

**CLÁUDIO SARIAN ALTOUNIAN • RAFAEL JARDIM CAVALCANTE**

Prefácio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes



# **RDC E CONTRATAÇÃO INTEGRADA NA PRÁTICA**

**250 QUESTÕES FUNDAMENTAIS**

**ATUALIZADO DE ACORDO COM A LEI Nº 12.980/2014 E O DECRETO Nº 8.251/14**

**INCLUI FLUXOGRAMA DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO**

 **EDITORA  
Fórum**

2ª edição revista e  
atualizada

---

Esse material estará disponível para download até 23h59 do dia 31/05/2020 e é protegido por direitos autorais sendo vedada a reprodução não autorizada, gratuita ou onerosamente, sob pena de ressarcimento, em caso de infração desses direitos.

É permitido citar os excertos em petições, pareceres e demais trabalhos, desde que seja informada a fonte, garantidos os créditos dos autores da obra, do órgão emanador da decisão ou informação e da publicação específica, conforme a licença legal prevista no artigo 46, III da Lei nº 9.610/1998.

# **RDC E CONTRATAÇÃO INTEGRADA NA PRÁTICA**

250 QUESTÕES FUNDAMENTAIS



CLÁUDIO SARIAN ALTOUNIAN  
RAFAEL JARDIM CAVALCANTE

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

*Prefácio*

# **RDC E CONTRATAÇÃO INTEGRADA NA PRÁTICA**

250 QUESTÕES FUNDAMENTAIS

2ª edição revista e atualizada

Belo Horizonte



2014

© 2014 Editora Fórum Ltda.  
2014 2ª edição revista e ampliada

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico,  
inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Gustavo Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virginia Prado Soares
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lúcio Delfino
Clovis Beznos	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Márcio Cammarosano
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Marcos Ehrhardt Jr.
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Egon Bockmann Moreira	Ney José de Freitas
Emerson Gabardo	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Fabício Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Supervisão editorial: Marcelo Belico  
Revisão: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Bibliotecária: Tatiana Augusta Duarte de Oliveira – CRB 2842 – 6ª Região  
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

R335 RDC e contratação integrada na prática: 250 questões fundamentais / Cláudio Sarian Altounian ; Rafael Jardim Cavalcante ; prefácio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 2. ed. rev. ampl. – Belo Horizonte : Fórum, 2014.

325 p. : il.  
ISBN 978-85-7700-977-0

1. Direito administrativo. 2. Licitações e contratos. 3. Obras públicas.  
I. Altounian, Cláudio Sarian. II. Cavalcante, Rafael Jardim.

CDD: 341.3  
CDU: 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e contratação integrada na prática*: 250 questões fundamentais. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 325 p. ISBN 978-85-7700-977-0.

*Aos que continuam iluminando o meu caminho: Márcia, Elisa,  
Maria, Melkin, Pedro Felipe, Rodrigo, Pedro e Avedis.*

Cláudio Sarian Altounian

*À vó Aida,  
Seio de coragem e eterna guardadora da família,  
Teu olhar zeloso vigiou-me nesta caminhada.*

Rafael Jardim Cavalcante



*Toda verdade passa por três estágios: primeiro, é ridicularizada; depois, violentamente combatida; e finalmente, aceita como evidente por si própria.*

(Arthur Schopenhauer)



## SUMÁRIO

---

LISTA DE FIGURAS.....	19
LISTA DE TABELAS .....	21
PREFÁCIO	
<b>Jorge Ulisses Jacoby Fernandes</b> .....	23
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO .....	25
APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO .....	27

### COMO UTILIZAR ESTE LIVRO?

#### CAPÍTULO 1

<b>ESTRUTURA DO LIVRO</b> .....	31
1. Qual a estrutura deste livro?.....	31
2. De que forma as questões foram distribuídas em cada capítulo? .....	32
3. Como pesquisar a jurisprudência do TCU?.....	34
4. Como permanecer atualizado com a jurisprudência do TCU? .....	36

#### PARTE I

### O RDC NA PRÁTICA

#### CAPÍTULO 2

<b>QUESTÕES GERAIS</b> .....	39
<b>2.1 PRINCÍPIOS – FILOSOFIA DO REGIME</b> .....	39
5. O que é o RDC?.....	39
6. Como surgiu o RDC?.....	40
7. Quais os objetivos do RDC? .....	41
8. De que forma o RDC procura viabilizar a obtenção da proposta mais vantajosa? O menor preço é sinônimo de melhor proposta? .....	42
9. Quais são os princípios para as licitações conduzidas com base no RDC? .....	45
10. Quais as diretrizes estabelecidas pelo RDC para as contratações públicas? .....	45
11. Qual a relação entre a melhor proposta e a sustentabilidade ambiental no RDC? ....	47
12. O RDC representa aperfeiçoamento ou retrocesso? .....	48
13. Quais os desafios para a Administração e para as empresas com a utilização do RDC? .....	49
<b>2.2 ÂMBITO E INCIDÊNCIA DO RDC</b> .....	50
14. Para quais licitações o RDC pode ser utilizado? .....	50
15. Como os Decretos nºs 7.581/2011 e 8.080/2013 regulamentaram a Lei nº 12.462/2011 e quais as limitações dessa regulamentação? .....	51

16. Quais entes federativos — União, Estados, Distrito Federal e Municípios — podem utilizar o RDC? .....	52
17. Os Decretos nºs 7.581/2011 e 8.080/2013 se aplicam a União, Estados, Distrito Federal e Municípios?.....	52
18. A Lei nº 12.462/2011 é suficiente para processar toda a licitação do empreendimento?.....	53
19. A utilização do RDC é obrigatória para as obras relacionadas na Lei nº 12.462/2011? .....	53
<b>2.3 APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.666/1993 .....</b>	<b>53</b>
20. Quais as hipóteses em que a Lei nº 8.666/1993 poderá ser utilizada em contratações do RDC? .....	53
21. Qual a maneira de utilizar a jurisprudência referente à Lei nº 8.666/1993 para as contratações do RDC? .....	54
22. As regras para a contratação direta mudaram no RDC? .....	55

### CAPÍTULO 3

#### **FASE PRELIMINAR À LICITAÇÃO .....**

#### **3.1 DEFINIÇÃO DA NECESSIDADE .....**

23. Qual o primeiro passo para se contratar? .....	57
24. Como motivar a economicidade acerca do que contratar?.....	58

#### **3.2 ESTUDOS DE VIABILIDADE .....**

25. O que são estudos de viabilidade?.....	59
26. Os estudos de viabilidade são obrigatórios?.....	59
27. Como iniciar o estudo de viabilidade de um empreendimento?.....	61
28. Que tipo de avaliações de preço podem ser feitas ainda na fase de concepção do empreendimento? .....	61
29. O que é a viabilidade técnica? .....	62
30. O que é a viabilidade financeira? .....	63
31. O que é a viabilidade econômica?.....	63
32. O que é a viabilidade ambiental? .....	64
33. Existe o estudo de viabilidade social ou político? .....	66
34. Enfim, como elaborar e motivar um processo, quanto à viabilidade?.....	66

### CAPÍTULO 4

#### **DEFINIÇÃO DO OBJETO E ESCOLHA DO REGIME DE EXECUÇÃO .....**

#### **4.1 A DEFINIÇÃO DO OBJETO .....**

35. Quais são os estudos e projetos necessários para a definição do objeto? .....	67
36. O RDC aboliu a necessidade de projeto básico para licitar? .....	69
37. O RDC exige a definição precisa do objeto? Em que grau de detalhamento? .....	70

#### **4.2 REGIMES DE EXECUÇÃO .....**

38. O que é regime de execução?.....	75
39. Quais os regimes de execução contratual previstos no RDC?.....	75
40. Afinal, o que é contratação integrada? .....	76
41. Existe preferência para escolha do regime de execução?.....	77
42. Como optar pelos regimes existentes?.....	77
43. Qual o impacto nos critérios de aceitabilidade de preços decorrente do regime de execução escolhido? .....	79

44.	Como o licitante deve proceder em caso de constatar equívocos no projeto ou orçamento-base em função do regime de execução? .....	80
45.	Quais os limites para os aditivos em cada regime de execução? .....	80
46.	É possível utilizar um regime de execução contratual misto ou combinado? .....	82
<b>4.3</b>	<b>LICENCIAMENTO AMBIENTAL</b> .....	<b>83</b>
47.	Quais as licenças ambientais necessárias em um empreendimento? .....	83
48.	Quais as etapas para a obtenção de todas as licenças?.....	84
<b>4.4</b>	<b>PROJETO BÁSICO</b> .....	<b>85</b>
49.	O que há de novo no conceito de projeto básico comparativamente à Lei nº 8.666/1993? .....	85
50.	Por que se dá tanta importância ao projeto básico? .....	86
51.	Qual a diferença entre projeto básico e projeto executivo?.....	86
52.	Quais elementos devem fazer parte do projeto básico? .....	88
53.	Quem é responsável pela elaboração de projeto básico? .....	89
54.	Como proceder se o projeto básico estiver desatualizado no tempo?.....	89
55.	O projeto executivo é necessário para a licitação? E para o início dos serviços?.....	90
56.	Qual a diferença entre projeto básico e termo de referência, e quando utilizar cada um deles?.....	90
<b>4.5</b>	<b>INDICAÇÃO DE MARCAS</b> .....	<b>91</b>
57.	O que mudou com relação à possibilidade de indicação de marcas ou modelos para aquisição de bens? .....	91
<b>4.6</b>	<b>SUSTENTABILIDADE</b> .....	<b>92</b>
58.	O que é sustentabilidade?.....	92
59.	Quais os atos normativos aplicáveis afetos à sustentabilidade? .....	93
60.	O que mudou, no RDC, com relação à sustentabilidade? .....	94
61.	Como aplicar, na prática, o princípio da sustentabilidade? .....	94
CAPÍTULO 5		
<b>ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO-BASE</b> .....		<b>97</b>
<b>5.1</b>	<b>ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO-BASE</b> .....	<b>97</b>
62.	Qual a diferença entre orçamento estimado e orçamento detalhado? .....	97
63.	Como elaborar o orçamento estimado e qual sua utilidade no RDC?.....	98
64.	Como elaborar o orçamento-base da Administração de forma detalhada? .....	99
65.	Qual a base de dados referencial para a elaboração de orçamentos?.....	101
66.	As referências do Sinapi e do Sicro são obrigatórias para o cálculo dos custos diretos? .....	101
67.	Posso adaptar os paradigmas oficiais do Sicro e do Sinapi de acordo com as particularidades de cada empreendimento?.....	102
68.	Qual BDI utilizar? .....	102
<b>5.2</b>	<b>ORÇAMENTO SIGILOSO</b> .....	<b>105</b>
69.	O que é o “orçamento sigiloso”? .....	105
70.	Existe alguma situação em que o orçamento deve ser disponibilizado obrigatoriamente?.....	106
71.	O orçamento sigiloso é facultativo ou obrigatório?.....	106
72.	Quais as situações que recomendam a opção pelo “orçamento sigiloso”?.....	107
73.	Quais as situações que recomendam a divulgação do orçamento-base? .....	108
74.	Até qual momento o sigilo do orçamento deve ser mantido? .....	108

## CAPÍTULO 6

<b>PROCESSO LICITATÓRIO</b> .....	111
<b>6.1 COMISSÃO DE LICITAÇÃO</b> .....	111
75. Como constituir uma comissão de licitação e qual a responsabilidade de seus membros? .....	111
76. Quais as competências dos membros da Comissão? .....	112
77. A comissão de licitação pode autorizar os licitantes a alterar o teor das propostas?.....	114
<b>6.2 ASSESSORIA JURÍDICA</b> .....	114
78. Qual a responsabilidade da assessoria jurídica? .....	114
<b>6.3 ATOS PREPARATÓRIOS</b> .....	115
79. Quais são os atos preparatórios do certame? .....	115
<b>6.4 FASES DA LICITAÇÃO</b> .....	117
80. Quais são as fases da licitação no RDC? .....	117
81. O que é inversão de fases no RDC e quando é recomendável? .....	118
<b>6.5 MODO DE DISPUTA</b> .....	119
82. O que é modo de disputa aberto e fechado?.....	119
83. É possível combinar os modos aberto e fechado?.....	119
84. O RDC extinguiu a modalidade pregão? O modo de disputa aberto é o pregão?.....	120
85. Com escolher o modo de disputa mais adequado ao caso concreto?.....	120
86. O que são lances intermediários?.....	123
87. Posso estabelecer um intervalo mínimo entre um lance e outro? Quais os cuidados? .....	123
88. De que forma os licitantes devem apresentar suas propostas ao final dos lances?.....	125
89. É possível reabrir a disputa? .....	126
90. Como ficam as modalidades de licitação? .....	127
<b>6.6 FORMA DE DISPUTA</b> .....	127
91. A forma de execução da licitação deverá ser eletrônica? Ou pode ser presencial?.....	127
92. Como proceder na forma presencial? .....	128
93. Como proceder na forma eletrônica?.....	128
<b>6.7 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO</b> .....	129
94. Quais os critérios de julgamento previstos no RDC? Qual a novidade em relação à Lei nº 8.666? .....	129
95. Existe margem de preferência para o julgamento das propostas no RDC? .....	130
96. Quais os detalhes do menor preço ou maior desconto?.....	130
97. O que é o menor dispêndio previsto no RDC? .....	134
98. Quais os detalhes da técnica e preço?.....	135
99. Quais os detalhes da melhor técnica ou conteúdo artístico? .....	135
100. Como estabelecer critérios de pontuação técnica?.....	136
101. Quais os detalhes da maior oferta de preço?.....	137
102. Quais os detalhes do maior retorno econômico e dos contratos de eficiência?.....	138
103. E se a promessa da empresa no critério do maior retorno econômico não for cumprida?.....	140
104. Existem restrições para a escolha do critério de julgamento?.....	141

<b>6.8</b>	<b>PREVISÃO DE CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS DE PREÇOS</b>	142
105.	Há diferença nos critérios de julgamento de preços em face do regime de execução escolhido para as obras e serviços de engenharia?	142
106.	Como proceder a avaliação de preços em função do regime de execução?	144
<b>6.9</b>	<b>ELEMENTOS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO</b>	145
107.	Quais elementos devem constar do instrumento convocatório?	145
<b>6.10</b>	<b>PUBLICAÇÃO DO EDITAL</b>	147
108.	Como proceder para a publicação dos instrumentos convocatórios?	147
<b>6.11</b>	<b>PRAZOS PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS</b>	147
109	E os prazos para apresentação das propostas?	147
110.	E se houver a necessidade de correção do edital?	148

## CAPÍTULO 7

### **HABILITAÇÃO, PRÉ-QUALIFICAÇÃO, SRP E OUTROS PROCEDIMENTOS**

<b>AUXILIARES</b>	151
-------------------	-----

<b>7.1</b>	<b>HABILITAÇÃO</b>	151
------------	--------------------	-----

111.	As regras de habilitação da Lei nº 8.666/1993 continuam aplicáveis?	151
112.	O que há de novo em relação às condições de habilitação?	151
113.	Preciso exigir a habilitação de todos os licitantes ou apenas da proposta vencedora?	152
114.	E se a proposta melhor classificada não for habilitada?	153
115.	Quais as principais orientações da Lei nº 8.666/1993 para fins de habilitação jurídica?	153
116.	Quais as principais orientações da Lei nº 8.666/1993 para fins de qualificação técnica?	153
117.	Quais as quantidades a serem exigidas pela Administração para comprovação da capacidade técnico-operacional?	154
118.	É possível aceitar o somatório de quantidades de atestados para comprovação de experiência?	155
119.	É possível exigir atestados para a comprovação de capacidade técnico-profissional?	156
120.	É possível exigir vínculo empregatício entre o licitante e o profissional detentor dos atestados?	157
121.	É possível exigir a visita técnica ao local da obra como condição de habilitação?	158
122.	É possível exigir a apresentação do visto do CREA no local de execução da obra?	159
123.	Quais as principais orientações da Lei nº 8.666/1993 para fins de qualificação econômico-financeira?	160
124.	Quais as principais orientações da Lei nº 8.666/1993 para fins de regularidade fiscal e trabalhista?	161
125.	De que forma devem ser apresentados os documentos de habilitação?	162
126.	Como evitar que licitantes que não possuam habilitação participem da fase de lances?	163
127.	É viável estabelecer condições de sustentabilidade como habilitação técnica dos certames?	163
128.	É possível a participação de consórcios na licitação? Houve alguma inovação? Quais os cuidados?	165
129.	De que maneira será tratada a responsabilidade e a liderança das empresas consorciadas?	166
130.	Quais fornecedores têm preferência na contratação?	167

