

A CONTRATAÇÃO INTEGRADA DO RDC: INTERPRETAÇÕES EQUIVOCADAS PODEM FULMINAR O INSTITUTO. COMO RESOLVER O PROBLEMA?

Cristiano Borges Castilhos¹

Patricia Sampaio Fiad²

Introdução

O aprimoramento das relações entre a administração pública e o particular passa, impreterivelmente, pelo avanço no arcabouço legal aplicável às contratações públicas. Com isso em vista, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instaurado pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, surgiu como uma alternativa ao regime tradicional de licitação pública, previsto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei de Licitações.

Dentre as principais novidades trazidas por esse regime, destaca-se a possibilidade da contratação integrada³, por meio da qual a administração pública transfere ao particular a elaboração dos projetos básico e executivo, conjuntamente com a execução de obras e serviços de engenharia, nos termos de seu art. 9, §1º, anteriormente vedada pela Lei de Licitações.⁴

Em 2012 e em 2015, por meio das Leis nº 12.688 e 13.190, respectivamente, o RDC teve seu escopo de aplicação sobremaneira expandido, de modo que o regime inicialmente instaurado para atender exclusivamente às licitações necessárias aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações da Fifa 2013 e à Copa do Mundo Fifa 2014, passou a ser aplicável para diversas outras hipóteses, dentre outras quais,

¹ Advogado com mais de 10 anos de experiência em projetos de infraestrutura e membro da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da OAB/RJ.

² Advogada, mestre em Direito Internacional e bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

³ O regime da contratação integrada já era previsto no universo de contratações da Petrobras, conforme Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998.

⁴ No regime de contratação da Lei de Licitações, os certames devem ser licitados, pelo menos, com o projeto básico.

destaca-se para fins específicos deste trabalho, as contratações de obras e serviços de engenharia relacionadas às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e àquelas relacionadas às melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística.

A instauração do RDC, contudo, não trouxe solução para todos os problemas enfrentados na esfera da contratação pública; ao contrário, sua aplicação vem expondo esse novo regime a dificuldades de cunho pragmático que precisam ser enfrentadas pelos agentes públicos e privados para que, efetivamente, alcance as melhorias almejadas.

A partir da análise de casos concretos e hipotéticos, o presente artigo tem foco, portanto, na aplicação do RDC na forma da contratação integrada, doravante designada pela sigla “RDCi”, às obras de engenharia e tem como objetivo analisar algumas das principais dificuldades enfrentadas na gestão dos contratos administrativos e propor soluções para os problemas identificados.⁵

1. Análise de quantitativos dos projetos básico e executivo e a indevida comparação com supostos, mas inexistentes, quantitativos do anteprojeto de engenharia

Em grande obra de mobilidade urbana licitada sob RDCi, cuja empresa pública estadual contratante obteve financiamento com órgão da administração pública federal, esse último exigiu a revisão dos projetos básico e executivo da contratada, para fins de liberação dos recursos.⁶

Na análise dos projetos, todavia, o agente financiador extrapolou os limites legais e conceituais do RDCi ao comparar os quantitativos previstos nos projetos básico e executivo com aqueles, supostamente, previstos no anteprojeto, ou seja, na fase licitatória.

A Lei nº 12.462/2011, ao permitir a contratação integrada, estabeleceu, em seu art. 9º, § 2º, inciso I, que a licitação terá como base um anteprojeto de engenharia, nos seguintes termos:

Art. 9º (...)

§ 2º No caso de contratação integrada:

⁵ Não desconhecemos os Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional (PLS 559/13 e PL 1.292/95), que visam a unificar as regras para contratações públicas. Entretanto, considerando que as iniciativas legislativas ainda pendem de aprovação, optou-se neste trabalho propor melhorias diretamente na Lei do RDC e em seu Decreto regulamentador.

⁶ A verificação dos projetos de engenharia pelo financiador é usual e encontra previsão em normativos expedidos pelos agentes financiadores.

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;

Nesta mesma previsão legal, é determinada, ainda, a forma como o valor da contratação deverá ser estimada:

Art. 9º (...), § 2º (...)

