZOPA. Pelas reflexões do autor, se a Administração possuir uma boa noção da ZOPA dos licitantes, deve considerar a hipótese de fazer *ancoragem* (divulgar o orçamento estimado), ao passo que, se não houver esse conhecimento, pode ser viável ouvir, fazendo com que os licitantes ofereçam seus lances.<sup>246</sup>

### 3.3. A LEI DAS ESTATAIS E A CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA

A Lei nº. 13.303/2016 instituiu o estatuto das empresas estatais e seu regime de licitações e contratos. Nos termos da Constituição de 1988, a União deve estabelecer *normas gerais de licitações e contratos (i)* para a administração direta, autárquica e fundacional, nos termos do artigo 37, inciso XXI;<sup>247</sup> *(ii)* e para as estatais, nos termos do artigo 173, §1º, inciso III<sup>248</sup>. Este último regime, tende a ser menos rigoroso, devendo observar os “princípios da administração pública”.

Pela leitura do artigo 173, §1º, inciso III, seu regime licitatório seria aplicável somente a estatais que explorem atividade econômica *estrito senso*.<sup>249</sup> Todavia, a Lei nº. 13.303/2016 preferiu extinguir qualquer divergência a propósito do assunto, determinando que seu regime seja aplicável para empresas estatais que explorem atividade econômica *estrito senso* ou prestem serviços públicos.<sup>250</sup>

---

<sup>246</sup> SUBRAMANIAN, Guhan. **Negotiauctions**: Grandes estratégias para vencer negociações complexas e leilões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 15-17.

<sup>247</sup> Art. 37. (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure, igualdade, de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

<sup>248</sup> Art. 173 (...) §1º A Lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, dispondo sobre: (...) III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, **observados os princípios da administração pública**.

<sup>249</sup> Nos termos de Eros Roberto Grau, “todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa”. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. Malheiros, 2006, p. 110).

<sup>250</sup> É o que dispõe o artigo 1º da Lei: Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

Portanto, quaisquer empresas públicas<sup>251</sup>, sociedades de economia mista<sup>252</sup> e subsidiárias<sup>253</sup> serão sujeitas ao regime licitatório encartado no Título II da Lei. Logo, há que se lembrar que o estatuto será utilizado por empresas que atuam nos mais diversos cenários empresariais, seja na prestação de serviços públicos (art. 175, CF), no exercício de atividades econômicas em sentido estrito (art. 173, CF) ou de monopólios estatais (Art. 21, XXIII e 177, §1º).

Em que pese o regime mais dinâmico destes Entes, eles também se submetem ao procedimento licitatório como etapa de *formação da vontade contratual da Administração Pública*, de modo a propiciar a realização do negócio mais vantajoso e assegurar iguais oportunidades aos que desejem celebrar negócios com as pessoas governamentais.<sup>254</sup> Apesar de sua autonomia, integram a Administração, e por isso, é obrigatória a realização de licitação e a submissão aos princípios que lhe são inerentes. Trata-se de garantir que os agentes administrativos responsáveis não contratem por suas vontades pessoais, mas procedam com impessoalidade e objetividade.<sup>255</sup>

O fato é que o legislador deve respeitar a necessidade de um regime próprio de licitação para as estatais, condizente com sua atuação empresarial, já que estes entes não foram concebidos para se sujeitarem a um regime de licitação rígido como o previsto na Lei nº. 8.666/93. Até mesmo porque, a criação de uma estatal representa uma escolha em favor da despublicização, rechaçando um paradigma burocrático de atuação, inerente à Administração direta, autárquica e fundacional.<sup>256</sup>

---

<sup>251</sup> Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios (art. 3º).

<sup>252</sup> Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta (art. 4º).

<sup>253</sup> É a companhia que tem como único acionista uma sociedade brasileira (art.251, Lei nº. 6.404/76). “Trata-se de sociedade unipessoal, constituída obrigatoriamente sob a forma de sociedade anônima”. (BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso de Direito Avançado de Direito Comercial**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 380).

<sup>254</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33-34.

<sup>255</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24-25.

<sup>256</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitações nas Estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 86-89.