<b>7.1.1 VEDAÇÕES</b> .....	169
131. Quem não pode participar da licitação? .....	169
132. A empresa contratada para executar a obra pode subcontratar a autora do projeto básico para fazer o projeto executivo? .....	169
133. Qual o motivo da vedação da participação de determinadas pessoas em licitações? .....	170
<b>7.1.2 SOLIDARIEDADE DE FABRICANTE</b> .....	170
134. O que é carta de solidariedade do fabricante? .....	170
135. É possível exigir carta de solidariedade de fabricante? .....	170
<b>7.1.3 CERTIFICAÇÃO DE QUALIDADE DO PRODUTO OU DO PROCESSO DE FABRICAÇÃO</b> .....	173
136. O que é certificação de qualidade ou do processo de fabricação? .....	173
137. Quando é possível exigir certificação de qualidade? .....	173
138. O que mudou na exigência de certificação em relação ao previsto na Lei nº 8.666/1993? .....	174
<b>7.2 PROCEDIMENTOS AUXILIARES</b> .....	176
139. O que são procedimentos auxiliares? .....	176
<b>7.2.1 PRÉ-QUALIFICAÇÃO</b> .....	176
140. O que é pré-qualificação e como utilizá-la? .....	176
141. Quais os riscos da pré-qualificação? .....	178
<b>7.2.2 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS</b> .....	179
142. O que é SRP? .....	179
143. Quando utilizar o SRP? .....	181
144. Quem organiza o SRP e quais as suas obrigações? .....	182
145. Quem são os órgãos participantes no RDC e quais suas responsabilidades? .....	184
146. O que é o órgão “aderente”, “não participante” ou “carona”? .....	185
147. Existe alguma diferença entre o Registro Preços no RDC e no regime geral? .....	185
148. É permitida a licitação de obras mediante o SRP? .....	187
149. Existe uma quantidade máxima para os “caronas”? .....	191
150. Qual o prazo de validade de uma Ata de Registro de Preços? .....	192
151. Os quantitativos contratados mediante o SRP poderão sofrer acréscimos? .....	193
152. É obrigatória a contratação via SRP quando houver ata de Registro de Preços? .....	193
153. Órgãos da Administração municipal e estadual podem aderir à ata de SRP federal? E o contrário? .....	194
154. É possível realizar licitação unicamente para “caronas”? .....	194
155. As vencedoras das licitações mediante SRP são obrigadas a fornecer as quantidades registradas? .....	195
156. É possível exigir, como condição para celebração de convênios, que os Estados, Distrito Federal e Municípios adiram à ata previamente licitada pela União? .....	197
157. É possível licitar um SRP por “técnica e preço”? .....	198
<b>7.2.3 CADASTRAMENTO</b> .....	199
158. O que são os registros cadastrais? .....	199
<b>7.2.4 CATÁLOGO ELETRÔNICO DE PADRONIZAÇÃO</b> .....	200
159. O que é catálogo eletrônico de padronização? .....	200
160. Qual a vantagem da implementação desse catálogo? .....	201
161. Como fazer valer o princípio da padronização no RDC? .....	201

<b>7.3 AMOSTRA</b> .....	202
162. É possível solicitar amostra? Em que momento?.....	202
163. Por que solicitar amostras? .....	203
164. Podem ser exigidas amostras para fins de habilitação? .....	203

## CAPÍTULO 8

### **REGRAS PARA EXECUÇÃO CONTRATUAL** .....

<b>8.1 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL</b> .....	205
165. É possível estabelecer remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada? Quais diretrizes devem ser observadas? .....	205
166. Quais cuidados tomar na remuneração variável? .....	207
167. Como definir os critérios para a remuneração variável? .....	208
<b>8.2 CONTRATAÇÃO SIMULTÂNEA</b> .....	210
168. O que é contratação simultânea?.....	210
169. Como fazer o controle dos contratos simultâneos?.....	211
<b>8.3 SUBCONTRATAÇÃO</b> .....	212
170. É possível a subcontratação no RDC? .....	212
171. Qual a responsabilidade do contratado no caso de subcontratação? .....	213

## CAPÍTULO 9

### **AValiação DAS PROPOSTAS DOS LICITANTES** .....

<b>9.1 A AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS</b> .....	215
172. Qual o papel da Comissão? .....	215
173. Quando desclassificar uma proposta? .....	216
174. Como avaliar a economicidade das propostas nas licitações de obras e serviços de engenharia? .....	217
175. Preciso avaliar a conformidade de todas as propostas?.....	218
176. O que é a “fase de negociação”?.....	219
177. Qual a diferença entre “negociar”, “solucionar conflito” e “barganhar” em uma licitação?.....	219
178. De que forma se dá a solução de problemas e a barganha em uma licitação?.....	220
179. Como avaliar e negociar o preço fornecido pelos licitantes? .....	220
180. É possível que a Administração modifique seu orçamento-base para um valor maior na fase de negociação? .....	221
181. E se houver empate? .....	223
182. Como proceder no caso de participação de empresas de pequeno porte na licitação? .....	224
183. Quais as providências da Comissão para a análise dos preços licitatórios em um regime de execução por preços unitários? E nas contratações por tarefa? .....	224
184. Quais as providências da Comissão na análise de valores em licitação que contemple regime de preço global?.....	226
185. Como definir o valor da inexequibilidade? .....	226
186. O que fazer quando as propostas estiverem abaixo do valor do limite de exequibilidade? .....	227
187. Como manter o sigilo na fase de negociação? .....	228
188. Como a Comissão deve agir caso um licitante na “técnica e preço” tenha maior pontuação global, mas esteja acima do valor orçado sigiloso; enquanto outro de menor pontuação tenha preço dentro do limite estabelecido? .....	231

## CAPÍTULO 10

<b>FASE RECURSAL E ADJUDICAÇÃO DO OBJETO .....</b>	<b>233</b>
189. Como serão processados os recursos? O que é a fase recursal única? .....	233
190. Posso ter mais de uma fase recursal no RDC?.....	233
191. Quais os prazos para pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos?.....	234
192. Qual o momento para o licitante manifestar a intenção de recorrer?.....	235
193. Qual o processamento a ser dado pela Administração aos recursos interpostos?..	235
194. Quais os efeitos do acolhimento do recurso?.....	235
195. Como manter a fase recursal única em licitações por técnica e preço? .....	236
196. Quais os procedimentos depois de encerrada a fase recursal? .....	237
197. E se o licitante convocado não comparecer para firmar contrato?.....	237

## CAPÍTULO 11

<b>EXECUÇÃO CONTRATUAL E SANÇÕES.....</b>	<b>239</b>
<b>11.1 FASE CONTRATUAL.....</b>	<b>239</b>
198. A Lei nº 12.462/11 é suficiente para orientar a execução contratual? O que mudou em relação à Lei nº 8.666/1993? .....	239
199. Quem deve fiscalizar o empreendimento?.....	240
200. O projeto executivo é obrigatório? .....	240
201. A documentação “as built” é obrigatória?.....	241
202. Como são realizadas as medições nos regimes de execução por preço global e por preço unitário?.....	241
203. As regras para a celebração de termos aditivos mudaram?.....	241
204. Como estabelecer preços de aditivos? .....	243
205. Como proceder em caso de fusão, cisão ou incorporação do contratado, ou de substituição de consorciado? .....	246
206. Quais os cuidados a serem adotados pela Administração no recebimento do objeto contratual?.....	246
<b>11.2 REMANESCENTE DE OBRA E CHAMAMENTO DO SEGUNDO COLOCADO .....</b>	<b>247</b>
207. Quais as mudanças relativas à contratação do remanescente de obras trazidas pelo RDC em relação à Lei nº 8.666/1993?.....	247
<b>11.3 RESCISÃO E SANÇÃO .....</b>	<b>248</b>
208. Quais as normas aplicáveis para a rescisão contratual? .....	248
209. Quais as sanções contratuais previstas no RDC?.....	250

## PARTE II

### A CONTRATAÇÃO INTEGRADA

## CAPÍTULO 12

<b>ANTEPROJETO.....</b>	<b>253</b>
<b>12.1 REQUISITOS.....</b>	<b>253</b>
210. O que é a contratação integrada? .....	253
211. Como definir uma obra a ser licitada sem que exista o projeto básico do empreendimento? .....	254
212. O que é o anteprojeto de engenharia? .....	256
213. Quais os elementos mínimos de um anteprojeto? .....	258
214. Qual o grau de precisão requerido para um anteprojeto? .....	266

215. O que é a “matriz de riscos”? .....	269
216. A matriz de riscos é obrigatória? .....	276
217. Como distribuir os riscos do edital de licitações? Como elaborar uma matriz de riscos? .....	277
218. Como elaborar a matriz de riscos em face do nível de complexidade do empreendimento? .....	280
219. É possível existir “risco compartilhado”? Como utilizar a remuneração variável como ferramenta de distribuição de riscos? .....	282
220. As referências oficiais de preço do Sinapi e do Sicro são obrigatórias nas contratações integradas, para orçar o anteprojeto? .....	283
221. Qual o BDI utilizar nas contratações integradas? Existe alguma diferença? .....	285
222. Quais os problemas possíveis na avaliação de prazos do empreendimento, nas contratações integradas? .....	286
<b>12.2 QUANDO UTILIZAR</b> .....	288
223. Quando utilizar a contratação integrada? .....	288
224. As contratações integradas são mais caras? Como quantificar esse valor? .....	293
225. As obras executadas mediante contratação integrada são mais rápidas? .....	294
226. Posso justificar a utilização da contratação integrada porque não houve tempo para a contratação do projeto básico? .....	296

## CAPÍTULO 13

<b>ELABORAÇÃO DO EDITAL E FASE LICITATÓRIA</b> .....	297
227. A modalidade de execução de “técnica e preço” é obrigatória? O que pontuar como critério técnico nas contratações integradas? .....	297
228. Como avaliar a melhor proposta na contratação integrada? .....	299
229. E o critério de aceitabilidade de preços nas contratações integradas? .....	300
230. É preciso apresentar as composições de custo unitário nas contratações integradas? E o demonstrativo de BDI? .....	301
231. O que pedir nas condições de seguro? Existe alguma relação dos seguros com o exigido na matriz de riscos e no anteprojeto? .....	303
232. Os limites de 5% (ou 10%) para o Seguro Garantia, estabelecidos na Lei nº 8.666/1993 ainda são obrigatórios nas contratações integradas? .....	305
233. De quem é a responsabilidade pela obtenção das licenças ambientais nas contratações integradas? Quando são exigidas? .....	309
234. De quem é a responsabilidade pelas desapropriações, nas contratações integradas? .....	310
235. Qual o possível impacto, na matriz de riscos, da necessidade de desapropriar? ....	311
236. Que cuidados tomar caso se opte pela remuneração variável nas contratações integradas? .....	311
237. É possível utilizar a contratação integrada em uma dispensa ou inexigibilidade de licitação? .....	312

## CAPÍTULO 14

<b>FASE CONTRATUAL</b> .....	315
238. A aprovação do projeto básico continua obrigatória pela autoridade competente? Como estruturar uma equipe para acompanhar o objeto e quais os desafios? .....	315
239. Uma supervisora é necessária? .....	316
240. A Administração também será responsável pelas soluções de projeto? A Administração pode vetar alguma solução técnica proposta no projeto básico elaborado pela contratada? O que observar e o que exigir? .....	317

241. Quais as condições para a emissão da ordem de serviço?.....	319
242. Deve-se exigir da contratada a apresentação do projeto executivo? .....	320
243. Ao apresentar o projeto básico, a contratada é obrigada a fornecer o orçamento da obra e as composições de custo unitário? .....	322
244. A subcontratação é permitida? É possível subcontratar a elaboração do projeto básico?.....	323
245. É possível subcontratar a autora do anteprojeto para elaborar o projeto básico e executivo a cargo da empreiteira? .....	326
246. De quem é a responsabilidade pela aprovação dos projetos nos órgãos governamentais (corpo de bombeiros, companhias de distribuição de luz e água, etc.)? .....	327
247. Existe diferença entre a forma de realização das medições nas contratações integradas e nas empreitadas por preço global? .....	327
248. O que mudou com relação aos termos aditivos na contratação integrada? .....	329
249. E se houver a necessidade de chamar a segunda colocada para a continuidade da obra, na contratação integrada?.....	331
250. Como ficam as condições de garantia na contratação integrada, após a entrega do objeto?.....	332
REFERÊNCIAS .....	335

## LISTA DE FIGURAS

---

Figura 1.1 – Estrutura básica do livro .....	31
Figura 1.2 – Estrutura da consolidação das questões do livro (Parte I).....	33
Figura 1.3 – Acesso à jurisprudência do TCU por meio da <i>homepage</i> (1/3).....	34
Figura 1.4 – Acesso à jurisprudência do TCU por meio da <i>homepage</i> (2/3).....	35
Figura 1.5 – Acesso à jurisprudência do TCU por meio da <i>homepage</i> (3/3).....	35
Figura 2.1 – RDC: Caminhos para a obtenção da melhor proposta .....	44
Figura 2.2 – Relação dos objetivos com as diretrizes do RDC .....	46
Figura 2.3 – Aplicabilidade da jurisprudência relativa à Lei de Licitações no RDC.....	55
Figura 3.1 – Relação entre a economicidade e o problema a ser resolvido.....	59
Figura 3.2 – Etapas anteriores à contratação do empreendimento .....	66
Figura 4.1 – Ciclo de vida de uma obra .....	68
Figura 4.2 – Elementos técnicos utilizados na contratação de uma obra pública.....	69
Figura 4.3 – Alternativas do regime licitatório a ser utilizado .....	70
Figura 4.4 – Desenvolvimento dos projetos de engenharia x Erros de estimativa .....	72
Figura 4.5 – Escolha do regime de execução em função da complexidade do empreendimento... 79	
Figura 4.6 – Referências paramétricas para obtenção de quantidades.....	99
Figura 6.1 – Estrutura básica da licitação após a publicação do edital.....	118
Figura 6.2 – Faixa aceitável de preços para critério de classificação.....	143
Figura 6.3 – <i>Checklist</i> de apoio aos gestores para verificação da conformidade do edital às exigências do RDC .....	146
Figura 7.1 – Requisitos de habilitação, conforme a Lei de Licitações e o RDC.....	152
Figura 7.2 – Número de licitantes x Desconto em relação ao orçamento paradigma .....	178
Figura 7.3 – Exemplo de Ata de Registro de Preços.....	180
Figura 7.4 – Limites para adesão de “caronas” .....	192
Figura 7.5 – Remuneração variável em Missouri em função do conforto da via .....	206
Figura 7.6 – Remuneração variável em Minnesota em função do conforto da via.....	207
Figura 7.7 – Hipóteses de desclassificação das propostas .....	216
Figura 7.8 – Faixa de aceitação de preços x Barganha (ver questão 105) .....	220
Figura 11.1 – Procedimentos básicos para a definição de aditivos de preços.....	244
Figura 12.1 – Requisitos do anteprojeto .....	255
Figura 12.2 – Peças exigidas no anteprojeto.....	255
Figura 12.3 – Fases da vida de um empreendimento .....	256
Figura 12.4 – Elementos mínimos de anteprojeto .....	258
Figura 12.5 – Alocação de riscos x Elementos mínimos do anteprojeto.....	259
Figura 12.6 – Projeto básico de engenharia: Condições de contorno x Soluções técnicas.....	261
Figura 12.7 – Elementos presentes em projeto de engenharia .....	262
Figura 12.8 – Elementos de anteprojeto para edificações (contratação integrada) .....	264
Figura 12.9 – Elementos de anteprojeto no RDC para sistemas complementares.....	265
Figura 12.10 – Detalhamento obrigatório das condições de contorno no anteprojeto .....	266
Figura 12.11 – Precisão do anteprojeto.....	267
Figura 12.12 – Matriz de riscos x Termos aditivos.....	270
Figura 12.13 – Condições de contorno como risco da Administração.....	279
Figura 12.14 – Relação entre complexidade do empreendimento e alocação de riscos .....	281
Figura 12.15 – Referências de preços para contratação integrada .....	285
Figura 12.16 – Motivações para a contratação integrada.....	293

Figura 12.17 – Motivação do preço ofertado na contratação integrada .....	303
Figura 12.18 – Tripé da contratação integrada.....	305
Figura 12.19 – Relação entre ao aumento dos riscos e as cautelas mediante seguro.....	309
Figura 12.20 – Requisitos para emissão da ordem de serviço nas contratações integradas ....	319
Figura 12.21 – Inclusão do projeto executivo como encargo do contratado?.....	322
Figura 12.22 – Vedação à subcontratação do “principal do objeto” .....	325

## LISTA DE TABELAS

---

Tabela 2.1 – Propostas hipotéticas de preços .....	43
Tabela 3.1 – Referências expeditas de custos .....	62
Tabela 3.2 – Demonstrativo de responsabilidades nos estudos ambientais .....	65
Tabela 4.1 – Objetivos das principais peças caracterizadoras de uma obra .....	69
Tabela 4.2 – Precisão do orçamento por fase de amadurecimento do projeto .....	73
Tabela 4.3 – Faixa de precisão do orçamento preliminar .....	73
Tabela 4.4 – Comparação dos conceitos de projeto básico no RDC e na Lei nº 8.666/1993 ....	85
Tabela 4.5 – Elementos exigidos no projeto básico e seus objetivos .....	88
Tabela 4.6 – Precisão de metodologias de avaliação de custo x Fase do empreendimento .....	98
Tabela 4.7 – Exemplos de referências paramétricas para cálculo de orçamentos estimativos ...	98
Tabela 6.1 – Atos preparatórios da licitação .....	116
Tabela 6.2 – Vantagens e desvantagens das escolhas dos modos de disputa .....	122
Tabela 6.3 – Exemplo de análise de alternativas de projeto .....	134
Tabela 6.4 – Comparação de vantagem entre as propostas, considerando o custo de operação.....	134
Tabela 6.5 – Proposta de trabalho x Proposta de preço nos contratos de eficiência.....	138
Tabela 6.6 – Propostas apresentadas por empresas em caso de maior retorno econômico ....	139
Tabela 6.7 – Simulação de caso de hipóteses em contratos de retorno econômico .....	141
Tabela 6.8 – Critérios de julgamento x Objetos .....	142
Tabela 7.1 – Tipos de fornecedores x Preferência na contratação .....	167
Tabela 7.2 – Obrigações do gerenciador da Ata de Registro de Preços .....	182
Tabela 7.3 – Obrigações do participante da Ata de Registro de Preços .....	184
Tabela 7.4 – Diferenças entre o SRP no Decreto nº 7.581/2011 e no Decreto nº 7.892/2013 .....	186
Tabela 7.5 – Critérios para a definição de remuneração variável .....	209
Tabela 7.6 – Regime de execução x Aceitabilidade em relação ao orçamento-base .....	218
Tabela 7.7 – Curva ABC .....	225
Tabela 7.8 – Comparação entre preços unitários e globais .....	226
Tabela 7.9 – Notas técnicas x Preço .....	232
Tabela 10.1 – Prazos para pedidos e recursos .....	234
Tabela 11.1 – Quadro resumo dos aditivos em função do regime de execução .....	242
Tabela 11.2 – Exemplo de jogo de planilhas .....	243
Tabela 12.1 – Definições das etapas anteriores ao anteprojeto .....	260
Tabela 12.2 – Elementos de anteprojeto x Estimativas paramétricas.....	268
Tabela 12.3 – Matriz de riscos .....	271
Tabela 12.4 – Matriz de riscos II .....	273
Tabela 12.5 – Diferença de preços entre brita/areia comercial e extraída/produzida .....	282



## PREFÁCIO

---

Após vinte anos de vigência, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei nacional e Geral de Licitações e Contratos, veio a encontrar outra norma para reger empreendimentos específicos e considerados prioritários pelo governo federal.