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

Tendo em vista que, na contratação integrada, caberá ao contratado a elaboração dos projetos básico e executivo, é próprio de sua lógica que o instrumento convocatório deverá conter, tão somente, o anteprojeto da obra contratada. Nessa hipótese, conforme visto, o inciso II, §2º, art. 9º, da mencionada Lei, determina que o valor da contratação, portanto, deverá ser estipulado, exclusivamente, com base em três alternativas: (i) nos valores praticados pelo mercado; (ii) nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares; ou (iii) na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. Resta, assim, evidente que, na fase de licitação do RDCi, não há previsão de quantitativos para a obra a ser contratada, o que se deve, sobretudo, ao baixo nível de detalhamento do anteprojeto.

Em linha com essa premissa, inclusive, a Lei exige o orçamento detalhado em quantitativos apenas em caso de licitações de obras com projetos básicos já elaborados (art. 2º, parágrafo único, inciso VI, Lei nº 12.462/2011). Ainda nessa esteira, o art. 40, §3º, do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, que regulamenta a Lei nº 12.462/2011, dispõe que, na hipótese de contratação integrada, o licitante deverá apresentar o valor do lance vencedor distribuído pelas etapas do cronograma físico, conforme definido no edital e em conformidade com o critério de aceitabilidade previsto na Lei, sem que seja necessária a estipulação de quantitativos. O mesmo Decreto regulamentador do RDC, nos termos do art.

66, §2º, expressamente restringe a análise dos projetos básico e executivo à verificação de sua adequação técnica em relação aos parâmetros definidos no instrumento convocatório. Essa previsão regulamentar, portanto, expressamente limita a abrangência de verificação dos projetos, sem permitir que se façam discussões e comparações sobre os quantitativos obtidos nos projetos detalhados (básico e executivo) com as supostas (mas inexistentes) quantidades do anteprojeto de engenharia. Essa restrição normativa coaduna-se à ideia central da contratação integrada, segundo a qual o risco de variações dos quantitativos estimados é exclusivamente do contratado.

É de relevo registrar, igualmente, que a hipótese de comparação entre quantitativos dos projetos básico e executivo com quantitativos supostamente aferidos a partir do anteprojeto, ao contrário do que preceitua a própria contratação integrada, inibiria a liberdade de oferecimento de soluções de engenharia para apresentação de propostas mais vantajosas na fase de licitação ou a ser desenvolvidas ao longo da elaboração dos referidos projetos.

Estranha, portanto, a proposta da administração pública de comparar os quantitativos constantes dos projetos mais detalhados (básico e executivo) com supostos (na verdade, inexistentes) quantitativos do anteprojeto.

Agrava-se ainda mais a situação quando, ao fazer o equivocado comparativo, a administração pública sugere haver variação negativa de quantidades e propõe, em razão da diminuição dos quantitativos, a redução do valor do contrato, não obstante constatada a total adequação técnica dos projetos desenvolvidos pelo contratado em relação aos parâmetros fixados no edital da licitação, tal como prescreve a norma regulamentadora.

Conclui-se, portanto, que, apesar de a Lei não deixar dúvidas quanto à irregularidade da exigência imposta, ainda mais diante do fato de a mesma ser contrária à própria lógica do RDCi, é preciso que os órgãos envolvidos consolidem esse entendimento, visto ser necessário, com urgência, a revisão dessa prática indevida.

Para contribuir neste sentido, sugere-se melhoria na redação do § 2º do art. 66 do Decreto nº 7581/2011, passando a ter a seguinte redação:

§ 2º No caso da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, a análise e a aceitação do projeto deverá limitar-se a sua adequação técnica em relação aos parâmetros definidos no instrumento convocatório, em conformidade com o art. 74, devendo ser assegurado que as parcelas desembolsadas

observem ao cronograma financeiro apresentado na forma do art. 40, § 3º, sendo, ainda, vedada a comparação de quantidades dos projetos apresentados pelo contratado com àqueles estimados no anteprojeto.

Entende-se que, assim, a lógica passaria a estar expressamente prevista na regra, evitando-se os equívocos verificados na prática contratual analisada e garantindo a segurança jurídica necessária aos contratos sob o RDCi.