Relembra-se que a licitação é destinada a conciliar dois extremos, a *isonomia* e a *eficiência*, por isso, a Administração realiza uma *série de formalidades*, a fim de garantir aos que participem do certame, iguais condições – e isso não pode ser desprezado em nome da *eficiência*, pois a virtude não admite que se sacrifique um nem outro.<sup>257</sup> Por isso, a Lei nº. 8.666/93 elenca como objetivo da licitação, em primeiro lugar, “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia”.

A Lei nº. 13.303/2016, por seu turno, ao preceituar os objetivos de seu procedimento licitatório infere que “as licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa” (art. 31).

Há uma ênfase ao *princípio constitucional da eficiência*, de modo que a busca pela proposta mais vantajosa seja a pedra do toque do procedimento licitatório adotado pelas estatais. Por isso, a lei oferece instrumentos para obtenção de resultados mais vantajosos em relação ao preço, à qualidade e à celeridade. Para tanto, é fundamental que as formalidades sejam moderadas.<sup>258</sup>

O fato é que a Lei nº. 13.303/2016<sup>259</sup> deve ser interpretada sob uma lente própria, não se confundindo com o plexo de formalidades previsto na Lei nº. 8.666/93; até mesmo por isso, as menções a este diploma são concernentes aos crimes licitatórios (art. 41) e aos critérios de desempate de propostas (art. 55, inc. III) – diferente do que ocorre com o RDC, que faz diversas remissões à Lei nº. 8.666/93.

No que interessa ao presente estudo, a Lei das Estatais, ao tratar das obras e serviços de engenharia, traz a lume um novo regime de empreitada, a *contratação semi-integrada*<sup>260</sup>, que envolve a elaboração do projeto executivo, a execução de

---

<sup>257</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000, p. 70-71.

<sup>258</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 45-47.

<sup>259</sup> Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos destacam alguns aspectos relevantes da Lei das Estatais, como: **(i)** inversão de fases de julgamento e habilitação; **(ii)** desaparecimento das modalidades de Licitação previstas na Lei n. 8.666; **(iii)** instituição de modos de disputa aberto e fechado; **(iv)** remuneração do contratado vinculada ao desempenho; **(v)** os regimes de contratação por contratação integrada e por semi-integrada; **(vi)** obrigatoriedade de elaboração de matriz de riscos no caso de contratação de obras e de serviços de engenharia; **(vii)** aumento dos limites para contratação direta em razão do valor do objeto e a possibilidade de alteração destes valores pelo conselho de administração; **(viii)** os procedimentos auxiliares de licitação. (GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei n. 13.303/16**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-18).

<sup>260</sup> Até o momento, a experiência prática sobre o modelo é nula. No âmbito do TCU, somente dois julgados citam o regime de empreitada. No Acórdão nº. 1.226/2018-Plenário, afirma-se que na *contratação integrada e semi-integrada*, a estatal não precisa seguir as normas de orçamentos

obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Este regime de empreitada é a regra para as estatais.<sup>261</sup> Todavia, a Lei fixa que a *semi-integrada* poderá ser utilizada quando “for possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser definido executado com diferentes metodologias ou diferentes tecnologias” (art. 43, inciso V).

A despeito de o projeto básico em regra fixar de antemão toda a concepção do objeto, a Lei prevê que este regime de empreitada *deve* ser utilizado quando o empreendimento puder ser executado com “diferentes metodologias ou tecnologias”. É dizer, a opção pela *contratação semi-integrada* se dá em um ambiente de variedade de formas executivas para o objeto. Logo, o projeto básico, apesar de conter **(i)** soluções globais e localizadas; **(ii)** identificação dos tipos de serviços, materiais e equipamentos a serem utilizados; e **(iii)** métodos construtivos, a Administração admite que o contratado possa inovar na concepção do objeto, ou seja, exerça atividade de *design*. Essa inteligência fica clara pela leitura do §1º, alínea “c” do artigo 42, o qual prevê que o instrumento convocatório deverá conter *anteprojeto, projeto básico, matriz de risco e documento técnico* que contenha:

“definição precisa das frações do empreendimento em que **haverá liberdade de as contratadas inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas**, seja em termos de modificação das **soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação**, seja em termos de detalhamento dos sistemas e procedimentos construtivos previstos nessas peças técnicas.”