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC), que nesta obra, para os autores, mereceria o nome de Regime Diferenciado de Licitações, trouxe uma revolução segura aos procedimentos públicos de seleção de licitantes para futura contratação.

A compreensão de prioridades nacionais mereceu críticas de alguns setores, pois se restringiu ao governo federal o direito de eleger prioridades, relegando às demais unidades federadas o direito de aplicar a norma às prioridades eleitas. Outra censura decorre do viés político que, a partir da paixão nacional pelo futebol, pretendeu convidar os brasileiros a um esforço pela criação de uma infraestrutura, repetindo o sonho da África do Sul, Mandela e *Rugby*, muito bem retratado no filme *Invictus* (2009).

Houve um silêncio eloquente do legislador, no dever de impor prévia qualificação a todos os operadores da norma. Portanto, sem conhecimento específico, a Lei entrou em vigor para resolver compromissos assumidos sem o planejamento adequado.

Servindo-me das lições de Gilmar Mendes,<sup>1</sup> duas preciosas citações vêm ao caso: “Legislar é fazer experiências com o destino humano”, conforme acentua Jahrreiss. E, sobre os efeitos da aplicação de leis, a lição de Victor Nunes Leal, a quem tive a honra de longinquamente suceder na mesma instituição do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas:

Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.<sup>2</sup>

Nesse caso, porém, a norma, apesar de nascer sob o estigma da antijuridicidade, porque ofensiva à Lei Complementar nº 95, apresenta pontos seguros de aprimoramento.

Muitas das inovações tendem a consagrar o sucesso do modelo, porque provenientes da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e de lições de doutrinadores de expressão.

Na ciência jurídica, condena-se a doutrina que comenta jurisprudência, porque a ambição dos operadores do direito é ver a doutrina influenciando essa, e não o contrário. Esse é um caso diferente: a norma foi da lavra solitária do Poder Executivo e assimila a jurisprudência.

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 1, maio 1999.

<sup>2</sup> LEAL, Victor Nunes *apud* MENDES.

Eis o distintivo valor do trabalho dos autores: compreenderam a gênese da norma e se prontificaram ao esforço de compartilhar em letras jurídicas essa compreensão. Ambos os autores são experientes e já produziram trabalhos de referência para os gestores públicos. Claudio Sarian Altounian é autor do livro *Obras públicas – Licitação, contratação, fiscalização e utilização* e Rafael Jardim Cavalcante escreveu em coautoria *Obras públicas – Comentários à jurisprudência do TCU*.

Neste trabalho, preencheram uma lacuna, com singular talento: a partir da peculiar compreensão da norma, investigaram que fatores podem trazer dificuldade na aplicação da norma pelos gestores e operadores do Direito. Traduziram esse cenário complexo em um conjunto de questões didaticamente situadas. Foram além, inovaram: propuseram uma forma de pesquisa esquemática que socorre com brevidade aqueles que buscam a informação.

Com linguagem acessível, muito própria àqueles que eruditos se fazem simples, apontaram para cada problema uma interpretação da norma fundada na lógica e, principalmente, na compreensão da origem do dispositivo.

Serviram-se da lide diária para colher o amálgama forte entre saber, saber ensinar e fazer compreender.

O sucesso com que a obra merece ser recebida soma-se ao dever de enaltecer os autores que se dedicaram à nobreza de com este trabalho amparar aqueles que enfrentam o desafio de aprender e ser eficientes no cumprimento de normas, mesmo sem terem recebido a qualificação prévia necessária.

Em espírito nos juntamos àqueles que os aplaudem e agradecem pelas lições práticas que solucionam questões tão complexas.

**Jorge Ulysses Jacoby Fernandes**

## APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO

---

Prezados amigos e leitores,

Sentimo-nos honrados e agradecidos com resultado obtido na 1ª edição desta obra. Acreditamos ter colaborado nessa tormentosa tarefa de lidar com o “novo”. Procuramos, em uma aplicação lógica e prática dos conceitos legais do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, desanuviar interpretações, desatar nós e enfrentar paradigmas para, assim, tornar o processo licitatório mais compreensível e coerente. O domínio pleno dos “porquês” da nova legislação, afinal, viabiliza o respaldo lógico sobre decisões fundamentais a tomar para a obtenção da melhor proposta possível — princípio fundamental a ser perseguido.

Nessa premissa, as frequentes modificações na legislação constituidora e regulatória do RDC, além do seu rapidíssimo amadurecimento jurisprudencial, exigem, para pronta e segura utilização do novo regime, igual atualização doutrinária. Muito embora não tenha havido modificação nos conceitos gerais até então apreendidos, algumas nuances acrescidas nos textos legais merecem a adequada contextualização significativa.

Isso posto, é com satisfação que prontamente aceitamos o convite da Editora Fórum para compormos a segunda edição deste livro. Na presente oportunidade, comentamos os “adendos legais” do novo regime (Lei nº 12.980/2014 e Decreto nº 8.251/2014) e incluímos a novíssima jurisprudência correlata.

Esperamos, deste modo, mais uma vez auxiliar a quem milita nessa honrosa tarefa de zelar pela coisa pública, apresentando um manual prático, fundamentado, sistematizado (e agora atualizado) do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Nosso muito obrigado.

**Os autores**  
Agosto de 2014.



Prezado leitor,

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC) foi aprovado em agosto de 2011 com foco exclusivo nas obras da Copa do Mundo de 2014 e nas Olimpíadas do Rio de Janeiro em 2016. Rapidamente, porém, teve sua aplicação ampliada para diversos outros tipos de empreendimentos: ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e dos sistemas públicos de ensino, e, mais recentemente, obras de aeroportos regionais, de unidades armazenadoras da Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) e de construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, além de ações de prevenção em áreas de risco de desastres, de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres.

Os efeitos positivos das novidades licitatórias na agilidade dos processos licitatórios têm estendido mais e mais a aplicação do novo regime nas licitações e os contratos da Administração Pública, no âmbito federal, estadual e municipal. Por certo, essa ampliação está por indicar a percepção do legislador de que o RDC tem possibilitado maior flexibilidade e celeridade do processo de contratação, o que indica a conveniência de inclusão de novos objetos neste novo regramento.

As inovações foram significativas para a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública: contratação integrada, inversão de fases, possibilidade de lances sucessivos, lances intermediários, pré-qualificação, negociação, exigências de certificação, Sistema de Registro de Preços. Sem dúvida, a vontade do legislador foi ampliar o leque de ferramentas para a definição do que virá a ser a melhor proposta.

Não obstante as diversas críticas com relação a algumas novidades alçadas pelo novo regime, o RDC possibilitou uma redução significativa de prazos licitatórios em relação aos processos conduzidos sob a égide da Lei nº 8.666/1993. Tal fato, aliado à gradual lapidação jurisprudencial conferida pelos Tribunais, em especial o TCU, aos poucos tem trazido maior confiança acerca das linhas mestras definidas nesse regime.

É cedo ainda, contudo, para comemorar vitória! A exemplo de um jogo de futebol, a execução das obras — e mesmo de aquisições ou serviços — ocorre em dois tempos: no primeiro, a preocupação com a licitação; no segundo, com a execução contratual. A redução dos prazos de contratação pode significar êxito na primeira etapa da partida. Um cuidado redobrado na fase final, entretanto, é também condição para a consolidação da vitória.

Quer dizer que, muito além do domínio procedimental das novas ferramentas licitatórias à disposição, faz-se necessário o conhecimento amplo e contextualizado da contratação, em uma visão sistêmica, direcionando o domínio do fato às suas relações com o novo universo normativo. Isso em todas as fases do processo: concepção, orçamentação, licitação, execução, fiscalização, recebimento e garantias. O incremento do poder discricionário conferido ao gestor no RDC, em face do proporcional aumento do dever motivador, exige esse conhecimento integrado.

Nesse particular, uma observação se faz necessária. Muito embora a visão moderna trazida no novo regime, o legislador permaneceu silente quanto a um ponto essencial ao aprimoramento da qualidade do processo de contratação: o dever de qualificar adequada e previamente os operadores das normas. A sinergia de resultados esperados pelo RDC somente será alcançada com a conjugação dos fatores flexibilidade de procedimentos e capacidade profissional dos responsáveis.

A finalidade deste livro, desse modo, é bem simples! Diferentemente de outros excelentes trabalhos já publicados a respeito do tema, pretendemos trazer uma visão prática para todos aqueles profissionais incumbidos da contratação de obras com base no RDC e responder a perguntas naturais que ocorrerão durante todo o processo. Em verdade, trata-se de um guia, o chamado “mão na massa”.

Nosso objetivo é que o leitor visualize rapidamente as perguntas pertinentes em cada momento do processo e, por meio de um fluxograma que acompanha esta publicação, possa encontrar respostas rápidas e fundamentadas para resolver os seus problemas no dia a dia licitatório e contratual. Isso sem perder a noção do conjunto, com o entendimento de todas as consequências de uma ou outra decisão a tomar no decorrer do processo.

Mais ainda, suprir uma lacuna encontrada na doutrina atual: aprofundar a discussão técnica a respeito da contratação integrada, o novo regime de execução de obras e serviços de engenharia. Por meio do novo instituto, a Administração licitará apenas com base em um anteprojeto de engenharia. Ficará a cargo da contratada tanto a execução da obra como os estudos necessários à confecção do projeto básico e executivo. Tal inovação carrega inúmeras consequências práticas, desde o modo de conceber um empreendimento até as providências editalícias necessárias para acautelar a qualidade do produto entregue ao Poder Público e, conseqüentemente, à sociedade.

Por esse motivo, dividimos esta obra em duas partes: na primeira, serão tratadas as questões teóricas e práticas mais frequentes e importantes a respeito do RDC; enquanto, na segunda, será dado especial destaque para a contratação integrada, em todos os seus meandros técnicos e doutrinários. Todas essas questões poderão ser visualizadas sistemicamente com o apoio do diagrama anexado a esta publicação.

Por fim, pretendemos que este trabalho esteja em sintonia com o cotidiano de todos os que atuam na área de licitações. Para tanto, contamos com a colaboração dos leitores para a inserção de novas perguntas nas próximas edições, bem como o aprimoramento das respostas aqui trazidas. As sugestões serão muito bem-vindas e poderão ser encaminhadas para o *e-mail* <rdcnapratica@gmail.com>.

Esperamos que este livro seja um guia de valor para todos!

Sucesso,

**Os autores**  
Abril de 2014.

# **COMO UTILIZAR ESTE LIVRO?**

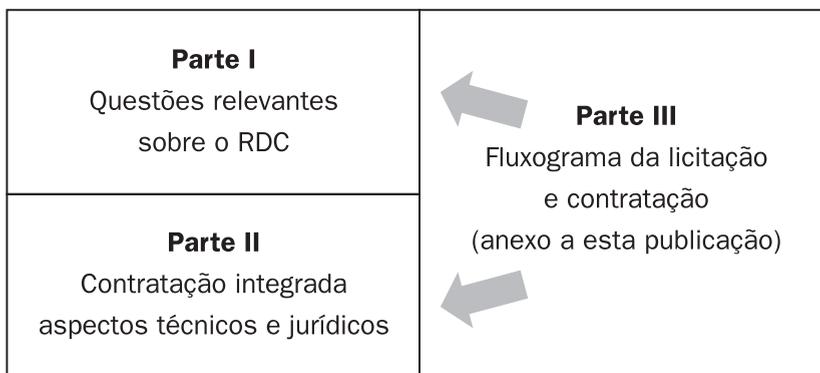


## ESTRUTURA DO LIVRO

### 1. Qual a estrutura deste livro?

Este livro tem três estruturas relevantes de informações a respeito do RDC, conforme ilustra a Figura 1.1:

**Figura 1.1 – Estrutura básica do livro**



Em uma visão geral, cada uma das três partes, complementares entre si, possui um objetivo específico:

1. Conjunto de perguntas e respostas afetos aos principais pontos do RDC, contemplado na Parte I e estruturado em grupos que representam as fases do processo licitatório.
2. Discussão técnica e jurídica sobre aspectos relevantes da contratação integrada, abordada na Parte II, regime de execução que representou a maior inovação do RDC.
3. Fluxograma que representa a estrutura lógica de passos a serem observados na utilização do RDC, com referência direta às questões presentes neste livro.

Não há propriamente uma ordem preferencial para utilização dessas estruturas. Questões que abordarem temas ou conceitos tratados em outras perguntas terão referência interna nesta publicação nas notas de rodapé, de modo a facilitar o acesso a todas as informações pertinentes ao quesito estudado.

O leitor poderá, dessa forma, valer-se da visualização do fluxograma para entender o processo de forma geral e consultar as perguntas pertinentes; ou ir diretamente a uma questão para esclarecimento de dúvida específica; ou, ainda, estudar aspectos técnicos e jurídicos relacionados à contratação integrada, do modo como melhor lhe convier.

## **2. De que forma as questões foram distribuídas em cada capítulo?**

Qualquer processo de licitação e contratação pública deve observar uma sequência lógica de etapas para que o objeto seja recebido nos padrões inicialmente desejados. A conclusão bem-sucedida de uma contratação é, por consequência, um evento que depende do bom gerenciamento dessas diversas fases intermediárias, com a participação de profissionais capacitados e habilitados na administração de cada uma delas.

A materialização do empreendimento se inicia com estudo de concepção que considere todas as variáveis envolvidas, como a comparação relativa entre as diversas alternativas possíveis para resolução do problema, abarcando a viabilidade técnica e econômica dos investimentos, suas estimativas de custos, os recursos disponíveis, bem como a elaboração dos anteprojetos — no caso de uma obra.

Apenas com respostas satisfatórias obtidas nessa fase inicial é que deve o empreendedor avançar na realização de estudos mais detalhados, como projeto básico ou executivo, a fim de definir com clareza os parâmetros de contratação do seu investimento. Da mesma forma, somente após a posse de elementos que caracterizem com precisão o objeto, o empreendedor buscará a empresa hábil para executá-lo, com a maior vantagem para o recebimento do produto pretendido.

A explicação para o cumprimento ordenado dessas etapas é simples. Basicamente, resume-se ao fato de que quanto menos preciso for o conjunto de informações para se avançar à fase seguinte, maiores os riscos para o executor.

De modo a facilitar a visualização e contextualização dessas fases de concepção e escolha, o processo licitatório costuma ser dividido em duas etapas: a interna e a externa. A primeira é desenvolvida pela Administração até a publicação do instrumento convocatório; enquanto a segunda se inicia a partir daí, com término na contratação do empreendimento. Em momento preliminar, alertamos, no preâmbulo da fase interna, é que devem ser desenvolvidos os estudos que indicam a viabilidade do início da licitação.

A fase contratual está compreendida entre a assinatura do contrato e o recebimento definitivo do objeto. Após o recebimento, surge a fase posterior à contratação, não menos importante, na qual devem ser adotados todos os cuidados para que o empreendimento se mantenha nas condições de operação previstas em projeto.

Esse introito global — comum a todas as contratações — também era exigido nas licitações realizadas mediante a Lei Geral de Licitações. No que se refere aos aspectos específicos do RDC, o novo regime albergou algumas inovações nas fases interna e externa da licitação. Em matéria contratual, porém, existem algumas poucas — porém relevantes — novidades. Todas essas nuances serão explicadas no presente trabalho, de modo lógico e sequencial.

Neste capítulo, procuramos sugerir ao leitor a melhor forma de utilizar a presente publicação e se manter atualizado com a jurisprudência do TCU.

No capítulo 2, tratamos de questões que abordam o surgimento do RDC e sua amplitude de aplicação e incidência. No seguinte são apresentados tópicos afetos à

fase preliminar de uma licitação, em especial aos estudos de viabilidade que devem ser conduzidos para suportar uma decisão que autorize a licitação do objeto.