2. Taxa de risco do RDCi: (i) distinção da taxa de risco inclusa no BDI e (ii) impossibilidade de redução ao longo do contrato

A licitação no âmbito do RDCi dá-se apenas com o anteprojeto e o contrato administrativo derivado do certame transfere ao particular a obrigação de elaborar os projetos básico e executivos. Nesta modalidade, transfere-se, igualmente, ao contratado os riscos de variação de quantidades entre aquelas possíveis de serem estimadas a partir do anteprojeto e as evidenciadas no detalhamento dos projetos básico e executivo. Tal risco somente materializa-se durante a execução do contrato e, por não ter referencial inicial na licitação, precisa ser mitigado.

Com esse fim, a Lei nº 12.462/2011 passou a prever a possibilidade de inclusão de uma taxa de risco no valor estimado da contratação, quando o instrumento convocatório prevê matriz de risco, de acordo com a seguinte redação:

Art. 9º (...)

§ 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.

Referida taxa de riscos está diretamente ligada à possibilidade de materialização de riscos a cargo do contratado na matriz, os quais, se concretizados, certamente, geram impactos ao particular e são mitigados pela taxa prevista.

O art. 75 do Regulamento da Lei do RDC estabelece a previsão de taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado (§1º) e que essa taxa de risco não integrará a parcela de benefícios e despesas indiretas (“BDI”) do orçamento estimado (§2º). A partir disso, é possível concluir se tratar de taxa de riscos específica e distinta daquela prevista no BDI.

Nada obstante tal previsão, nota-se que a normatização dessa nova taxa de riscos é bastante incipiente e a ausência de uma regulamentação mais clara e completa enseja, na prática, divergências de entendimentos entre os parâmetros definidores de seu patamar e de sua própria existência e legalidade. Por isso, não é exceção encontrarmos questionamentos de contratantes e de Tribunais de Contas a respeito dos critérios e da metodologia aplicada à definição da taxa de risco ora sob análise.

Isso considerado, este capítulo do trabalho se deterá em demonstrar as características desta taxa de riscos específica, sua efetiva necessidade para o equilíbrio das contratações integradas e, por fim, em afastar qualquer pretensão de redução do patamar da taxa, na medida em que determinados riscos não se materializem durante a execução do contrato.

Para elucidar melhor a diferenciação da taxa de riscos prevista para as contratações integradas da taxa de riscos considerada nos demais regimes de contratação, notadamente, os regimes empreitada por preço unitário ou por preço global, é importante assinalarmos que a taxa para riscos normais de engenharia sempre esteve presente nas orçamentações de obras, muito antes, inclusive, da introdução da contratação integrada no ordenamento jurídico.

De efeito, após o levantamento dos custos diretos e indiretos de uma obra, uma perfeita orçamentação prevê a adição do BDI, que, nas palavras de Maçahico Tisaka, é “uma taxa que se adiciona ao custo de uma obra para cobrir as despesas indiretas que tem o construtor, mais o risco do empreendimento, as despesas financeiras incorridas, os tributos incidentes na operação, eventuais despesas de comercialização, o lucro do empreendedor e o seu resultado é fruto de uma operação matemática baseados em dados objetivos envolvidos em cada obra”.⁷

Denota-se do conceito acima que “o risco do empreendimento” deverá ser alocado no BDI e isso deve ser feito indistintamente para toda e qualquer obra de engenharia.

Essa taxa de riscos, muitas vezes chamada de taxa de imprevistos, visa a cobrir eventuais incertezas decorrentes de omissão dos projetos, álea extraordinária ou extracontratual, insuficiência de informações etc.. Portanto, a partir do exame das

⁷ TISAKA, Maçahico. *Metodologia de cálculo da taxa do bdi e custos diretos para a elaboração do orçamento na construção civil*. Disponível em <https://www.institutodeengenharia.org.br/site/2009/01/28/metodologia-de-calculo-da-taxa-do-bdi-e-custos-diretos-para-a-elaboracao-do-orcamento-na-construcao-civil/>. Acesso em 11 de novembro de 2018.

informações disponibilizadas na licitação, especialmente daquelas constantes do projeto básico objeto de uma concorrência tradicional, o particular estima uma taxa de riscos e imprevistos a que pode se sujeitar durante a execução do contrato e a relaciona no BDI. Nesta taxa de riscos constante do BDI, estão os riscos comuns, ordinários e próprios de qualquer obra.