Vale observar ainda, que na *contratação integrada* prevista na Lei das Estatais, mediante autorização do *documento técnico*, o contratado poderá alterar, até mesmo, o *anteprojeto*. Quando houver multiplicidade de métodos de estruturação da obra, será adotada a *contratação semi-integrada*, que é dispensável mediante *devida justificativa* (§4º, art. 42). Joel de Menezes Niebuhr destaca que se

---

trazidas pelo Decreto nº. 7.983/2013. No Acórdão nº. 508/2018-Plenário, somente reafirma a obrigatoriedade da matriz de riscos nas contratações integrada e semi-integrada.

<sup>261</sup> Art. 42. (...) §4º No caso de obras e serviços de engenharia, as empresas públicas e sociedades e economia mista abrangidas por esta lei deverão utilizar a contratação semi-integrada, prevista no inciso V do caput, cabendo a elas a elaboração ou a contratação do projeto básico antes da licitação de que trata este parágrafo, podendo ser utilizadas outras modalidades previstas nos incisos do caput deste artigo, desde que essa opção seja devidamente justificada.

justifica a opção por outro regime quando a estatal avaliou previamente as metodologias disponíveis, elegendo de antemão as opções de design.<sup>262</sup>

Alécia Bicalho salienta que o legislador ao eleger a semi-integrada como regra, desconsiderou posição do TCU, que foi no sentido de demonstrar a impropriedade de se fixar regimes preferenciais ou obrigatórios, haja vista que tal determinação deve ter por referência as características e a natureza da obra, bem como seus correspondentes e adequados critérios de medição e remuneração.<sup>263</sup>

Discorda-se, todavia, deste posicionamento. A Lei nº. 13.303/2016, em seu artigo 43, ao elencar os regimes admitidos à execução de obras e serviços de engenharia prescreve nos incisos I a VI as hipóteses nas quais se justificam a utilização de cada modelo de empreitada, cabendo ao administrador público, no caso concreto, mensurar se é o caso adotar **(i)** empreitada por preço unitário; **(ii)** empreitada por preço global; **(iii)** empreitada integral; **(iv)** contratação por tarefa; **(v)** contratação semi-integrada ou **(vi)** contratação integrada. Os itens I, II e III deverão ser sopesados, nos termos dispostos acima (vide item 2.1). Nas três hipóteses, demonstra-se que a administração conhece o objeto que pretende contratar em termos *qualitativos*, dominando os aspectos de *design*. Para utilizar tais empreitadas, basta a justificativa, ou seja, a motivação, que demonstre a pertinência do modelo à realidade do objeto.

De todo modo, a *semi-integrada* prevê obrigações de meio, prescrevendo formas de execução (*build*), entretanto, o *documento técnico* estabelecerá frações que podem ser alvo da criatividade do particular (*design*), partindo do pressuposto que este pode trazer ao objeto informações relevantes à eficiência do projeto. Mesmo havendo projeto básico, o particular pode definir soluções ao objeto, alinhadas às obrigações de meio já impostas. Em assim sendo, o *novo modelo* se alinha à *contratação integrada*, compondo os *modelos design and build*.<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais. **Revista Colunistas**. Direito do Estado. Ano 2016, Num. 209. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em: 02.10.2017.

<sup>263</sup> BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A contratação semi-integrada na Lei das Estatais: críticas e proposições. **Revista Colunistas**. Direito do Estado. Ano 2016, num 27. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/alecia-paolucci-nogueira-bicalho/a-contratacao-semi-integrada-na-lei-das-estatais-criticas-e-proposicoes>>. Acesso em: 31.01.2018.

<sup>264</sup> Numa última e despretensiosa observação, José Vicente Santos de Mendonça adverte que antes do direito ser amigo ou inimigo da inovação, ele pode (e deve) inovar *dentro de si mesmo*, de modo que o direito se encontra sempre no limite, do que é e pode ser. Em razão deste limiar, vale dar o

## CONCLUSÃO

Ao longo deste breve estudo foram levantadas inúmeras soluções pontuais a propósito das características do modelo contratual *design and build* (concepção-construção), que adentrou ao ordenamento pátrio pela *contratação integrada*. O que se mostrou latente foi a necessidade de deixar para trás a lente pela qual se observa os regimes clássicos de empreitada, trazidos pela Lei nº. 8.666/93 – é chegada a hora de evoluir e tratar os novos modelos com uma lente própria. Para tanto, elenca-se uma síntese conclusiva dos assuntos abordados:

(i) O Estado moderno é o principal provedor do setor de infraestrutura, que é vital para a sociedade como um todo. Para tanto, houve a consolidação de diversos *módulos contratuais* que propiciaram uma interação eficiente entre o setor público e o setor privado, notadamente via contratos de *terceirização* e *desestatização*.