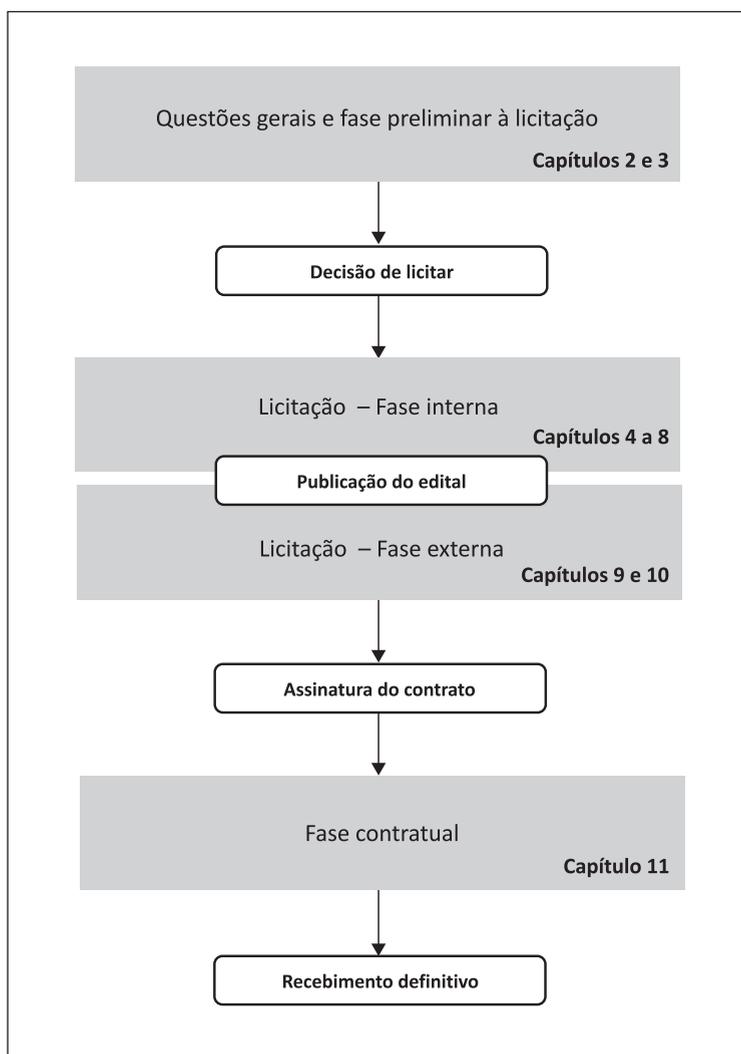
Nos capítulos 4 a 8, registramos as principais diretrizes que devem nortear os estudos da fase interna da licitação: a caracterização da obra ou serviço, a elaboração do orçamento, o estabelecimento das condições de habilitação e procedimentos auxiliares, a fixação dos procedimentos e critérios de julgamento e as regras de execução.

Já nos capítulos 9 e 10, abordamos as questões referentes à avaliação das propostas dos licitantes e análise dos recursos e impugnações. No último capítulo da Parte I deste livro, os cuidados na execução contratual e aplicação de sanções.

Por fim, a Parte II aprofundará a discussão técnica e jurídica da contratação integrada.

A Figura 1.2 facilita a visualização de todas as questões incorporadas na Parte I este livro:

**Figura 1.2 – Estrutura da consolidação das questões do livro (Parte I)**



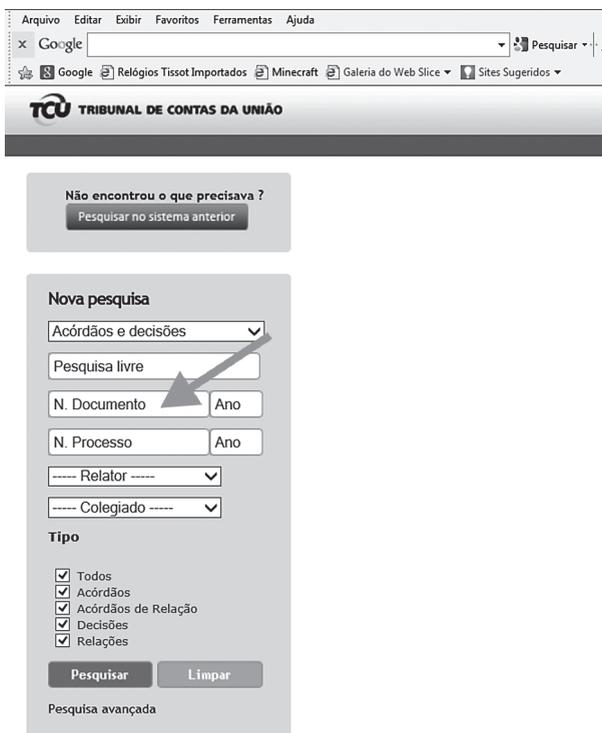
### 3. Como pesquisar a jurisprudência do TCU?

Este livro apresenta robusta jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), com a indicação de elevado número de acórdãos que tratam da matéria em análise. Por se tratar de textos extensos, destacamos apenas as partes mais relevantes de cada decisão.

Caso haja interesse do leitor em ter acesso a toda a situação específica tratada, com a descrição do fato e a fundamentação registrada no acórdão, será necessário o acesso à página do TCU, *link* “Jurisprudência”; depois, *link* “Pesquisa por campos” ou “Novo Sistema de Pesquisa”; e, finalmente, digitar o número e ano do acórdão pesquisado, conforme ilustram as Figuras 1.3, 1.4 e 1.5:

**Figura 1.3 – Acesso à jurisprudência do TCU por meio da *homepage* (1/3)**



Figura 1.4 – Acesso à jurisprudência do TCU por meio da *homepage* (2/3)Figura 1.5 – Acesso à jurisprudência do TCU por meio da *homepage* (3/3)

#### **4. Como permanecer atualizado com a jurisprudência do TCU?**

Considerando que o RDC é uma lei relativamente nova, muitos entendimentos relevantes a respeito do tema ainda deverão ser proferidos. Para o acompanhamento concomitante desses acórdãos, o TCU encaminha semanalmente a todos os interessados, por *e-mail*, um boletim com as principais decisões da semana denominado “Informativo de Jurisprudência em Licitações e Contratos”. Basta se cadastrar por meio da *homepage* do TCU.

PARTE I

---

# O RDC NA PRÁTICA



## QUESTÕES GERAIS

### 2.1 PRINCÍPIOS – FILOSOFIA DO REGIME

#### 5. O que é o RDC?

O RDC — Regime Diferenciado de Contratação — é um novo regime de contratação pública criado, inicialmente, para acelerar as licitações para a Copa do Mundo/2014 e Olimpíadas/2016. Posteriormente, teve sua utilização ampliada para outros tipos de investimentos, conforme será detalhado na questão 14.

A novidade buscou ampliar a eficiência e competitividade nas contratações públicas por meio de diversos mecanismos, como incentivo à inovação tecnológica e à captação da experiência e tecnologia próprias do setor privado (art. 1º, §1º, da Lei nº 12.462/2011).

Em primeiro momento, alardearam-se inovações radicais em comparação à Lei nº 8.666/1993. Em análise mais acurada, porém, muitas das novidades procuraram incorporar diversas vantagens de procedimentos já previstos em normativos que já cuidavam do tema, como:

- a) Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993): conceito de projeto básico; regras de habilitação; regras para execução contratual.
- b) Pregão (Lei nº 10.520/2002): possibilidade de inversão de fases de licitação; oferta de lances sucessivos dos licitantes para redução dos preços inicialmente ofertados.
- c) Sistema de Registro de Preços (Decreto nº 7.892/2013):<sup>1</sup> implantação de conjunto de procedimentos para registro formal de preços para contratações futuras, relativos à prestação de serviços, inclusive de engenharia, de aquisição de bens e de execução de obras com características padronizadas.
- d) Regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (Lei nº 8.987/1995): viabilidade de licitar com anteprojeto ou apenas elementos do projeto básico. O regulamento simplificado da Petrobras (Decreto nº 2.745/1998), em seu item 1.9, também previa tal possibilidade no regime de contratação integrada.

---

<sup>1</sup> Revogou o Decreto nº 3.931/2001.

Outras opções conferidas ao gestor também não são inéditas, tendo já sido autorizadas pela jurisprudência do TCU, mesmo à luz da Lei nº 8.666/1993, a exemplo de:

- a) remuneração variável: o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte há tempos utilizava uma bonificação ou penalização da remuneração nos contratos de manutenção e restauração rodoviária, no programa CREMA, conforme o estado da rodovia. O Tribunal de Contas da União avaliou a regularidade da questão no Acórdão nº 1.351/2011-Plenário;
- b) viabilidade de exigência de marca ou modelo, desde que formalmente justificado (Acórdãos nºs 1.975/2010, 2.300/2007, 2.664/2007, 295/2008, 1.034/2007, 539/2007, 481/2007 e 1.695/2011, todos do Plenário);
- c) necessidade de demonstrar o “saber fazer” da subcontratada, por meio de atestados técnicos, inserida no decreto regulamentador do RDC, já entendida como exigível pelo TCU nos Acórdãos nºs 2.992/2011 e 3.366/2012, ambos do Plenário.

Procurou-se, ademais, incorporar inovações relacionadas à regulamentação de pré-qualificação permanente, inserção de requisitos de certificação de produto ou processo para fins de habilitação, possibilidade de exigência de carta de solidariedade do fabricante do produto, criação de critérios de julgamento diferenciados e implantação de remuneração variável ao contratado em função de seu desempenho.

A maior inovação do novo regime, contudo, tem conteúdo mais valorativo. O RDC, ao oferecer um maior número de ferramentas para o deslinde da “melhor contratação”, ampliou o leque de alternativas ao gestor, em aumento de sua discricionariedade. O próprio regulamento do regime, o Decreto nº 7.581/2011, não intima uma “amarração” procedimental, típica da Lei nº 8.666/1993. Essa maior liberdade deve ser acompanhada, por óbvio, de um maior dever motivador. É uma lei “menos engessada”; talvez uma trilha, e não um trilho para bem contratar. Essa foi a visão do TCU:

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade [...] Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida. [...]. (TCU. Acórdão nº 3.011/2011. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 08 nov. 2012)

## 6. Como surgiu o RDC?

A Lei Geral de Licitações — Lei nº 8.666/1993 — completou 20 anos, em 21 de junho de 2013. Vale lembrar que foi aprovada em momento político nacional delicado<sup>2</sup> e, também, que não havia, à época, ferramentas de Tecnologia da Informação disponíveis, como internet ou computadores com maior capacidade de processamento.

Consequência direta desse cenário foi a aprovação de uma lei geral que fornecia pouca flexibilidade ao gestor para gerenciar processos licitatórios. O rígido processo

<sup>2</sup> Processo de *impeachment* de Presidente da República ocorrido em 29 de setembro de 1992.

definido não admitia variações: o gestor deveria analisar a habilitação de todos os licitantes em um primeiro momento para, somente em seguida, analisar as propostas de preços; os preços fornecidos inicialmente não poderiam ser reduzidos durante uma fase posterior de lances pelos licitantes, valendo apenas aqueles constantes da proposta inicial; fazia-se necessária a presença efetiva de todos no local definido para apresentação dos envelopes contendo as propostas. Essa rigidez de procedimentos gerava, por um lado, pouca margem de manobra para o gestor na negociação de uma proposta mais vantajosa, e, por outro, altos custos de participação do certame para os licitantes.

O maior problema, entretanto, não decorreu da aprovação da lei em 1993, mas da ausência de atualização de seu texto no decorrer do tempo. Como exemplo, vale lembrar que os limites definidos para as modalidades de licitação — concorrência, tomada de preços e convite — datam de 1998: ou seja, estão sem a devida correção em face de aspectos inflacionários há mais de 15 anos.

O legislador procurou corrigir, em parte, essas distorções por meio da aprovação de outras legislações periféricas e específicas, como o pregão para contratação exclusiva de bens e serviços comuns, ou o Sistema de Registro de Preços para contratações futuras que não apresentassem possibilidade de definição precisa dos quantitativos.

As obras públicas, porém, não foram contempladas por nova lei que atendesse à dinâmica do mundo moderno, mesmo decorridos vinte anos de aprovação da Lei nº 8.666/1993.

A situação foi sendo conduzida com diversos percalços até o momento em que o Brasil foi escolhido para sediar dois grandes jogos de âmbito internacional: Copa do Mundo e Olimpíadas. O visível atraso do cronograma previsto forçou a aprovação de um novo regramento que permitisse maior celeridade e eficiência dos processos de licitação.

Após algumas tentativas de discussão, a aprovação do RDC logrou êxito no processamento de Medida Provisória nº 527, de 18.03.2011, que, inicialmente, sequer tratava desse regime.<sup>3</sup> A dita medida foi convertida na Lei nº 12.462, em 04.08.2011.

Com o passar do tempo, o Congresso Nacional aprovou de forma incremental a ampliação do uso do regime em comento, culminando com a análise do Projeto de Lei de Conversão relativo à Medida Provisória nº 630/2013, em que houve proposta durante sua tramitação, recusada posteriormente, de ampliação do regime para todas as contratações públicas.

## 7. Quais os objetivos do RDC?

Os objetivos do RDC são traçados no art. 1º, §1º, da Lei nº 12.462/2011:

- I – ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II – promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

<sup>3</sup> Originalmente, a MP nº 527 tratava apenas da alteração da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, criava a Secretaria de Aviação Civil, alterava a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), criava cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispunha sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, criava cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

- III – incentivar a inovação tecnológica; e
- IV – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

A seleção da proposta mais vantajosa, albergada no inciso IV do RDC, também era objetivo expresso da Lei nº 8.666, desde sua publicação em 1993. Aqui, importante destacar que os conceitos de “proposta mais vantajosa” e “proposta de menor preço” não são sinônimos. Como se sabe, proposta de menor preço inicial pode apresentar diversos fatores que, no decorrer do contrato, acabam por fazê-la repleta de problemas para a Administração.

O exemplo da indústria da construção civil ilustra bem a situação, em especial por apresentar características diferenciadas em relação às de outros setores produtivos. Enquanto no processo de fabricação normal, o empresário instala-se em determinado terreno, constrói a fábrica e transforma os insumos adquiridos nesse local por longo período de tempo, na execução de obra será necessário o deslocamento de grande parte da estrutura empresarial para o terreno onde será implantado o empreendimento. Por isso, a atividade relacionada a este objeto terá que conviver com peculiaridades únicas, como tipo de solo, nível de lençol freático, disponibilidade de mão de obra, facilidade de acesso e clima. Não haverá duas obras iguais, mesmo que em regiões próximas.

Com essa natureza ímpar, acrescida ao fato de o contratante não ter o produto disponível para pronta entrega, a Administração Pública deverá se cercar de cuidados para que a obra seja conduzida de acordo com a boa técnica, a fim de que pagamentos intermediários não sejam feitos para serviços com má qualidade ou com sobrepreço. Com efeito, se não houver uma análise adequada durante a licitação pela comissão responsável, poderá ser constatado apenas no decorrer da obra que a proposta de menor preço, aparentemente mais vantajosa no início, não foi adequada para garantir uma boa execução. Porém, nesse momento, a empreiteira estará mobilizada e será muito difícil uma solução conciliadora para o andamento normal dos serviços, com a provável paralisação do empreendimento e prejuízo ao erário.

---

---

Ao positivar tão claramente seus objetivos, em torno da eficiência e da proposta mais vantajosa, além de eliminar alguns sabidos gargalos licitatórios, o RDC intenciona defenestrar o monopólio do menor preço na definição da melhor proposta e criar condições para que a eficiência e inovação tecnológica das empresas possam ser contempladas na busca de preços competitivos. Todos os novos caminhos viabilizados pelo RDC têm como norte essa premissa.

---

---

## **8. De que forma o RDC procura viabilizar a obtenção da proposta mais vantajosa? O menor preço é sinônimo de melhor proposta?**

A proposta de menor preço global, em regra, só é a mais vantajosa se os objetos entregues forem idênticos ou de proeminente semelhança. Em diversas situações pode não representar a melhor alternativa para a contratação.

Em exemplo prático, imaginemos, para efeito de simplificação, que uma obra contenha apenas quatro serviços e a Administração receba propostas das empresas A e B. A empresa A tem todos os seus valores unitários compatíveis com o mercado e apresenta um preço final de R\$100 milhões; enquanto a empresa B sugere preço global inferior, mas distorce os unitários de acordo com a seguinte Tabela 2.1:

**Tabela 2.1 – Propostas hipotéticas de preços**

	<b>Empresa A (R\$milhões)</b>	<b>Empresa B (R\$milhões)</b>
Fundação	25	35
Estrutura	25	35
Vedações	25	15
Acabamentos	25	14
Total	100	99

Em análise apressada, a comissão de licitação declararia a empresa B vencedora do certame em face do menor preço global. Percebemos, porém, que ela cobraria na execução dos dois primeiros serviços um valor de R\$70 milhões, ou seja, R\$20 milhões a mais do que a empresa A.

Ao impor preços superiores nas etapas preliminares do empreendimento, mesmo com preço global inferior, abre-se espaço para potenciais malefícios à Administração no decorrer do contrato.

É simples traduzir, com base no exemplo citado, a diferença entre propostas de menor preço e mais vantajosa. A empresa B praticou o chamado “jogo de planilha”,<sup>4</sup> artifício por meio do qual se reduz o preço final, mas se alteram alguns itens específicos para viabilizar lucros maiores; conseguir antecipação de pagamentos; receber valores elevados em aditivos dos serviços iniciais; buscar pedidos de reequilíbrio econômico no curso dos contratos; ou, até mesmo, abandonar a obra no meio do caminho.

O TCU tem entendimento firmado a respeito desse tipo de artifício utilizado por alguns licitantes, com firme alerta ao gestor para que tenha cuidado na análise das planilhas orçamentárias:

Em terceiro lugar, estão presentes todos os pressupostos usualmente considerados necessários por este Tribunal para se caracterizar a ocorrência do “jogo de planilha”: licitação processada sem a definição e o emprego de critérios efetivos de aceitabilidade de preços unitários; adjudicação pelo menor preço global; existência, no orçamento contratado, de serviços com sobrepreço e de outros com subpreço, que se compõem na análise da compatibilidade do preço global; alterações quantitativas posteriores, por meio de aditivos, em decorrência de deficiências ou insuficiências do projeto básico, que privilegiam serviços com sobrepreço em detrimento dos com subpreço.