A partir de duas características muito singulares da contratação integrada do RDC – quais sejam, (i) licitação realizada com base em anteprojeto de engenharia e atribuição da realização dos projetos básico e executivo pelo contratado; e (ii) vedação à celebração de aditivos contratuais, a não ser em duas hipóteses específicas, previstas no art. 9º, § 4º, da Lei nº 12.462/2011 –, nasceu a necessidade do estabelecimento de uma nova taxa de riscos, absolutamente distinta da taxa de riscos ordinária prevista no BDI, devendo ambas coexistir no orçamento da obra.

E o porquê desta necessidade? Ora, se a licitação é realizada com nível baixo de detalhamento de projeto (o anteprojeto é um estudo preparatório de um projeto) e se não é dado ao particular o direito de aditar o contrato se materializados eventos e impactos não por ele previstos, torna-se necessário o estabelecimento de uma taxa de riscos que contemple – e mitigue – a materialização destes riscos.

A licitação de uma contratação integrada é, efetivamente, um convite ao risco. O certame é realizado com pouca informação, o licitante tem pouco tempo para avaliação do empreendimento (na maioria das vezes são apenas 15 dias úteis entre a publicação do edital e a apresentação das propostas, conforme art. 15, II, alínea a da Lei nº 12.462/2011) e, se algo inesperado e não previsto pelo particular ocorrer durante a execução contratual, a esse não será concedido o reequilíbrio do contrato por meio de aditivo.

Portanto, para fazer frente a tanta incerteza, somente a previsão de uma taxa de riscos específica, balanceada, compatível com o objeto da licitação e com as contingências atribuídas ao contratado poderia tornar a contratação integrada atrativa ao mercado. Do contrário, nenhum particular sério aceitaria assumir tamanha responsabilidade pelo incerto, sem a devida contraprestação.

Demonstrada a pertinência da taxa de riscos específica para as contratações integradas, passa-se a alertar a respeito de uma prática que, embora não usual, pode contaminar o adequado funcionamento do mecanismo de mitigação de riscos.

De efeito, tem-se conhecimento que um órgão controlador passou a questionar o patamar da taxa de riscos prevista em uma contratação integrada, a partir de suposta constatação de que determinados riscos não se materializaram na execução contratual. No caso em espécie, após a elaboração do projeto básico pelo contratado e sua apresentação ao contratante, momento em que as incertezas sobre o empreendimento são diminuídas frente à evolução do detalhamento dos projetos de engenharia, houve o escrutínio dos dados pelo controlador no sentido de perquirir se houve ou não a materialização dos riscos previstos na taxa. Após ultrapassadas as etapas de grande incerteza e superada boa parte da álea submetida à responsabilidade exclusiva do contratado, o controlador entendeu que deixou de existir os riscos atribuídos ao empreendimento e que, por isso, os valores derivados da taxa de riscos deveriam ser glosados do contrato.

Trata-se, obviamente, de uma conduta equivocada. Um paralelo interessante com a forma de agir do controlador pode ser traçado com o seguinte exemplo: um cidadão faz o seguro de seu automóvel junto a uma seguradora; o seguro tem vigência anual; após o transcurso de um ano sem a ocorrência de acidente ou furto/roubo do veículo, o segurado decide pedir a restituição dos prêmios pagos à seguradora. Seria possível semelhante situação? Logicamente não, pois durante todo o período de cobertura da apólice houve a transferência dos riscos de sinistro ao segurador. Logo, a inexistência de sinistro indenizável não enseja, sob qualquer ótica, o direito à restituição dos valores pagos pelo segurado.

Esse exemplo mundano demonstra claramente a indevida pretensão de redução da taxa de riscos durante a execução do contrato, notadamente, após o afastamento das incertezas atribuídas ao particular quando da contratação. É certo, deste modo, que o pacote de riscos e a remuneração estabelecidos na licitação e na consequente celebração do contrato não podem ser alterados pela contratante ou pelo órgão controlador acaso a evolução contratual demonstre que alguns riscos não se perfectibilizaram.

Desta forma, propõe-se as reflexões acima com o intuito de salvaguardar o entendimento mais adequado sobre a existência da taxa de riscos própria da contratação integrada, sua distinção e coexistência com a taxa de riscos inserta no BDI e afastar qualquer pretensão de diminuição ou afastamento da taxa com a evolução contratual.