(ii) A Lei nº. 8.666/93 representou a matriz dos contratos clássicos de *obras públicas*, firmando regimes de execução indireta através das *empreitadas por preço unitário, por preço global e integral*. Nestas, a incumbência pela concepção e pela conformidade das soluções adotadas foram direcionadas ao Poder Público, restando ao contratado a função de *executor* do objeto, não *criador*.

(iii) As etapas internas do planejamento podem ser confeccionadas pela administração ou contratadas junto à iniciativa privada. Todavia, aquele que confeccionar o projeto básico não poderá concorrer à execução do objeto. Trata-se da segregação, como regra, das funções de *concepção* e *execução*.

(iv) O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos clássicos é marcado pela ausência de atribuição de riscos ao contratado. Se a execução for afetada por qualquer evento que modifique a relação inicial entre *encargos* e *remuneração*, caberá ao Poder Público providenciar o reequilíbrio.

(v) O “giro contratual” denotou dois movimentos distintos: **(a)** a opção pela *desestatização* como meio de atribuir à iniciativa privada a execução e gestão de serviços e obras públicas de infraestrutura; e **(b)** o aprendizado e a absorção, pelos contratos clássicos de técnicas e características oriundas dos contratos de *desestatização*, notadamente, das concessões e parcerias público-privadas.

---

passo seguinte para a construção e aceitação da nova lente para novos contratos, para novos objetos, cada vez mais complexos. (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. In: FREITAS, Rafael Vêras de; et al. (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte, 2017, p. 117-118.

(vi) O novo *modelo de empreitada*, trazido a lume pela *contratação integrada*, tem sua aplicabilidade voltada a objetos restritos, mediante justificativa *econômica e técnica*, que demonstre a *eficiência* de sua utilização. Essa eficiência pode se dar (a) por soluções eficientes a baixo custo; ou (b) por soluções eficientes, baseadas em índices dispostos no Edital. Nos detalhes laterais ao escopo do objeto, pode-se adotar a *teoria das condições implícitas*, pela qual o contratado tem a liberdade para concebê-los, todavia, ficando *implícitas* as obrigações de *bom acabamento* – prevalecendo as de menor preço. A *contratação será aconselhável* quando o preço mais alto da contratação propicie a diminuição dos custos *ex ante* (com estudos) e dos custos *ex post* (com termos aditivos).

(vii) Na comparação das propostas é fundamental que a *busca pela eficiência* não se descole da *isonomia*. Para tanto, os *fatores de discriminação*, que impactam na avaliação, devem ser ponderados conforme previstos no instrumento convocatório, levando em conta os resultados pretendidos.

(viii) A repartição de riscos gera uma nova lógica econômica nas empreitadas, com especial impacto no equilíbrio-econômico financeiro das avenças. Fundamental, portanto, que a administração realize o correto tratamento da *disciplina dos riscos*, com vistas ao incremento da eficiência econômica do contrato.

(ix) Concernente ao *equilíbrio econômico-financeiro*, a lógica do RDC é pouco afetada por suas próprias cláusulas. Todavia, o impacto é grande quando se adota a matriz de riscos como cláusula contratual definidora de riscos supervenientes à assinatura do contrato.

(x) A *aferição do custo* do empreendimento se faz por objetos similares. Todavia, nas frações detalhadas, a precificação seguirá conforme as demais empreitadas. No que tange ao *orçamento sigiloso*, não há uma comprovação inequívoca que a *divulgação dos preços seja* negativa, embora possa se advogar pela eficiência da opção do *sigilo*.