Ademais, não é necessário se demonstrar a conduta dolosa do agente público ou do contratado beneficiado para se caracterizar a ocorrência do “jogo de planilha”. A responsabilidade

<sup>4</sup> Ver questão 204.

civil decorre de condutas dolosas e culposas, *stricto sensu*, consoante o estabelecido pelos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. É dever do gestor público zelar para que as condições contratuais não se tornem prejudiciais ao erário. Havendo vontade deliberada ou não de beneficiar indevidamente o contratado, deve o gestor ser responsabilizado por seus atos, omissivos ou comissivos, dolosos ou culposos, que contrariem o interesse público e provoquem prejuízo ao erário. A contratada não pode beneficiar-se de ganhos exorbitantes e ilegítimos a custa do sacrifício de recursos públicos, devendo ser solidariamente responsabilizada, consoante estabelece o art. 16, §2º, alínea b, da Lei Orgânica deste Tribunal. (TCU. Acórdão nº 1.650/2006. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 15 set. 2006)

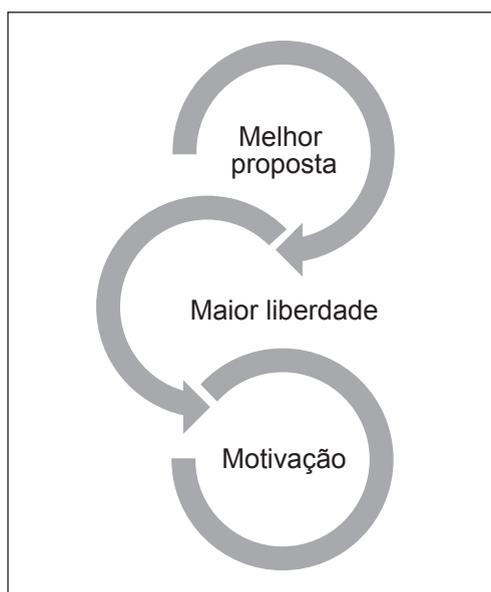
---

O objetivo de qualquer licitação, na Lei Geral de Licitações ou no RDC, é priorizar a seleção da proposta mais vantajosa, e não aquela que apresente apenas o menor preço global.

---

Mas o RDC busca novos horizontes. Como já relatado, acena com a busca da eficiência<sup>5</sup> da contratação e da competitividade entre os licitantes. Com efeito, volta o olhar para a inovação tecnológica e para a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público. Para tanto, entende necessário flexibilizar o procedimento para que o gestor tenha a liberdade, sempre de forma fundamentada, de escolher o melhor caminho em cada caso concreto, bem assim criar mecanismos para que a iniciativa privada tenha a oportunidade de utilizar sua inteligência criativa na busca de soluções mais competitivas que atendam ao interesse público.

**Figura 2.1 – RDC: Caminhos para a obtenção da melhor proposta**



<sup>5</sup> Princípio previsto no art. 37 da Constituição Federal.

## 9. Quais são os princípios para as licitações conduzidas com base no RDC?

Os princípios relacionados no art. 3º do RDC são similares aos elencados na Lei nº 8.666/1993: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Aliás, a maioria deles é mera repetição daqueles previstos no art. 37<sup>6</sup> do Texto Constitucional. Todos eles ultimam, em última instância, a obtenção da melhor proposta (valor fundamental licitatório).

O desenvolvimento nacional sustentável<sup>7</sup> havia sido inserido na Lei nº 8.666/1993 pela Lei nº 12.349, de 15.12.2010, como objetivo da licitação ao lado da seleção da proposta mais vantajosa. No RDC, todavia, acabou por figurar como princípio. Em verdade, caso se considere que toda contratação tende a resolver um problema específico da Administração, a “sustentabilidade” passa a ser, também, parte do “problema”. As especificações do objeto para atender a tal “dificuldade”, portanto, têm de ser direcionadas a um “desenvolvimento nacional sustentável”.

Os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo são essenciais ao direcionamento dos trabalhos da comissão de licitação. Limitam a esfera de discricionariedade de seus membros, visto que deverão pautar suas condutas pelas regras postas no instrumento convocatório. O edital é a lei interna da licitação e sua modificação somente poderá ser feita quando houver a reabertura dos prazos inicialmente fixados, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.<sup>8</sup> Editais imprecisos ou mal elaborados prejudicarão o trabalho da comissão por não viabilizarem julgamentos objetivos ou demandarem correções e ampliações de prazos.

Por fim, acrescentamos um objetivo importante a ser perseguido, classificado como princípio pelo Decreto nº 3.555/2000, que, embora não explícito, permeia toda a sistemática procedimental do novo regime: a celeridade. Mesmo que não tenha a estatura de, por si só, ser classificado como princípio, tal requisito é condição para o pleno exercício da eficiência administrativa (esse sim, valor de porte constitucional). Licitações que se arrastam por meses atrasam o dever público de bem prover a sociedade de serviços públicos essenciais. Processos seletivos céleres, em termos teleológicos, são dever do estado em bem atender os anseios da coletividade.

## 10. Quais as diretrizes estabelecidas pelo RDC para as contratações públicas?

O art. 4º do RDC estabelece diversas diretrizes a serem observadas na contratação, conforme ilustra a Figura 2.2:

<sup>6</sup> Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

<sup>7</sup> Ver questões 58 a 61.

<sup>8</sup> Art. 15, §4º da Lei nº 12.462/2011.

**Figura 2.2 – Relação dos objetivos com as diretrizes do RDC****DIRETRIZES PARA OBTENÇÃO DA MELHOR PROPOSTA**

I – padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II – padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III – busca da maior vantagem para a Administração Pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV – condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10; [que trata da remuneração variável; ver item 8.1 deste livro]

V – utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI – parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

Em relação a tais diretrizes, as regras do parcelamento,<sup>9</sup> da padronização<sup>10</sup> e da prioridade do uso de recursos locais<sup>11</sup> também estavam registradas na Lei nº 8.666/1993.

O parcelamento destina-se a “fatiar” o objeto em tantos pedaços quanto técnica, prática e economicamente viável, de modo a obter a maior vantagem possível em cada fração do objeto. A padronização visa impor — como condição para a real vantagem do resultado licitatório — a compatibilidade técnica e de desempenho da aquisição/ contratação com relação aos produtos já adquiridos (ou a adquirir), no que se refere à manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas. A priorização do uso de recursos locais, por sua vez, tem estreita relação com o seu uso *a posteriori*, visto que tecnologias e insumos locais tendem a facilitar o processo de manutenção do empreendimento.

As novidades estão por conta da inserção da discussão de seguros compatíveis com o setor privado que, a depender da contratação e de acordo com as particularidades de cada ramo mercadológico, trazem consigo a viabilidade de trazer as companhias seguradoras como garantidoras da execução do empreendimento;<sup>12</sup> e da possibilidade do pagamento de remuneração variável, de acordo com o desempenho da contratada.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Art. 23, §1º da Lei nº 8.666/1993.

<sup>10</sup> Art. 15, inciso I da Lei nº 8.666/1993.

<sup>11</sup> Art. 12, inciso V da Lei nº 8.666/1993.

<sup>12</sup> Ver questões 231 e 232.

<sup>13</sup> Ver questões 165 a 167.

Em termos de significância, considerando os objetivos do RDC — ampliação da eficiência e competitividade; melhoria da eficiência; incentivo da inovação tecnológica; e tratamento isonômico —, *as diretrizes podem ser classificadas como a bússola para o atendimento desses objetivos, de modo a obter a melhor proposta.*

## 11. Qual a relação entre a melhor proposta e a sustentabilidade ambiental no RDC?

A questão ambiental foi expressamente tratada pelo RDC no art. 4º, §1º. A Lei nº 8.666/1993 abordava essa questão de modo superficial ao exigir, no art. 12, inciso VII, que o projeto básico considerasse requisitos ligados ao impacto ambiental.

Agora, a Lei nº 12.462/11 prevê expressamente que seja considerado todo o conjunto de normas relativas a:

- I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;
- IV – avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
- V – proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e
- VI – acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Em verdade, para a descrição do objeto que melhor atenda às necessidades da Administração de modo amplo, enalteceu-se a necessária consideração do conjunto normativo específico relativo ao meio ambiente. Sem tencionarmos sermos exaustivos, citamos:

- a) Lei nº 12.587/2012 – Lei da Mobilidade Urbana;
- b) Lei nº 12.257/2001 – Estatuto das Cidades;
- c) Lei nº 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente;
- d) Lei nº 7.735/1989 – Lei de Criação do IBAMA;
- e) Lei nº 12.651/2012 – Código Florestal Brasileiro;
- f) Lei nº 11.284/2006 – Lei da Gestão das Florestas Públicas;
- g) Lei nº 7.805/1989 – Lei da Exploração Mineral;
- h) Lei nº 7.802/1989 – Lei da Destinação dos Resíduos Sólidos;
- i) Lei nº 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais;
- j) Lei nº 11.445/2007 – Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico;
- k) Lei nº 12.187/2010 – Política Nacional de Mudança do Clima;
- l) Lei nº 12.305/2010 – Política Nacional dos Resíduos Sólidos;
- m) Lei nº 9.433/1997 – Política Nacional de Recursos Hídricos;
- n) Lei nº 8.723/1993 – Lei da Redução dos Gases Poluentes;
- o) Lei nº 10.295/2001 – Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia;
- p) Lei nº 8.171/1991 – Lei da Política Agrícola;
- q) Lei nº 10.098/2000 – Lei da Acessibilidade das Pessoas Portadoras de Deficiência ou com Mobilidade Reduzida;

- r) Lei nº 10.048/2000 – Lei do Atendimento Prioritário às Pessoas Portadoras de Deficiência;
- s) Lei nº 7.802/1998 – Lei dos Agrotóxicos;
- t) Lei nº 6.902/1981 – Lei da Área de Proteção Ambiental;
- u) Lei nº 6.453/1977 – Lei das Atividades Nucleares;
- v) Lei nº 7.661/1988 – Lei do Gerenciamento Costeiro;
- w) Lei nº 6.766/1999 – Lei do Parcelamento do Solo Urbano;
- x) Lei nº 6.803/1980 – Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição;
- y) Decreto-Lei nº 35/1937 – Lei do Patrimônio Cultural.

Esse aparato legislativo — acompanhado da respectiva regulamentação — contorna de forma positiva o “princípio do desenvolvimento nacional sustentável”, a ser necessariamente considerado pelo gestor para a idealização de um objeto que atenda, *amplo sensu*, às necessidades da Administração, de forma a viabilizar a obtenção da melhor proposta.

## 12. O RDC representa aperfeiçoamento ou retrocesso?

Desde a sua aprovação, notamos duas correntes opostas de pensamento em relação ao RDC:

- a) a otimista, que sustenta a necessidade de uma lei de licitação mais flexível que forneça alternativas ao gestor e possibilite a escolha do melhor caminho em função do caso concreto; da redução dos prazos de licitação; e da transferência de parte do risco do empreendimento aos contratados;
- b) a pessimista, que levanta o risco, no caso da contratação integrada, de a Administração iniciar o procedimento licitatório sem ter em mãos um projeto básico que forneça as especificações necessárias ao atendimento de seus anseios, o que poderá ensejar a entrega de obras sem a qualidade esperada no planejamento; ainda, o risco da incorporação de regras similares ao pregão para as obras públicas, o que dá margem a empresas “mergulharem” na oferta de preços e não conseguirem entregar o objeto posteriormente.

Os argumentos dessas correntes, apesar de opostos, devem ser respeitados. A melhor maneira de encaminhar essa discussão é reconhecer que havia uma burocracia excessiva da Lei Geral de Licitações. Além disso, pelo próprio contexto histórico do normativo, não havia a previsão de instrumentos tecnológicos para a disputa licitatória. A Lei nº 8.666/1993, afinal, foi publicada há mais de vinte anos. É natural que algumas disposições devam ser corrigidas; ou pelo menos atualizadas.

Se encarada a licitação como um processo — e ela o é —, a melhora de resultados perpassa, eminentemente, por uma modificação de meios para bem atingi-lo. Em qualquer modelo de previsão, quando se modifica um caminho para se alavancarem os resultados, projetam-se consequências advindas de experiências e estudos anteriores; mas faz-se impossível prever cada infinita condição futura a impactar no modelo idealizado. Essa é uma realidade vivida em qualquer gestão de projetos. Logo, a melhora contínua dos meios para suprir os objetivos envolve, sempre, um risco associado. Novidades sempre carregam uma carga de imponderação. E o RDC não foge a essa regra.

O caminho mais maduro a ser trilhado neste momento, desse modo, é reconhecer os riscos das inovações propostas e definir um plano de acompanhamento para a correção, sempre que necessária. A Lei carrega avanços, certamente; mas já apresentou — e ainda

apresentará — defeitos. A jurisprudência das Cortes de Contas, do Judiciário e o labor das casas legislativas são imprescindíveis para aperfeiçoar eventuais desacertos. A Lei nº 8.666/1993 trilhou esse caminho. O RDC há, também, de percorrê-lo.

### **13. Quais os desafios para a Administração e para as empresas com a utilização do RDC?**

Toda lei nova traz dificuldades àqueles que a aplicam em um primeiro momento, principalmente por não poderem contar com uma doutrina e jurisprudência firmes que lhes oriente na melhor interpretação do texto legal.

A Lei nº 8.666/1993, por exemplo, já conta com robusto entendimento dos Tribunais, em especial STJ e TCU. Com o RDC, a situação é distinta. Neste curto período de vida, apesar de decisões importantes do TCU a respeito de algumas matérias, não houve tempo para esgotar a análise de todos os seus comandos, até mesmo pelo fato de ser necessário certo prazo para que potenciais irregularidades sejam cometidas, detectadas e submetidas ao crivo da Corte de Contas. Não obstante, já podemos vislumbrar alguns desafios.

O primeiro é a capacitação dos servidores públicos que irão utilizar o RDC. Como veremos adiante, o RDC não fixou caminho único a ser seguido no curso do processo de contratação. Apenas elencou uma série de alternativas que poderão ser escolhidas pelos responsáveis em face de cada caso concreto. Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, que estabeleceu um trilho a ser seguido, o RDC foi estruturado para funcionar como uma trilha, ou seja, com maior margem de manobra.

Essa margem, se, por um lado, facilita o dia a dia daqueles que lidam com processos de licitação, por outro, carrega a necessidade de maior capacitação e discernimento para escolha da melhor alternativa e registro da devida justificativa técnica. Enquanto se restringia apenas às obras da Copa do Mundo e Olimpíadas, os órgãos responsáveis pela condução desses empreendimentos possuíam melhor aparelhamento de recursos para se desincumbir da tarefa. No momento, porém, em que houve a ampliação de seu uso para a contratação de diversos outros tipos de objeto,<sup>14</sup> acabou por possibilitar o seu manejo por outros órgãos, a exemplo de Prefeituras de menor porte, que poderão não ter equipes qualificadas para as escolhas corretas.

A segunda questão é sobre a necessidade de trabalhar com novos paradigmas de contratação, a exemplo do anteprojeto na contratação integrada.<sup>15</sup> Esse elemento não apresenta todo o detalhamento existente no projeto básico, ou seja, é necessário que a Administração Pública e os licitantes aprendam a elaborar um documento que apresente grau de precisão suficiente para que a negociação do projeto básico que será feito pela empreiteira na fase contratual não se torne traumática: o contratante atuando para suprir deficiências na especificação inicial; e o contratado para reduzir seus custos de execução em face de lacunas deixadas no anteprojeto. Cabe lembrar que na fase de anteprojeto é possível a elaboração de orçamento estimativo apenas.

Um terceiro ponto é o aprendizado que a Administração deverá desenvolver para o resguardo de informações sigilosas. O procedimento com base na lei anterior previa a divulgação de orçamento-base no momento da licitação, o que reduzia a preocupação

<sup>14</sup> Ver questão 14.

<sup>15</sup> Ver questões 211 e 212.

dos servidores encarregados da condução do processo em manter o resguardo absoluto desse tipo de documento. O cenário mudou e os cuidados terão que ser redobrados, inclusive pelo fato de grande parte dos orçamentos serem contratados junto a empresas que atuam no mercado.

Por fim, como o orçamento-base da licitação não é divulgado, os licitantes não conhecem os critérios de aceitabilidade da Administração, apesar de existirem. Após a abertura das propostas, poderá ocorrer de todos os valores situarem-se acima dos referidos critérios, o que exigirá fase de negociação para a redução de preços, sob pena de ocorrer uma licitação fracassada. Essa fase de negociação, nos moldes postos, também é nova para os dois lados contratantes.<sup>16</sup>

Todas essas nuances, acreditamos, exigem um incontestável incremento da responsabilidade dos que militam com licitações e contratos no setor público. Essa maior responsabilidade, em todas as etapas do processo, carrega consigo o imperativo de maior capacitação dos gestores. Tal qual o pregão, julgamos que o novo contexto normativo deveria exigir essa qualificação específica para utilizar o RDC (lacuna que, de certa forma, a presente obra pretende suprir).

## 2.2 ÂMBITO E INCIDÊNCIA DO RDC

### 14. Para quais licitações o RDC pode ser utilizado?

A Lei nº 12.462/2011, em sua versão inicial, autorizava no art. 1º a utilização do RDC exclusivamente para as licitações e contratos necessários à realização:

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

Progressivamente, porém, o legislador foi incluindo na própria Lei nº 12.462/2011 comandos que ampliaram os tipos de objeto que poderiam ser licitados pelo RDC:

- a) ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (inciso IV do art. 1º, incluído pela Lei nº 12.688, de 2012);
- b) obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS<sup>17</sup> (inciso V do art. 1º, incluído pela Lei nº 12.745, de 2012);

<sup>16</sup> Ver questões 69 a 74.

<sup>17</sup> Art. 4º da Lei nº 8.080/2013. *O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).*

§1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

c) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (inciso VI do art. 1º, incluído pela Lei nº 12.980/2014);

d) obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (§3º do art. 1º, incluído pela Lei nº 12.722, de 2012).