3. Restrição à realização de aditivos e os riscos da administração pública

A Lei nº 12.462/2011 trouxe regra bastante restritiva quanto à possibilidade de aditamento contratual em caso de RDCi:

Art. 9º (...)

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

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

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

Ao contrário daquilo que se poderia esperar de uma norma que busca atualizar, modernizar e, conseqüentemente, flexibilizar o ordenamento pátrio em matéria de licitação, a Lei nº 12.462/2011 restringiu a possibilidade de alterações do contrato sob RDCi. A partir do engessamento do texto legal, há quem entenda que, caso um contrato sob RDCi sofra impacto de um evento previsto em sua matriz de risco como sendo de responsabilidade da administração pública, o mesmo não teria como ser aditado com fim de reequilibrar a equação econômico-financeira contratual ou mesmo prorrogar o prazo contratual.

Nesses termos, uma obra sob RDCi que sofre, por exemplo, atraso em seu cronograma original por conta de demora na conclusão das desapropriações – de responsabilidade do contratante –, poderia ser interrompida na data prevista de vencimento do contrato, visto que esse contrato – em tese e seguindo estritamente a norma – não poderia ser prorrogado.

Ocorre que, na prática, os contratos têm seus prazos aditados. Porém, considerando a restrição legal, os contratantes têm, invariavelmente, deixado de reconhecer sua responsabilidade pelos atrasos e imputam ao contratado os impactos de riscos alocados exclusivamente ao contratante na matriz de riscos. Essa solução, além de se tratar de uma aplicação indevida da norma legal, torna os contratos sobremaneira desequilibrados sob a ótica econômica e financeira. Recomenda-se, portanto, a revisão da previsão legal acima transcrita com vista a evitar situações absurdas como essas.

Em linha com uma visão mais flexível e, por isso, justa da relação contratual, a mais atual redação dos Projetos de Lei de Licitações que tramitam no Congresso Nacional (PLS 559/13 e PL 1.292/95), atualmente em trâmite na Câmara Federal, para unificar a

regulamentação do processo licitatório nacional, prevê expressamente que o contrato, dentre as outras hipóteses abaixo elencadas, poderá ser aditado caso ocorra evento superveniente relativo a risco assumido pela administração pública na matriz de riscos contratual:

Art. 131. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

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

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no art. 123;

III - por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 6º do art. 44;

IV - por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

Diante disso, sugere-se, novamente, alteração da Lei nº 12.462/2011, de modo a acrescentar previsão legal que permita o aditamento contratual que se faça necessário devido a eventos relativos à riscos assumidos pela administração pública, nos mesmos termos da redação atual do citado Projeto de Lei de Licitações.

4. Manutenção do desconto apresentado na licitação: impossibilidade nos casos de execução de solução alternativa em relação ao anteprojeto

A obrigatoriedade da manutenção do desconto apresentado na fase licitatória nos casos de aditivos contratuais teve início com a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO de 2009. Nos anos seguintes até 2013, as LDO's sistematicamente trouxeram exigência semelhante, inclusive com detalhamento de sua redação. A partir de 2014, as redações iniciais das LDO's permaneceram com esta limitação para os aditivos, porém, os dispositivos que previam o desconto foram vetados pelos, então, Presidentes da República, sob argumento de que os critérios para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia transcendem um exercício financeiro e, por isso, já estão disciplinados pelo Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013.

Efetivamente, o citado Decreto nº 7.983/2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados

e executados com recursos dos orçamentos da União, tratou do tema em seu art. 14, parágrafo único, determinando que o desconto da licitação não pode ser reduzido, ressalvadas as hipóteses de regimes de empreitadas por preço unitário e tarefa:

Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

Parágrafo único. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço unitário e tarefa, a diferença a que se refere o caput poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em casos excepcionais e justificados, desde que os custos unitários dos aditivos contratuais não excedam os custos unitários do sistema de referência utilizado na forma deste Decreto, assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada na licitação.

Ocorre que o citado Decreto, conforme previsão de seu art. 18, não se aplica às licitações e aos contratos regidos pelo RDC, o qual é regulamentado exclusivamente pelo Decreto nº 7.581/2011, que, igualmente, prevê que o desconto não pode ser reduzido em casos de aditamentos:

Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários. (...)

§ 7º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária.