(xi) Por último, a Lei das Estatais, moldada para entes dinâmicos e descentralizados, trouxe ao ordenamento um novo modelo *design and build*: a *contratação semi-integrada* – que é regra no diploma. Nela, o projeto básico ou o *anteprojeto* podem contar com a atividade de concepção do contratado, conforme definido no *documento técnico*, anexo ao Edital. Em assim sendo, necessário trazer ao modelo as reflexões a propósito da *contratação integrada*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas: Licitação, contratação, fiscalização e utilização**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ALTOUNIAN, Cláudio; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Empresas Estatais: o regime jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ATALIBA, Geraldo. Licitação e igualdade entre os licitantes: princípio constitucional da isonomia e licitação. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo**. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AURÉLIO, Bruno. **A exploração da infraestrutura aeroportuária no Brasil. A INFRAERO e as concessionárias de serviço público**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. 33. Tiragem. Campus: Rio de Janeiro, 1997.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso de Direito Avançado de Direito Comercial**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A contratação semi-integrada na Lei das Estatais: críticas e proposições. **Revista Colunistas**. Direito do Estado. Ano 2016, num 27. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/alecia-paolucci-nogueira-bicalho/a-contratacao-semi-integrada-na-lei-das-estatais-criticas-e-proposicoes>>. Acesso em: 31.01.2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 24/99 – Plenário. Relator Ministro Adilson Motta. Julgamento em 17.03.1999.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 77/2002 – Plenário. Relator Ministro Adylson Motta. Julgamento em 20.03.2002.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 90/2002 – Plenário. Relator Ministro Guilherme Palmeira. Julgamento em 27.03.2002.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 1.692/2004 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgamento em 27.10.2004.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 601/2011 – Plenário. Relator Ministro José Jorge. Julgamento em 16.03.2011.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 1.510/2013 – Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Julgamento em 19.06.2013.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 1.465/2013 – Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Julgamento em 12.06.2013.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.172/2013 – Plenário. Relator Ministro André de Carvalho. Julgamento em 14.08.2013.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 1.541/2014 - Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 11.06.2014.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 1.888/2014 – Plenário. Relator Augusto Sherman. Julgamento em 16.07.2014.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.242/2014 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 27.08.2014.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.453/2014 – Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Julgamento em 17.09.2014.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 1.850/2015 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 29.07.2015.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.980/2015 – Plenário. Relator Ministra Ana Arraes. Julgamento em 18.11.2015.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 3.005/2015 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 25.11.2015.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.153/2015 – Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. Julgamento em 26.08.2015.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 877/2016 – Plenário. Relator Ministro Weder de Oliveira. Julgamento em 13.04.2016.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 1.388/2016 – Plenário. Relatora Ministra Ana Arraes. Julgamento 01.06.2016.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.433/2016 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 21.09.2016.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.725/2016 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgamento em 26.10.2016.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.903/2016 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 16.11.2016.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 460/2017 – Plenário. Relator Ministro André de Carvalho. Julgamento em 15.03.2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 1.569/2017 – Plenário. Relator Ministro Augusto Sherman. Julgamento em 19.07.2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.123/2017 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 27.09.2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.136/2017 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Julgamento em 27.09.2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 2.591/2017 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 22.11.2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 508/2018 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgamento em 14.04.2018.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº. 1.226/2018 – Plenário. Relator Benjamin Zymler. Julgamento em 30.05.2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 585.113-PE. Relator Ministro Peçanha Martins. Julgado em 5.4.2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA – CONFEA. **Resolução nº. 361/1991**. Brasília-DF. Disponível em: <<http://normativos.confea.org.br/downloads/0361-91.pdf>>. Acesso em 14.02.2018.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso Privativo de Bem Público por Particular**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Washington Machado de; et. at. **A Engenharia do Exército na construção do desenvolvimento nacional**: Tomo 01. Brasília: Departamento de Engenharia de Construção, 2014.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O contrato Administrativo**: noção e fundamentos. Revista dos Tribunais. RT 133/416, setembro/1941.

FREITAS, Rafael Vêras de. **Concessão de Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GARANTIA na execução. **Valor Setorial Infraestrutura**. Junho, 2018.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos Contratos Públicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei n. 13.303/16. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de Riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Equilíbrio-econômico financeiro nas concessões e PPP's: formação e metodologias de recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos Administrativos, equilíbrio econômico financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: Parceria Público-Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; KANAYAMA, Rodrigo Luís; HUNGARO, Luís Alberto. Apontamentos sobre o controle fiscal das Parcerias Público-Privadas. **Revista de Contratos Públicos**, v.10. p. 23-35, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS – IBRAOP. **IBR nº. 006/2016**. Orientação Técnica – Anteprojeto de Engenharia. Disponível em: <[http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2016/09/OT\\_-\\_IBR\\_006-2016-Vers%C3%A3o-Definitiva-10-05-2017.pdf](http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2016/09/OT_-_IBR_006-2016-Vers%C3%A3o-Definitiva-10-05-2017.pdf)>. Acesso em: 23.01.2018.