A referida ampliação de uso do RDC não ocorreu apenas por alterações na Lei nº 12.462/2011. Outras leis acabaram por autorizar o uso do regime para outras obras:

a) aquisição de bens, contratação de obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados nas destinados à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos (art. 62-A da Lei nº 12.833/2012);

b) ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natura (art. 1º da Lei nº 12.873/2013);

c) obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II (art. 54, §4º e art. 66 da Lei nº 12.815/2013);

d) licitações e aos contratos destinados à execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres (art. 15-A da Lei nº 12.340/2010);

e) desenvolvimento de projetos, modernização, ampliação, construção ou reforma da rede integrada e especializada para atendimento da mulher em situação de violência (Lei nº 12.865/2013).

Em possível ápice de abrangência, a Câmara dos Deputados aprovou, na tramitação do Projeto de Lei de Conversão relativo à Medida Provisória nº 630/2013, ajuste ao texto original encaminhado pelo Executivo, com a autorização da ampliação do *RDC para todas as licitações e contratos administrativos da Administração Pública*.

Não obstante a emenda extensiva ter sido rejeitada, muitas das novidades licitatórias foram incorporadas no Projeto de Lei nº 559/2013, do Senado Federal, que na prática, reforma a Lei Geral de Licitações. Inegavelmente, existe uma preocupação do legislador em flexibilizar de modo amplo a atuação de todos aqueles que cuidam das contratações públicas, de modo a incentivar a busca de maior eficiência no uso dos recursos.

## **15. Como os Decretos nºs 7.581/2011 e 8.080/2013 regulamentaram a Lei nº 12.462/2011 e quais as limitações dessa regulamentação?**

A Lei nº 12.462/2011 tem texto intencionalmente aberto, sem tantos detalhes procedimentais — até mesmo pela rapidez com que foi analisada e votada. Não tratou, assim, detalhadamente de todas as orientações para os gestores responsáveis pela condução de processos licitatórios. Por esse motivo, em diversos de seus artigos, faz uso de expressão “conforme disposto em regulamento”.

No caso, foi aprovado primeiramente, em 11.10.2011, o Decreto nº 7.581, que tratou da operacionalização da maioria dos comandos do RDC: consórcios; modo de disputa; regras de apresentação de propostas e lances; requisitos de qualificação; critérios de aceitabilidade e exequibilidade de preços; regras para pré-qualificação e registros cadastrais; e regulamentação do Sistema de Registro de Preços (SRP).

Após período de experiência, inclusive em acolhida a algumas decisões já prolatadas pelo TCU, alguns comandos do mencionado decreto foram ajustados em 20.08.2013 pelo Decreto nº 8.080. Acreditamos que os ajustes foram pertinentes. O ensejo talvez pudesse aproveitar para melhor builar outros dispositivos, como o do art. 2º do Decreto nº 7.581/11, que estabelece a relação dos empreendimentos que podem se utilizar do RDC. Muitos avanços em matéria licitatória, pelos bons resultados advindos, irão inevitavelmente perdurar, com ampliação gradativa de seu uso. Com efeito, apesar de diversas leis<sup>18</sup> terem inserido novos tipos de objetos passíveis de serem licitados pelo RDC, não houve o correspondente ajuste dos textos da regulamentação pelos decretos.

Intuímos, em ressalva, uma deliberada intenção de o Decreto não especificar, meticulosamente, vários dos dispositivos “criados” pela Lei do RDC. Não houve o detalhamento de como utilizar algumas das novas ferramentas do novo regime, como a remuneração variável<sup>19</sup> ou os contratos de eficiência.<sup>20</sup> Tais omissões não raramente são criticadas. Em outra mão, julgamos que essas “ausências” foram intencionais. Algum excesso regulamentador poderia tolher os gestores de conceber, conforme cada caso concreto, regras que melhor atendam ao interesse público. Necessário reconhecer que existiu um real aumento de discricionariedade, acompanhado de um incremento do dever motivador. Minudências no decreto poderiam levar a um caminho oposto da filosofia geral do novo regime.

## **16. Quais entes federativos — União, Estados, Distrito Federal e Municípios — podem utilizar o RDC?**

União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão autorizados a utilizar o RDC em suas contratações, desde que para os objetos específicos previstos em lei, ou seja, a restrição ao uso do RDC não é feita em relação ao ente federativo e sim quanto ao tipo do empreendimento a ser executado (*vide* questão 14).

## **17. Os Decretos nºs 7.581/2011 e 8.080/2013 se aplicam a União, Estados, Distrito Federal e Municípios?**

A Lei nº 12.462/2011 transferiu ao regulamento a disciplina de diversas matérias afetas ao uso do RDC.

O Governo Federal utilizou os Decretos nºs 7.581/2011 e, posteriormente, 8.080/2013 para a definição de regras operacionais para a contratação, com base no RDC, de objetos com recursos federais.

Considerando, entretanto, a autonomia administrativa dos entes federados, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão aprovar seus regulamentos próprios, desde que não haja confronto com a Lei nº 12.462/2011, sem a observância das regras definidas nos referidos decretos, para a contratação de obras, bens ou serviços com a utilização exclusiva de recursos estaduais ou municipais, respectivamente. Na ausência dessa aprovação, tendo em vista que o regulamento esmiúça os princípios constitutivos

<sup>18</sup> Leis nºs 12.688/2012, 12.722/2012 e 12.745/2012.

<sup>19</sup> Ver questões 165 a 167.

<sup>20</sup> Ver questões 102 e 103.

da respectiva lei, não vemos óbices à utilização dos comandos contidos nos decretos federais, salvo disposição expressa em contrário por parte da autoridade do competente Poder Executivo.

## **18. A Lei nº 12.462/2011 é suficiente para processar toda a licitação do empreendimento?**

A Lei nº 12.462/11 define as regras básicas e as condições necessárias para a utilização do RDC; porém, os encarregados do processo licitatório não devem esquecer de outros atos normativos relevantes:

- a) Decretos nºs 7.581/2011 e 8.080/2013,<sup>21</sup> que regulamentam a Lei nº 12.462/2011;
- b) todo o conjunto normativo complementar ao RDC que impacta na execução de obras, por exemplo:
  - b.1) as leis que cuidam da elaboração da proposta orçamentária: o Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA);
  - b.2) a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF);
  - b.3) as leis que regulamentam o exercício das profissões da engenharia e arquitetura: Leis nºs 5.194/1966, 6.497/1977 e 12.378/2010;
  - b.4) legislação ambiental: Lei nº 9.605/1998;
  - b.5) leis especiais: Leis nºs 10.048/2000 (atendimento a pessoas portadoras de deficiência e idosos) e 10.098/2000 (critérios para promoção de acessibilidade de pessoas com deficiência);
  - b.6) resoluções dos Conselhos Profissionais de Engenharia (Confea) e de Arquitetura (CAU);
  - b.7) decretos e resoluções ligados à área ambiental.

## **19. A utilização do RDC é obrigatória para as obras relacionadas na Lei nº 12.462/2011?**

Não. A Lei nº 12.462/2011, em seu art. 1º, §2º, faculta ao gestor a escolha da Lei nº 8.666/1993 ou do RDC. Caso haja, porém, a preferência por este, “a opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

### **2.3 APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.666/1993**

## **20. Quais as hipóteses em que a Lei nº 8.666/1993 poderá ser utilizada em contratações do RDC?**

O legislador procurou deixar claro que o RDC é um instrumento autônomo para a contratação. Por esse motivo, registrou que a escolha do regulamento afasta as normas

---

<sup>21</sup> Ver questão 15.

contidas na Lei nº 8.666/1993, exceto nos casos expressamente previstos em seu texto (art. 1º, §2º da Lei nº 12.462/2011).

Para que não pare dúvida a respeito da aludida escolha, importante destacar que, no caso do pregão, o Congresso Nacional optou por outro encaminhamento ao deixar assente, no art. 9º da Lei nº 10.520/2002, que a Lei Geral de Licitações aplicar-se-ia de modo subsidiário às contratações de bens e serviços comuns.

Da leitura do RDC, portanto, podemos inferir que a Lei nº 8.666/1993 será útil nas seguintes situações, conforme previsão expressa da Lei nº 12.462/2011:

- a) referência de limite de aditivos na contratação integrada quando houver 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 (art. 9º, §4º, inciso II);
- b) aplicação de regras de habilitação (art. 14);
- c) definição de critérios de desempate entre duas ou mais propostas (art. 25, inciso III);
- d) hipóteses de dispensa e inexigibilidade de contratação (art. 35);
- e) critérios de preferências para fornecedores ou tipos de bens, serviços e obras (art. 38, inciso II);
- f) regras aplicáveis aos contratos administrativos firmados (art. 39);
- g) fixação de períodos de contratos para a execução das obras previstas no plano plurianual (art. 42);
- h) regras para anulação e revogação da licitação (art. 41 e 49);
- i) prazo para recursos em caso de rescisão por ato unilateral da Administração (art. 45);
- j) controle das despesas decorrentes dos contratos, realizado pelo Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do sistema de controle interno (art. 46);
- k) aplicação de sanções (art. 47, §2º).

## **21. Qual a maneira de utilizar a jurisprudência referente à Lei nº 8.666/1993 para as contratações do RDC?**

Essa questão é palpitante porque já existe rica e consolidada jurisprudência em relação à Lei nº 8.666/1993, o que leva o gestor — por uma questão de segurança — a se socorrer dos entendimentos já firmados pelos Tribunais. Entretanto, como já visto,<sup>22</sup> o RDC afasta as normas previstas na Lei nº 8.666/1993, salvo em casos expressamente relacionados em seu texto. Desse modo, quando houver referência direta do RDC à Lei Geral de Licitações, a jurisprudência poderá ser utilizada com segurança.

Existem outros casos em que, apesar de não haver a aludida referência, os textos dos dois normativos praticamente são idênticos, por exemplo, a definição dos regimes de execução de preço global e unitário, como também a de projeto básico. Aqui, também a jurisprudência afeta à Lei nº 8.666/1993 poderá ser utilizada em caso de dúvidas de aplicação do RDC.

<sup>22</sup> Ver questão 19.

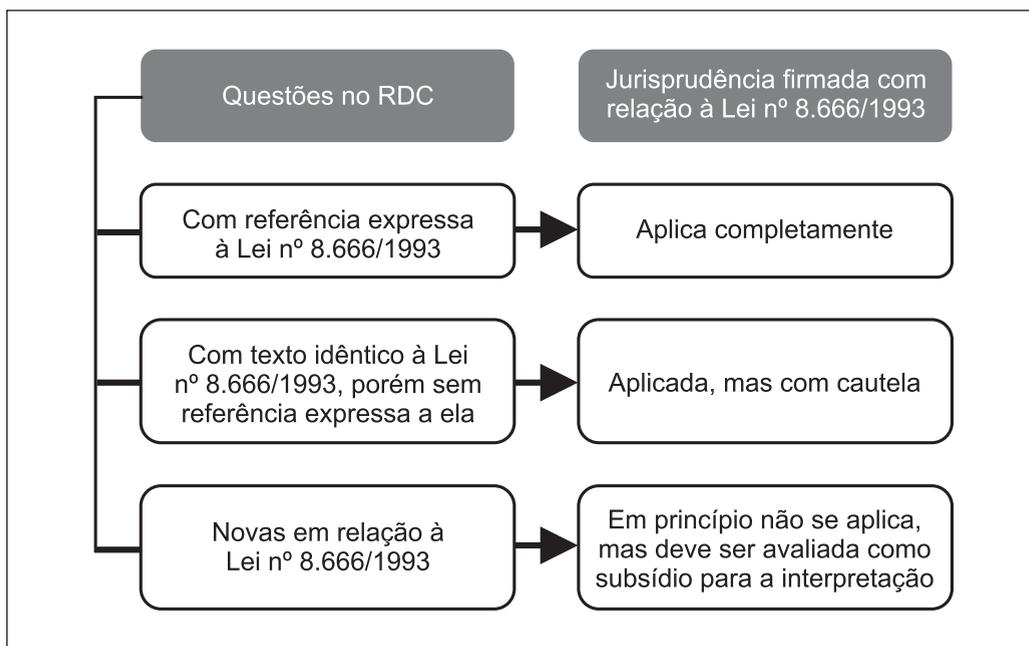
De modo contrário, se o conceito no RDC for novo ou diferente da norma geral, será necessário ao aplicador da lei buscar uma solução que se coadune com o arcabouço normativo, desapegado do entendimento já firmado para a Lei nº 8.666/1993. Claro que, em algumas situações, considerando que os princípios constitucionais são únicos para toda a legislação, algumas manifestações ou argumentações da jurisprudência da outra lei serão úteis à melhor conformidade da análise de casos do RDC.

Afinal, não obstante a Lei nº 12.462/2011 relacionar somente as hipóteses retro mencionadas para aplicação específica da Lei Geral de Licitações, nos casos em que haja lacunas no universo normativo do RDC, inevitável que se utilize a Lei nº 8.666/1993, em paralelismo hermenêutico, consoante a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942):

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A Figura 2.3 resume a discussão:

**Figura 2.3 – Aplicabilidade da jurisprudência relativa à Lei de Licitações no RDC**



## 22. As regras para a contratação direta mudaram no RDC?

Muito pouco. O art. 35 do RDC estabelece que “As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estabelecidas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se, no que couber, às contratações realizadas com base no RDC” e que o processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação deve seguir o procedimento previsto no art. 26 daquela lei.

Há apenas uma diferenciação interessante. Nos casos de contratação de remanescente de obra, a Lei nº 8.666/1993 exige, no art. 24, inciso IX, que seja atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido; enquanto o RDC continua a exigir a observância da classificação, mas autoriza que a contratação seja feita nas condições ofertadas por cada licitante, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação.

A absoluta maioria dos entendimentos já firmados pelos Tribunais nesta matéria, portanto, pode ser aplicado aos casos do RDC.

## FASE PRELIMINAR À LICITAÇÃO

### 3.1 DEFINIÇÃO DA NECESSIDADE

#### **23. Qual o primeiro passo para se contratar?**

Quando a Administração decide contratar ou investir o dinheiro da sociedade, deve estar claro que esse dispêndio destina-se a resolver algum problema da coletividade, seja ele o adimplemento de alguma política pública, seja ele o provimento de recursos para o funcionamento do próprio Estado.

A primeira fase de qualquer processo de contratação, assim, deve envolver a identificação clara e precisa do problema, justamente para, nas etapas supervenientes da fase interna da licitação, delimitar o escopo de escolhas possíveis para resolvê-lo, em análise comparativa de viabilidade entre cada alternativa possível.

Se o problema é fiscalizar uma obra em região pantanosa, compra-se um tipo de veículo. Se a questão, todavia, é o transporte de funcionários para entrega de expedientes, eventualmente as características do automóvel podem ser outras. O problema pode ser simplesmente transportar carros de uma margem a outra de um rio; mas pode ser também realizar tal transporte sem interromper a livre passagem de embarcações.

Em outro exemplo, deseja-se tratar o esgoto de uma população de 10.000 habitantes. Se, contudo, nesse nicho populacional houver indústrias, com outro tipo de resíduo, o problema é modificado.

A durabilidade e a qualidade esperada do bem, a depender de seu uso, faz-se, igualmente, parte do problema. A rodovia será projetada para durar vinte anos ou cinco? O piso será executado em zona de alto fluxo de automóveis? Qual o volume médio de veículos que percorrerá diariamente a via? São todas informações a serem devidamente identificadas na delimitação do problema a resolver.

Em necessária repetição:

---

Todo processo de contratação se inicia pela precisa delimitação do problema a ser resolvido. É a primeira página de qualquer processo licitatório.

---

## 24. Como motivar a economicidade acerca do que contratar?

Em visão objetiva, entende-se por *economicidade* a busca pelo menor preço que atenda às necessidades da Administração. Essas necessidades (problema a ser resolvido),<sup>23</sup> por sua vez, têm estreita relação com a especificação do objeto a ser contratado.

Se o problema é o transporte de veículos de um lado a outro de um rio, faz-se uma ponte convencional de concreto protendido, com vão de 40 metros. Caso tenha de se ter um vão de 90 metros para a passagem de embarcações, a solução será mais onerosa; possivelmente com a utilização de balanços sucessivos.

Se o problema é a entrega de expediente, compra-se um automóvel popular, o que pode não atender o problema específico de servir à autoridade máxima de um poder da República; e assim por diante.

Mas a opção deve considerar não apenas o investimento inicial. Os custos de manutenção e operação da solução escolhida devem ser considerados nesse investimento. Por vezes, soluções aparentemente mais baratas podem significar grandes dispêndios no futuro.

---

---

A especificação do objeto deve ser tal que solucione o problema em questão, do modo menos oneroso possível, contemplando os custos de aquisição, operação e manutenção. A licitação, por sua vez, escolherá a melhor proposta que atenda às especificações delimitadas, oferecida por uma empresa hábil.

---

---

Quando aplicado o conceito, por exemplo, a um projeto de engenharia, tal peça destina-se à aplicação técnica do princípio da economicidade. A solução econômica — no direito e na engenharia — pode ser entendida como a menos onerosa que supra minimamente à determinada necessidade imposta (o problema a ser vencido). Dado um requisito de contorno a ser satisfeito, almeja-se a solução mais econômica para o seu atendimento.

O projetista, com base nas normas técnicas e em seu arsenal de conhecimento, e sopesada determinada necessidade a ser satisfeita, estuda, calcula, ou confecciona uma solução ótima para satisfazer a essa condição. Um projeto é elaborado para atender minimamente às necessidades previamente estabelecidas, sob o menor custo possível. Isso é projetar.