Ainda sobre o tema, destaca-se a Portaria-Segecex nº 33, de 7 de dezembro de 2012, do Tribunal de Contas da União - TCU, que reproduz as regras anteriormente mencionadas⁸, além da previsão do desconto em aditivos constante no atual texto do

⁸ “Por força das Leis de Diretrizes Orçamentárias a partir de 2009 e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (instituído pela Lei 12.462/2011 e regulamentado pelo Decreto 7.581/2011), a regra geral a ser aplicada aos contratos em que haja aditamentos contratuais que modifiquem a planilha orçamentária é a manutenção do desconto original, em qualquer regime de execução contratual”.

Projeto de Lei de Licitações, mencionado anteriormente, que, sem buscar qualquer avanço no tema, repete a regra acima transcrita.⁹

Diante deste emaranhado normativo, poder-se-ia concluir, como tem sido feito em muitos casos pela administração pública, que, no RDCi, o desconto não poderia ser reduzido por aditivos, em nenhuma hipótese.

Contudo, a contratação integrada é direcionada a projetos que admitem “metodologias diferenciadas de execução”, nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei nº 12.462/2011, e do art. 74, § 2º do Decreto nº 7.581/2011. Neste contexto de inovação tecnológica e técnica e de possibilidade de utilização de métodos diferenciados (art. 9º, I e II da Lei do RDC), alguns editais de licitação apresentam a possibilidade de o licitante optar entre apresentar sua proposta baseada na “solução base” sugerida no anteprojeto ou apresentar uma solução alternativa, desde que contenha parâmetros técnicos e de qualidade em patamar igual ou superior à solução base.

Neste cenário, caso o licitante apresente uma proposta de acordo com a solução base, com desconto de, por exemplo, 10% sobre o preço do orçamento, certamente, esse patamar de desconto deverá ser mantido em todos os aditivos ao Contrato, em respeito à legislação já citada.

De outro lado, acaso o licitante apresente uma solução alternativa, portanto, distinta daquela sugerida no anteprojeto, independentemente da redução de valor em relação ao orçamento, não deveria ser aplicado qualquer desconto para os aditivos. Explicamos o porquê deste entendimento e, por mera didática, criamos um caso hipotético.

A administração pública define na fase interna da licitação que deseja fazer uma ponte entre duas extremidades e preceitua as características básicas deste empreendimento no anteprojeto de engenharia (“Ponte A”). Ainda na fase interna da licitação, resta evidenciado que o empreendimento pode ser executado com inovação tecnológica e com a utilização de métodos diferenciados de execução. Isto considerado e visando a se apropriar da inteligência do mercado privado, a administração pública define, no instrumento convocatório, que admitirá projetos alternativos para a realização da obra.

Realizada a licitação pelo menor preço, a licitante vencedora apresenta a melhor proposta de preços, considerando um projeto alternativo (“Ponte B”). Ou seja, a ponte que

⁹ Art. 126. Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

havia sido planejada de uma determinada forma pela administração pública durante o planejamento e a fase interna da licitação, a Ponte A, foi deixada de lado e o licitante vencedor apresentou uma nova versão de ponte: mais barata, com mais inovação e com uma forma diferenciada de execução, a Ponte B.

Na formação do preço desta Ponte B, a licitante vencedora não realizou seu orçamento com base em um desconto sobre o orçamento referencial da Ponte A, mas em uma nova orçamentação realizada à base-zero para uma ponte absolutamente diferente da idealizada inicialmente pelo Estado.

A Ponte A, na concepção da administração, previa, por exemplo, a execução de vigas moldadas *in loco*, com a necessidade da mobilização de pesada mão-de-obra e longo tempo de execução. A Ponte B, mais moderna e menos custosa, previa a execução das vigas pré-moldadas em indústria, com menor necessidade de mão-de-obra, reduzido tempo de execução e riscos minorados de acidentes na obra. Logo, a Ponte B é mais barata que a Ponte A. Na licitação, a empresa privada apresentou um preço 30% menor que o referencial, porém, isso não significa que ofertou desconto em relação ao orçamento. Na verdade, o que ocorreu foi a formação do menor preço possível para uma ponte diferente daquela concebida pela administração pública e não um desconto.