JURKSAITINS, Guilherme Jardim. **Em defesa do RDC**. Artigo publicado em 06/09/2011 no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961\\_Guilherme\\_Jardim\\_Jurksaitis\\_-Em\\_defesa\\_do\\_RDC\\_-\\_versão\\_pa..pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/961_Guilherme_Jardim_Jurksaitis_-Em_defesa_do_RDC_-_versão_pa..pdf)>. Acesso em: 11.07.2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo, Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de Serviços de Assistência à Saúde pelos Municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. Serviços públicos no Brasil: uma análise a partir das esferas de titularidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 253-274, abr. 2018.

MÂNICA, Fernando Borges; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Contratos de obra: critério de medição, pagamento e inconsistências no projeto básico. **Revista de Contratos Públicos**. n. 6. (set. 2014/fev. 2015). Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 85-97.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria Jurídica da Privatização**: fundamentos limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARIA, Paulo Ernesto Pfeifer Santa. **Preço Global em Obras Públicas**: Licitações e Projeto Básico. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITINS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e o Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARTINS, Licínio Lopes. **Empreitada de obras públicas**: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público. Coimbra: Almedina, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. Público-Privado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MENDES, Renato Geraldo. **O Regime Jurídico da Contratação Pública**. Curitiba: Zênite, 2008.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. In: FREITAS, Rafael Vêras de; et al. (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte, 2017.

MENEGAT, Fernando. Direito e Infraestrutura: propostas de (in) definição. **Revista de direito público da economia**. Belo horizonte, Fórum, 2003, v.13, n. 50, p. 127-147, abr./jun. 2015.

MENEZES, Flávio M. Uma introdução à teoria dos leilões. **Revista de Econometria**. Rio de Janeiro v.1, nº. 2, p. 235-255. novembro 1994/março 1995.

MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestruturas e a Lei das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei nº. 8.987/1995**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais. **Revista Colunistas**. Direito do Estado. Ano 2016, Num. 209. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes->

niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitações-e-contratacoes-das-estatais>. Acesso em: 02.10.2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da Isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Lantin, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PARANÁ. **Tribunal de Contas do Estado**. Caderno de Obras Públicas. Disponível em: <<http://www3.tce.pr.gov.br/contasdogoverno/2017/>>. Acesso em: 03.10.2018.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Modelos de estruturação de projetos de infraestrutura: uma perspectiva internacional**. In: International Finance Corporation. Estruturação de Projetos de PPP e Concessões no Brasil. 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Um framework para analisar modelos de estruturação de projetos no setor público**. In: International Finance Corporation. Estruturação de projetos de PPP e Concessão no Brasil. 2015.

PORTUGAL. **Código de Contratos Públicos**. Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (retificado pelas declarações de retificação n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e n.º 42/2017, de 30 de novembro). Disponível em: <[http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/ccp2018/CCP-DL\\_111-B.pdf](http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/ccp2018/CCP-DL_111-B.pdf)>. Acesso em: 28.06.2018.

RADAR PPP. **Guia prático para estruturação de programas e projetos de PPP**. São Paulo: 2014.

RADAR PPP. Disponível em: <<https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos/metro-de-sao-paulo-linha-6-laranja-estado-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 18.07.2018.

ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SUBRAMANIAN, Guhan. **Negotiauctions: Grandes estratégias para vencer negociações complexas e leilões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: \_\_\_\_\_. **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Licitações nas Estatais: levando a natureza empresarial a sério. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Acquisition Regulation – FAR**. Issued march 2005 by the: General Services Administration Department of Defense National Aeronautics and Space Administration (This edition includes the consolidation of all Federal Acquisition Circulars through 2001-27). Disponível em: <<https://www.in.gov/indiana-ptac/files/FAR.pdf>>. Acesso em 18.07.2018.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.