---

<sup>23</sup> Vide questão anterior.

Do exposto, podem-se ilustrar tais entendimentos na Figura 3.1:

**Figura 3.1 – Relação entre a economicidade e o problema a ser resolvido**



## 3.2 ESTUDOS DE VIABILIDADE

### 25. O que são estudos de viabilidade?

Delimitado o problema a resolver, muitas vezes a especificação do objeto não é tarefa simples de ser realizada. Existem outras condicionantes que impactarão nessa decisão. Eventualmente, na presença de duas ou mais soluções para resolver a questão, devem ser realizadas análises comparativas, com base nas informações então disponíveis. O nível de estudos irá progressivamente elucidar a melhor especificação que somente então, diante do cenário técnico, econômico, financeiro, ambiental e mesmo político, delimitará o escopo da futura contratação.

---

Tais avaliações são a alma do que se chama de “estudos de viabilidade”. Trata-se de um exame comparativo entre as várias soluções possíveis, com a disposição de evitar o desperdício de recursos públicos, em um prestígio à economicidade e à eficiência administrativa.

---

### 26. Os estudos de viabilidade são obrigatórios?

O art. 6º, inciso IX da Lei nº 8.666/1993 estipula que o projeto básico deve conter os elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra, em função de estudos técnicos preliminares que assegurem a sua *viabilidade técnica* e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento.

No RDC, o art. 2º da Lei nº 12.462/2011, em mesmo sentido, positiva que o projeto básico deve “assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento”.

O art. 2º da Resolução Confea nº 361/1991 preceitua que “o projeto básico é uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, *estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental*, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento”.

De outro modo, é condição para a geração de despesa a existência de previsão de recursos orçamentários para pagamento das obrigações, inclusive nos exercícios subsequentes ao gasto (Lei Complementar nº 101/2000, art. 16).

É inafastável, portanto, a obrigatoriedade de realizar tais estudos. Caso não realizados, existe grande chance de desperdício de dinheiro público na aplicação de investimentos fadados ao insucesso. A omissão em tais providências, acreditamos, seja o principal motivo da existência das malfadadas obras inacabadas. Tendo em vista a velha máxima das “demandas infinitas e dos recursos escassos”, a avaliação do custo-benefício de cada ação, dentro de um processo de governança, auxilia os gestores em bem gastar o dinheiro público. E esse dever de eficiência administrativa tem porte constitucional.

Esse tipo de preocupação também assola o TCU faz algum tempo, desde a Lei Geral de Licitações — aplicável inteiramente ao RDC:

10. Com efeito, há bastante tempo esta Corte se debate com a falta de planejamento adequado, com a falta de estudos técnicos consistentes, mormente os que tratam da viabilidade técnica e econômica dos empreendimentos. Não me refiro somente às obras aeroportuárias, mas também às obras rodoviárias, apenas para citar mais um caso de inadequação de projetos.

11. Tal prática leva, inexoravelmente, a sobrepreços, superfaturamentos e toda sorte de desvios contra o Erário e, de conseguinte, causa perdas irreparáveis à sociedade brasileira, que sente falta de serviços públicos adequados, e os desvios levam à paralisação futura ou atraso das obras e serviços em andamento. (TCU. Acórdão nº 1.947/2007. Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. *DOU*, 21 set. 2007)

9.2.2.8. Ao avaliar o Plano de Trabalho (ou Termo de Compromisso), analise a existência de recursos para a conclusão total do empreendimento, visando sua plena funcionalidade, mesmo que os recursos da União pleiteados pelo proponente se destinem apenas a uma fração do projeto global; [...]

9.2.2.11. Para fins de autorização gradativa do início de obras, abstenha-se de considerar como etapas, parcelas do empreendimento que isoladamente não alcançam funcionalidade plena; (TCU. Acórdão nº 402/2011. Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. *DOU*, 25 fev. 2011)

12. Forçoso salientar, ainda, que a jurisprudência deste Tribunal é assente quanto à necessidade de elaboração de estudos de viabilidade técnica e econômica para obras de engenharia (v.g. Acórdãos nºs 2.674/2009, 2.510/2009, 2.425/2009 e 1.837/2009, todos do Plenário).

13. [...]

19. Desse modo, conforme apontado pela Secob-3, a execução de projetos de grande vulto sem os estudos preliminares de viabilidade técnica, econômica e ambiental, com todos os elementos necessários à sua boa caracterização, pode até configurar gestão temerária

de recursos públicos, além de poder resultar em prejuízos ao exercício do controle externo financeiro, nos termos do art. 10, §4º, da Lei nº 11.653, de 2008 (PPA 2008/2011). (TCU. Acórdão nº 2.411/2010. Plenário. Rel. Min. André Luis de Carvalho. *DOU*, 20 set. 2010)

## 27. Como iniciar o estudo de viabilidade de um empreendimento?

O estudo de viabilidade inicia-se pela identificação da necessidade a ser satisfeita. Déficit de leitos hospitalares, falta de professores, carência de energia, insuficiência de espaço nos terminais aeroportuários. Como já dissemos, as possibilidades são infinitas e os recursos limitados.

Identificado o problema,<sup>24</sup> parte-se para a elaboração dos “Estudos Preliminares”. Segundo a Orientação Técnica do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas nº 04/2012, estudos Preliminares representam o “conjunto de elementos que objetivam analisar o empreendimento sob os aspectos técnico, ambiental, econômico, financeiro e social, caracterizando e avaliando as possíveis alternativas para a implantação do projeto e procedendo à estimativa do custo de cada uma delas”.

Esses primeiros levantamentos subsidiarão todas as etapas posteriores do estudo de viabilidade, em seu viés técnico, ambiental, econômico, financeiro e social, com a eleição de possíveis alternativas para resolver o problema.

Pode existir — e via de regra existe — mais de uma alternativa para resolver algum problema; ou ocorrer que as políticas públicas estejam voltadas à solução de uma questão, em detrimento de outra. Além da avaliação da possibilidade de equacionar os problemas, intenta-se visualizar qual é a providência de menor custo para atender àquela necessidade específica, repita-se, consolidando os custos de aquisição, manutenção e operação.

Consideradas as diversas possibilidades, cada qual com suas estimativas expedidas de custos,<sup>25</sup> e verificada a viabilidade técnica de cada alternativa, inclusive ambiental, estuda-se a disponibilidade orçamentária. Eventualmente solução diversa mais econômica — mesmo que menos eficiente — pode ser a “melhor” do ponto de vista do orçamento, em face da situação fiscal do ente executor. Ou então, o dinheiro pode ser aplicado no equacionamento de outros problemas, a critério da discricionariedade administrativa.

O estudo de viabilidade, portanto, é realizado no intuito de equacionar essas diversas variáveis e, motivadamente, escolher a melhor solução dentre o cenário multidisciplinar avaliado.

## 28. Que tipo de avaliações de preço podem ser feitas ainda na fase de concepção do empreendimento?

No embrião do empreendimento, ainda não existe uma definição tão precisa capaz de viabilizar a elaboração de um orçamento mais detalhado. Não se conhece, ainda, todos os serviços necessários à consecução do objeto de futura licitação.

O estudo comparativo de viabilidade das diversas alternativas possíveis para a execução do investimento, assim, será balizado por estimativas de preço expedidas ou paramétricas.

<sup>24</sup> Ver questão 23.

<sup>25</sup> A ser vista na próxima questão.

Obras de semelhante tipologia e porte podem ser utilizadas como parâmetro, diante de indicadores apresentados como exemplo na Tabela 3.1.

**Tabela 3.1 – Referências expeditas de custos**

Objeto a contratar	Referência expedita de preços
Obras de edificações	R\$/m <sup>2</sup> de construção
Estrutura de concreto	R\$/m <sup>3</sup> de concreto executado
Ar condicionado	R\$/tonelada de refrigeração
Estádio de futebol	R\$/assento
Conservação rodoviária	R\$/km de via
Geração de energia	R\$/MW gerado
Transmissão de energia	R\$/km de linha
Tratamento de água ou esgoto	R\$/m <sup>3</sup> tratado
Impermeabilização	R\$/m <sup>2</sup> de área impermeabilizada
Ensino à distância	R\$/aluno
Eventos	R\$/pessoa

Esse estudo de custos inicial, com base nos levantamentos preliminares, pode já melhor filtrar as possíveis soluções maximizadoras de benefício, em economia de tempo e recursos. É a primeira avaliação valorativa realizada. Quanto mais avançarem os estudos, maior a precisão no cálculo estimativo, e menor a amplitude de soluções para a resolução do problema.

## 29. O que é a viabilidade técnica?

O estudo de viabilidade técnica contempla a indicação da possibilidade — ou da dificuldade — de adimplir, com qualidade, determinada solução pré-avaliada nos estudos preliminares, em face do domínio tecnológico então existente e minimamente disseminado no local de execução do objeto.

Eventualmente, a solução técnica existe, mas o domínio da *expertise* é tão restrito que, em razão do porte e localização do empreendimento, torna-se inviável a sua feitura; até mesmo em proteção de outros valores licitatórios, como a isonomia e a economicidade.

A *viabilidade técnica* refere-se à possibilidade de fazer e ao domínio do fazer. Tais apreciações, muitas vezes, carecem de equipe já com experiência. Podem surgir algumas questões como: “é viável construir uma ponte para vencer um vão de 250 metros?”; “é possível construir um túnel a 500m de profundidade em solo instável?”; “é viável encontrar empresas interessadas, em região relativamente distante dos grandes centros, para construir um sistema de esgoto a vácuo em obra de pequeno porte?”.

Todos esses aspectos devem ser abordados nos estudos preliminares para a eleição de alternativas possíveis.

### 30. O que é a viabilidade financeira?

A viabilidade financeira de empreendimentos públicos é a verificação de existência — ou possibilidade de existência — de recursos orçamentários para fazer frente às futuras despesas para suportar a feitura do objeto.

Tal avaliação envolve, também, um exame sobre as despesas a serem geradas nos anos seguintes ao próprio término do investimento. Tal qual assevera o art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I – estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II – declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I – adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II – compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

Os gastos com eventuais desapropriações incluem-se nesses estudos (inciso II do §2º do art. 16 da LRF). São inúmeras obras paradas por problemas afetos a desapropriações, tanto no que se refere à demora no trâmite administrativo (ou judicial) para a posse do terreno, como em face da ausência de fonte de recursos adequada para fazer frente à expropriação dos imóveis.

Os estudos preliminares, portanto, devem projetar a área afetada pelo empreendimento capaz de viabilizar estimativas expeditas de custos decorrentes dessa necessidade desapropriatória.

### 31. O que é a viabilidade econômica?

Distintamente da análise financeira, os exames econômicos devem possuir viés de uma visão de retorno do investimento realizado. De modo simplista, contemplaria a quantificação monetária comparativa, a valor presente, de determinada alternativa de investimento.

As escolhas nem sempre são simples. Investir em pavimento de concreto ou pavimento asfáltico? Um investimento maior no início e menor dispêndio com manutenção ou o contrário? É mais vantajoso investir imediatamente em uma obra de saneamento básico ou arcar com custos diluídos maiores em saúde? Alugar um prédio ou construir sede própria?

Comprar automóveis e contratar motoristas ou terceirizar o serviço? Contratar copeiras ou adquirir máquina automática de café? Conceder a rodovia ou realizar as benfeitorias necessárias para a manutenção do nível de serviço almejado?

Essa avaliação, mesmo nos estudos preliminares — ou anteprojeto —, não raramente exige uma ponderação de vários indicadores econômicos, dispostos em um fluxo de caixa, como estimativa temporal de receitas e despesas, avaliação do risco, taxa de retorno, horizonte de projeto (em anos) e possibilidade de alavancagem financeira.

Em muitos casos, de outro modo, o retorno do investimento não tem imediata possibilidade de conversão em números, visto a análise envolver aspectos sociais ou de sustentabilidade, o que demandará juízo subjetivo dos tomadores de decisão. Nem por isso os estudos econômicos são prescindidos. Mesmo uma ponderação axiológica faz-se necessária.

### **32. O que é a viabilidade ambiental?**

A viabilidade ambiental, na prática, é materializada após a concessão do devido licenciamento ambiental pelo órgão competente.<sup>26</sup> Verifica-se a viabilidade da instalação de um empreendimento potencialmente nocivo ao patrimônio ambiental e cultural brasileiro — o que é propriedade de toda a coletividade — inclusive com relação às potenciais medidas mitigadoras para arrefecer tal impacto. Tais providências, via de regra, também impactam nos custos do investimento; mais uma razão para não negligenciá-las.

De posse dos estudos preliminares, haverá a consulta ao órgão ambiental a fim de verificar a necessidade da licença, como também seus requisitos para a concessão. É um estudo amplo, que não se resume unicamente aos órgãos de meio ambiente. Aliás, em muitos casos, as condicionantes socioambientais são mais restritivas que as ambientais propriamente ditas.

Embora o ato administrativo final da licença seja do órgão ambiental competente (federal, estadual ou municipal, conforme o caso), sempre que necessário, de acordo com cada empreendimento, solicitam-se aprovações concorrentes de outras entidades, cada uma na sua área de competência.

A Portaria Interministerial nº 419/2011, dos Ministérios do Meio Ambiente, da Justiça, da Cultura e da Saúde, regulamentou a atuação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), da Fundação Cultural Palmares (FCP), do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e do Ministério da Saúde, incumbidos da elaboração de parecer em processo de licenciamento ambiental de competência federal, a cargo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Definiu-se, no dito regulamento, que o devido responsável, de acordo com sua competência, deve apresentar ao órgão ambiental manifestação conclusiva sobre o estudo ambiental exigido para o licenciamento, conforme ilustra a Tabela 3.2.

<sup>26</sup> Ver questões 47 e 48.

**Tabela 3.2 – Demonstrativo de responsabilidades nos estudos ambientais**

Órgão/entidade	Tipo de empreendimento
Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)	Quando existirem bens acautelados identificados na área de influência direta da atividade ou empreendimento
Fundação Nacional do Índio (FUNAI)	Realizados em terras indígenas
Fundação Cultural Palmares	Realizados em áreas onde residam quilombolas
Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio)	Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio)
Ministério da Saúde	Quando houver a necessidade de avaliação e recomendação acerca dos impactos sobre os fatores de risco para a ocorrência de casos de malária, no caso de atividade ou empreendimento localizado em áreas endêmicas de malária

Nos estudos de viabilidade ambiental também não deve ser esquecida a eventual necessidade do Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV). A Lei nº 10.257/2001 — que estabelece as diretrizes gerais da política urbana —, assim preceitua:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

- I – adensamento populacional;
- II – equipamentos urbanos e comunitários;
- III – uso e ocupação do solo;
- IV – valorização imobiliária;
- V – geração de tráfego e demanda por transporte público;
- VI – ventilação e iluminação;
- VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

Cada município, desse modo, disporá sobre o órgão responsável e o rol de empreendimentos que careçam de EIV.

Em um resumo geral sobre o discutido, viabilidade ambiental pode ser considerada como o conjunto de estudos necessários para garantir a preservação do patrimônio sociocultural-ambiental, em face da execução de um empreendimento potencialmente nocivo a esses valores, a ser materializada por meio de um ato administrativo expedido pelo órgão ambiental competente.

### 33. Existe o estudo de viabilidade social ou político?

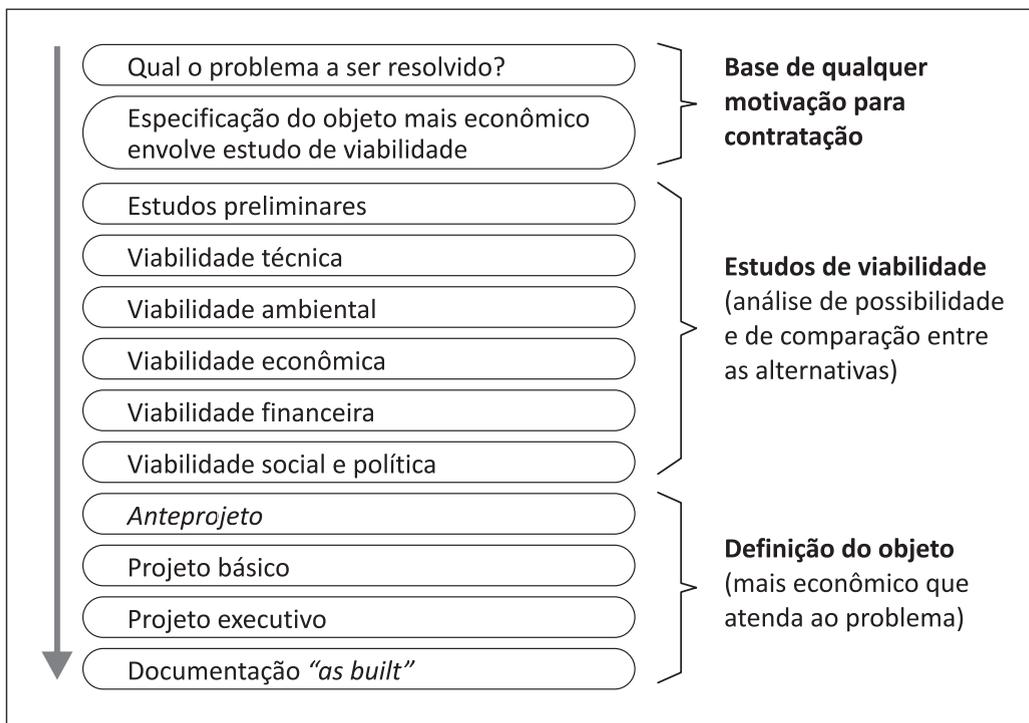
Além do discorrido no tópico anterior, mesmo que se ateste a viabilidade técnica, ambiental, econômica, e financeira, o aspecto social jamais pode ser esquecido. Tal vertente faz parte, inclusive, dos Estudos de Impacto Ambiental necessários à concessão da licença prévia. Em questão ilustrativa, infira-se que se planeja construir uma obra em área invadida por centenas de famílias, em área pública. Eventualmente, para reassentamento dessas pessoas, outros investimentos acessórios deverão ser providenciados, como a construção de moradias populares.