A finalidade dos dispositivos que preveem o desconto é assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a manter o percentual de desconto obtido na licitação, em relação aos preços referenciais do orçamento-base, mesmo após as alterações que modifiquem as bases contratuais. Assim, se equilíbrio econômico-financeiro do contrato brota de um preço original que não se estriba em percentual de desconto em relação ao preço referencial (caso da Ponte B), a obrigatoriedade de conceder descontos em aditivos macularia frontalmente o equilíbrio da avença.

É fácil assim constatar. Voltando ao exemplo hipotético: durante a execução da Ponte B, a qual possui preço 30% menor que o estimado para a antiga Ponte A, ocorre uma determinada alteração de projeto, a pedido da administração, conforme autoriza o art. 9º, § 4º, II. Neste pedido, o contratante requer a inclusão de alguns serviços não previstos originalmente no contrato e tais itens constituem serviços normais de engenharia, sem considerável inovação ou sofisticada solução técnica. A alteração contratual deverá ser formalizada por meio de um aditivo contratual. Para tanto, as partes formarão os preços para os serviços novos, buscando alcançar os padrões de mercado, sobre os quais não

deverá incidir, de forma alguma, a diferença percentual entre o preço do orçamento referencial e o preço ofertado inicialmente para a execução da Ponte B. Ou seria crível e razoável imputar um desconto de 30% para um serviço usual de engenharia, incluído *a posteriori* no Contrato? Logicamente não e estar-se-ia rompendo, sobremaneira, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Desta forma, para uma perfeita regulação das contratações integradas com projetos alternativos, torna-se necessário um aprimoramento da legislação aplicável, de modo que reste claro o afastamento da exigência de manutenção do desconto nestes casos específicos e que representam uma exceção à regra geral. Para tanto, recomenda-se a alteração da regulamentação aplicável ao RDCi, com a inclusão de ressalva no art. 42, § 7º do Decreto nº 7.581/2011, conforme segue:

Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários. (...)

*§ 7º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária, **ressalvada a hipótese de contratação integrada com adoção de solução alternativa decorrente de metodologias diferenciadas de execução, nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei nº 12.462/2011.***

5. Não aplicação dos preços referenciais do SICRO e SINAPI nas contratações sob o RDCi

Por fim, relevante mencionar um outro aspecto de implicação prática para as contratações sob RDCi, especificamente, nos casos em que há recursos da União.

Historicamente, as Leis de Diretrizes Orçamentárias regulavam a metodologia de cálculo dos custos de obras executadas com recursos dos orçamentos da União, de modo que a parametrizar os orçamentos considerando referenciais de preços.¹⁰ Em 2013, o tema passou a ser regulamentado pelo Decreto nº 7.983, de 08 de abril de 2013, em que se fixaram as seguintes regras:

¹⁰ LDO 2003: preços não poderiam ser superior a 30% dos constantes do SINAPI; LDO's 2004 a 2008: preços não poderiam ser superiores à mediana daqueles constantes do SINAPI; LDO 2009: preços deveriam ser iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no SINAPI; 2010 a 2013: preços deveriam ser menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no SINAPI ou no SICRO, para as obras e serviços rodoviários.

Art. 3o O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 4o O custo global de referência dos serviços e obras de infraestrutura de transportes será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema de Custos Referenciais de Obras - Sicro, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.

Conforme já trouxemos neste trabalho, o Decreto nº 7.983/2013 não se aplica ao RDC. Porém, foi a própria Lei que institui o regime que se encarregou de vincular os orçamentos das obras aos referenciais de preços, conforme se denota do art. 8º, § 3o da Lei nº 12.462/2011:

Art. 8º, § 3o O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

Entretanto, o Decreto nº 7.581/2011, que regulamentou a Lei do RDC, excepcionou as contratações integradas da regra geral aplicável para os demais regimes, dispondo que não é necessária a vinculação dos orçamentos aos preços referenciados no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, como é possível extrair da leitura do art. 66, § 4º, do Decreto nº 7.581/2011:

Art. 66. § 4º O disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.462 não se aplica à determinação do custo global para execução das obras e serviços de engenharia contratados mediante o regime de contratação integrada.

Temos, portanto, uma regra geral de vinculação de preços do RDC aos sistemas referenciais, prevista em lei, e uma exceção para as contratações integradas, regada por um mero Decreto.

Apesar da disposição do Decreto estar em linha com os conceitos de formação de preços da contratação integrada, previstos no art. 9º, §2º, II da Lei nº 12.462/2011 (acima transcrito), ela apresenta uma fragilidade: por não se tratar de uma disposição expressamente prevista em lei *stricto sensu*, poderia ser entendida como uma afronta ao princípio da legalidade.

Dentre os autores clássicos do Direito Administrativo, predomina o conceito de legalidade como sendo a orientação geral no sentido de que a administração pública só pode atuar naquilo em que é autorizada pela lei. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles afirma:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.”¹¹

Nesta mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho afirma que, de acordo com o referido princípio, “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei”.¹²

Marçal Justen Filho, por sua vez, define legalidade como sendo “a necessidade de existirem normas jurídicas produzidas por meio de lei”. Contudo, com o passar do tempo, esse conceito sofreu ampla revisão e, na vanguarda desse movimento, Marçal Justen Filho ensina que o princípio da legalidade, conforme adotado pela legislação nacional, não significa a necessidade de uma disciplina legal expressa e literal.¹³

Nesta esteira, Gustavo Binenbojm alcança uma análise crítica vanguardista sobre qual seria a função do princípio da legalidade no Direito Moderno e a conceitua como “uma vinculação positiva à lei”, de modo que o ato administrativo não deve se limitar à aplicação

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. Rio de Janeiro: Melhoramento.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

mecânica da lei. O autor defende, ainda, que a superação do paradigma do conceito de legalidade clássico só é possível, de fato, com a substituição da lei pela Constituição.¹⁴ Com base nesse entendimento mais moderno do conceito de legalidade, pode-se afirmar que a previsão, hoje, contida em Decreto vem sendo legalmente aplicada.

Contudo, diante de possível insegurança jurídica que tal tema pode vir a gerar, sugere-se que a mencionada disposição seja acrescida na própria Lei nº 12.463/2011, nos seguintes termos:

Art. 8º. § 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, exceto em caso de contratação integrada cujo custo global deverá observar o disposto no art. 9º, §2º, II dessa lei.

6. Considerações Finais

O presente trabalho tem por finalidade iniciar um debate no âmbito da regulamentação aplicada ao RDCi que envolva a iniciativa privada, os órgãos públicos contratantes, bem como os órgãos de controle e, sobretudo, o legislador. Este debate visa a aprimorar o regime legal do RDCi diante das dificuldades práticas e teóricas identificadas acima.

Dentre os aprimoramentos propostos, portanto, tem-se: (i) estabelecimento de regra clara quanto a inexistência de quantitativos no anteprojeto utilizado no processo de seleção e consequente impossibilidade de comparação entre esses supostos quantitativos e aqueles estabelecidos nos projetos básico ou executivo com fim de avaliação do preço contratual; (ii) clara regulamentação do conteúdo e do propósito da taxa de risco estabelecida no art. 9, §5º, da Lei nº 12.462/2011, bem como previsão legal no sentido da impossibilidade de redução da referida taxa em caso de não ter se concretizado qualquer dos riscos previstos; (iii) flexibilidade quanto às hipóteses de aditamento contratual frente às necessidades práticas historicamente constatadas, em especial quanto à necessidade de alteração contratual frente a eventos supervenientes relativos a risco assumido pela administração pública; (iv) no que se refere às contratações integradas com projetos alternativos, afastamento da exigência de manutenção do desconto, visto que o preço

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

orçado não tem como base aquele apresentado pela administração pública, logo, não se poderia falar em desconto; e (v) inclusão na própria Lei nº 12.462/2011 de regra que afaste a vinculação dos sistemas referenciais do SICRO e SINAPI para as contratações sob o RDCi.

Entende-se imprescindível a superação das mencionadas dificuldades para que o RDCI tenha, de fato, a eficácia que se aspirou quando de sua instauração, em 2011.

Referências bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. Rio de Janeiro: Melhoramento.

TISAKA, Maçahico. *Metodologia de cálculo da taxa do bdi e custos diretos para a elaboração do orçamento na construção civil*. Disponível em <https://www.institutodeengenharia.org.br/site/2009/01/28/metodologia-de-calculo-da-taxa-do-bdi-e-custos-diretos-para-a-elaboracao-do-orcamento-na-construcao-civil/>. Acesso em 11 de novembro de 2018.