As consequências sociais, e também políticas, de toda intervenção precisam ser pesadas, até mesmo em razão de exigirem outros investimentos acessórios. Por vezes, resolve-se um problema, mas cria-se outro. Embora, de alguma maneira, essa dualidade reflita certa discricionariedade administrativa, em se tratando de um “estudo de viabilidade”, em uma visão comparativa e como subsídio do processo de governança, o problema tem de ser pensado de maneira sistêmica.

### 34. Enfim, como elaborar e motivar um processo, quanto à viabilidade?

Em um apanhado geral sobre as questões discutidas, é recomendável que o processo licitatório se inicie pela resposta objetiva das questões 23 a 33, aplicada a cada caso concreto. A Figura 3.2 vem em bom auxílio:

**Figura 3.2 – Etapas anteriores à contratação do empreendimento**



## DEFINIÇÃO DO OBJETO E ESCOLHA DO REGIME DE EXECUÇÃO

### 4.1 A DEFINIÇÃO DO OBJETO

#### **35. Quais são os estudos e projetos necessários para a definição do objeto?**

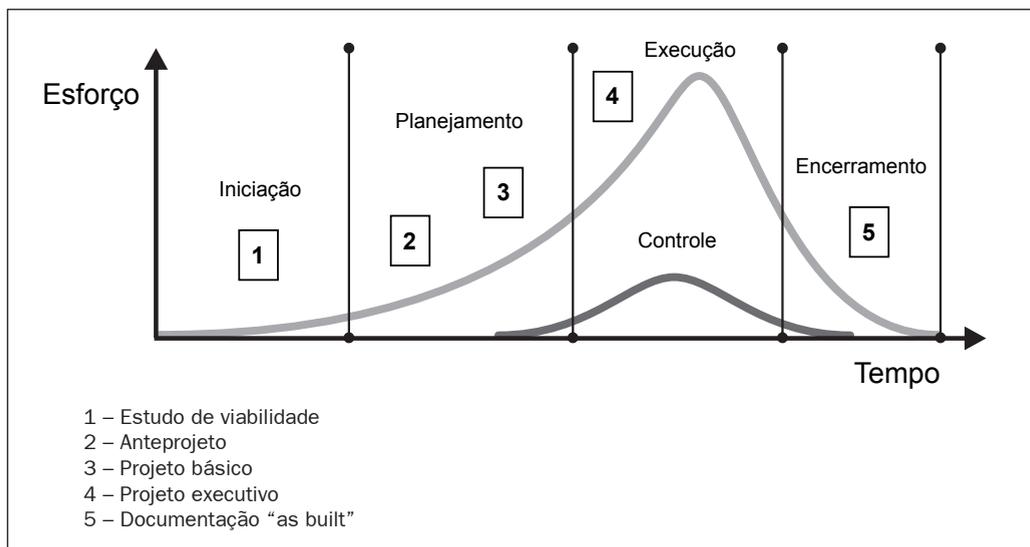
Objetivamente, no caso geral, é o “projeto básico” o definidor do objeto a ser licitado. Porém, em algumas situações específicas previstas no RDC, denominadas contratações integradas,<sup>27</sup> é possível que a licitação para a execução da obra pública seja conduzida em função de anteprojeto de engenharia.

Para situar esse detalhamento da descrição do objeto de maneira contextualizada e de modo a facilitar o entendimento do ciclo de execução de uma obra pública, podemos dividi-lo em cinco fases: *iniciação*, em que a necessidade é definida e são elaborados os estudos de viabilidade para o seu atendimento; *planejamento*, momento em que se caracteriza como será atendida a necessidade; *execução*, que compreende as atividades para a realização do produto principal; *encerramento*, para o recebimento e a avaliação global do que foi realizado; e *controle*, que trata das ações voltadas ao monitoramento quanto a aspectos técnicos e legais do andamento do Projeto.

Conforme ilustra a Figura 4.1, os estudos de viabilidade são realizados e entregues na primeira fase; o anteprojeto no início e o projeto básico no final da segunda fase; o projeto executivo no início ou no decorrer da terceira; e a documentação “as built” na fase de encerramento.

---

<sup>27</sup> Ver detalhamento na Parte II deste livro.

**Figura 4.1 – Ciclo de vida de uma obra**

Importante notar que os esforços e a aplicação de recursos aumentam significativamente na segunda e, principalmente, na terceira fase. Dessa forma, quanto melhor estiver o estudo que antecede cada uma dessas fases, mais seguro e mais preciso será o projeto decorrente.

A Lei nº 8.666/1993 entendeu oportuno, em função do risco da contratação, que, anteriormente à licitação de obras públicas, a Administração já dispusesse do projeto básico acabado. A execução do empreendimento é dividida em duas etapas perfeitamente identificáveis: a inicial relacionada à confecção do projeto básico, e a seguinte, independente da primeira, relativa à execução da obra. São duas licitações e contratações distintas para a consecução de cada fase.

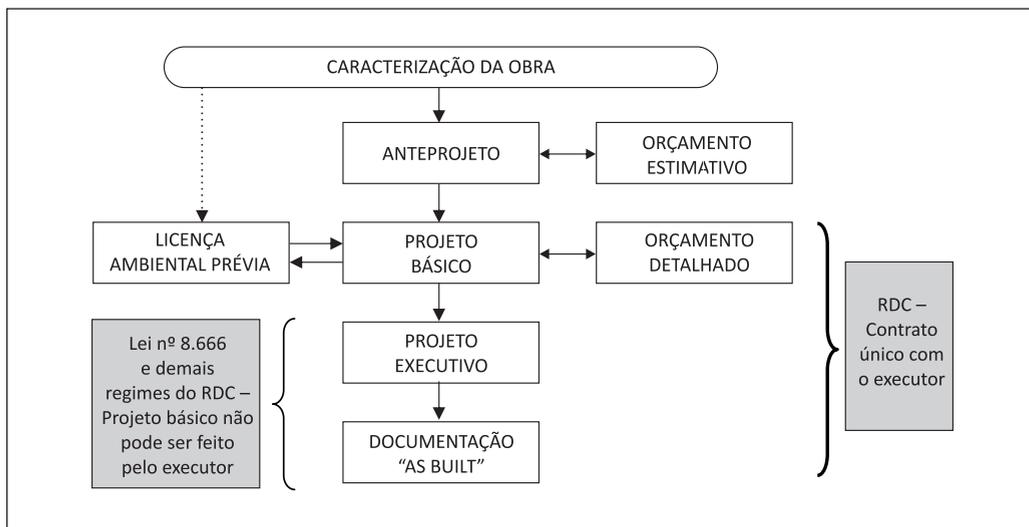
O RDC, em outra ponta, avança no sentido de que em casos específicos — com a utilização da contratação integrada<sup>28</sup> — a responsabilidade por essas duas atividades pode ser única, devendo a Administração cuidar tão somente do preparo do anteprojeto. Nesse caso específico, a descrição do objeto afeto à licitação deve ser suficiente tanto para viabilizar um bom projeto básico, quanto para selecionar a melhor proposta, em ambiente isonômico. Não é tarefa fácil! Esse assunto será tratado de modo amplo na Parte II desta obra.

Para os outros regimes de execução previstos no RDC, continua sendo obrigatória a separação das responsabilidades — projetista e executor, nos termos definidos pelo art. 36 da Lei nº 12.462/2011.

Para perceber a dinâmica e os conceitos gerais que ilustram os elementos utilizados na caracterização de uma obra pública (definição do objeto), Altounian<sup>29</sup> apresenta o diagrama ilustrado na Figura 4.2:

<sup>28</sup> Ver Parte II, questão 210.

<sup>29</sup> ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum 2014. p. 465.

**Figura 4.2 – Elementos técnicos utilizados na contratação de uma obra pública**

Quanto mais recursos são investidos, mais precisa será a definição do objeto, em sequência ordinal: anteprojeto, projeto básico, projeto executivo e “as built”. Para fins de licitação convencional, à exceção da contratação integrada, a igualdade e garantia da melhor proposta se fazem suficientes com a elaboração do projeto básico.

De maneira objetiva, podemos definir os objetivos de cada um desses elementos na forma apresentada pela Tabela 4.1:

**Tabela 4.1 – Objetivos das principais peças caracterizadoras de uma obra**

Peça	Objetivo
Anteprojeto	Conceituar a obra
Projeto Básico (PB)	Caracterizar e precisar o empreendimento para licitar * (exceção, contratação integrada) <sup>30</sup>
Projeto Executivo	Detalhar o projeto básico
Documentação “as built”	Registrar tudo o que foi executado. É documento posterior à execução, enquanto os projetos são anteriores.

### 36. O RDC aboliu a necessidade de projeto básico para licitar?

Talvez esta questão seja a que causa maior confusão naqueles que acompanham as discussões afetas ao RDC desde sua aprovação, notadamente em face das severas

<sup>30</sup> Parte II.

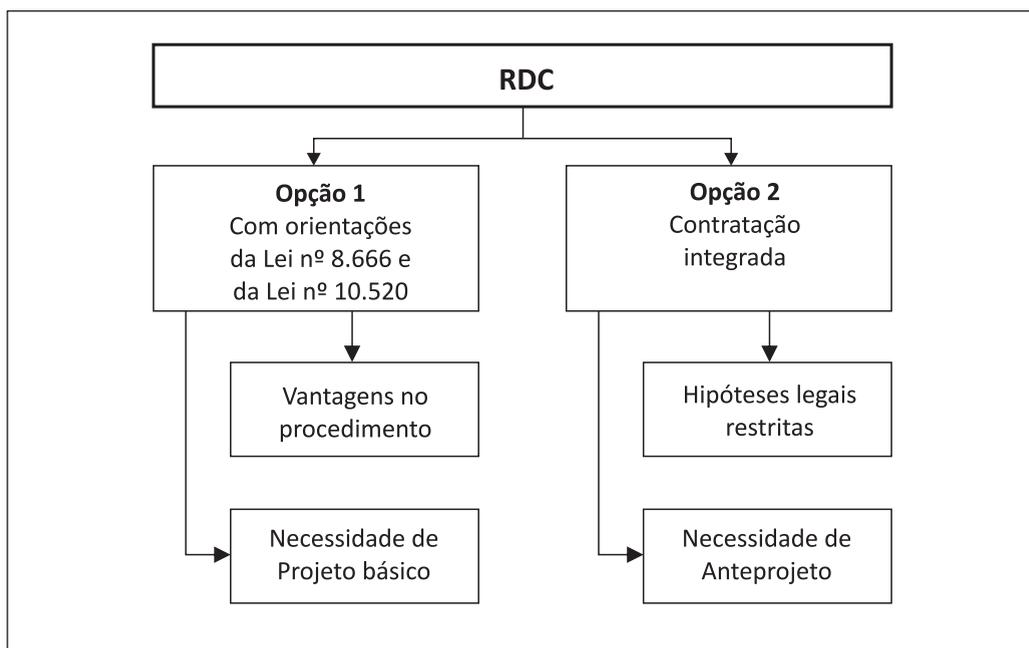
críticas focadas na contratação integrada que fizeram parecer que esta seria a única maneira de encaminhar a licitação com base no RDC.

O RDC, porém, não aboliu a viabilidade de contratação com fundamento em projeto básico. Em verdade, foram colocadas à disposição do gestor duas alternativas para dar início ao processo:

- *Opção 1*: utilização de projeto básico – art. 8º, §5º do RDC. Tem sido a regra, pois não há limitações para a escolha desse caminho. As vantagens estão no rito processual mais ágil, como a inversão<sup>31</sup> de fases da licitação e a possibilidade do modo de disputa aberto;<sup>32</sup>
- *Opção 2*: uso de anteprojeto – art. 9º do RDC: é a denominada contratação integrada, sendo a empreiteira responsável pela elaboração dos projetos básicos e executivo e da execução da obra. Esse caminho só é permitido para tipos específicos de obras.<sup>33</sup>

A Figura 4.3 registra essas duas opções:

**Figura 4.3 – Alternativas do regime licitatório a ser utilizado**



### **37. O RDC exige a definição precisa do objeto? Em que grau de detalhamento?**

Tal qual a Lei nº 8.666/1993, é requisito do RDC para a obtenção da melhor proposta que o objeto esteja adequadamente delimitado para viabilizar a isonomia de

<sup>31</sup> Ver questões 80 e 81.

<sup>32</sup> Ver questões 82 a 90.

<sup>33</sup> Ver questão 223.

informações necessárias a garantir um ambiente concorrencial, fértil à obtenção de boas ofertas.

De modo objetivo, a Lei nº 12.462/2011 expressou, em seu art. 5º, que “o objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias”.

Há, contudo, um detalhe importante no conceito de precisão do objeto, em especial pelo fato de o legislador ter autorizado alternativamente no RDC a licitação com fundamento em anteprojeto ou em projeto básico. É claro que o nível de detalhamento dessas duas peças é diferente. O projeto básico, por ser desenvolvido em etapa posterior, é bem mais preciso que o anteprojeto. Por esse motivo, ao estabelecer que o objeto demandará definição de forma mais acurada, natural se reconhecer que essa precisão não será a mesma em função da alternativa escolhida para a licitação.

Com efeito, os estudos realizados para a caracterização de uma obra seguem uma sequência lógica: estudos preliminares, anteprojeto, projeto básico e projeto executivo. Quanto mais avançada for a fase em que se encontra o empreendimento, maiores serão os custos para a elaboração das peças, com a vantagem de obtenção de avaliações mais precisas dos valores de investimento necessários. Essa sequência é necessária para que se possa avaliar a viabilidade de se prosseguir para a etapa seguinte com menor grau de risco acerca da conclusão da obra.

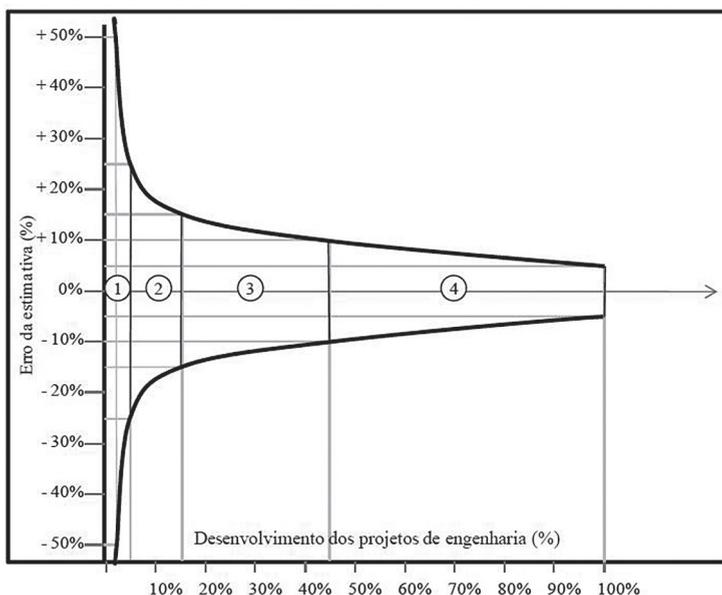
O Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea), autarquia responsável pela fiscalização do exercício das atividades de engenharia, registra, no art. 2º da Resolução nº 361/1991, que “o projeto básico é uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento”. No art. 7º da mesma resolução, o Confea estabelece como característica de projeto básico a definição de “quantidades e os custos de serviços e fornecimentos com precisão compatível com o tipo e porte da obra, de tal forma a ensejar a determinação do custo global da obra com precisão de mais ou menos 15% (quinze por cento)”.

Importante entender esse valor de 15% como uma faixa de variação que dependerá do tipo de obra. Obras com maior complexidade terão projetos básicos menos precisos, ou seja, poderão apresentar imprecisões nos estudos mais próximas do limite de 15%; por sua vez, obras mais simples terão precisões melhores.

Na visão de Cardoso,<sup>34</sup> a Figura 4.4 ilustra a variação dos níveis de precisão de projetos em função da fase dos estudos:

<sup>34</sup> CARDOSO, Roberto Sales. *Orçamento de obras em foco: um novo olhar sobre a engenharia de custos*. São Paulo: Pini, 2009.

**Figura 4.4 – Desenvolvimento dos projetos de engenharia x Erros de estimativa<sup>35</sup>**



*Fase 1: Etapa conceitual – corresponde à deflagração do processo; ao estabelecimento das primeiras tomadas de decisão, como tipo de construção, tecnologia a ser aplicada, programa de necessidades, aprovação do briefing, etc.*

*Fase 2: Projeto de arquitetura em estágio avançado de desenvolvimento, e projetos de engenharia em desenvolvimento – diz respeito a uma maior maturação dos projetos, com erro de mais ou menos 15%.*

*Fase 3: Estimativa de Custos – projetos de engenharia praticamente pela metade, com erro de mais ou menos 10%.*

*Fase 4: Projeto completo – dispõe-se de todas as informações necessárias para a confecção de uma planilha orçamentária, a mais detalhada possível, com imprecisões aproximadas de 5%.*

Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Pública (Ibraop) aprovou orientação técnica — OT IBR nº 4/2012 — que sugere margens de erro admissíveis em função da fase de projeto, conforme Tabela 4.2:

<sup>35</sup> CARDOSO. *Orçamento de obras em foco*.

**Tabela 4.2 – Precisão do orçamento por fase de amadurecimento do projeto**

Tipo de orçamento	Fase do projeto	Cálculo do preço	Margem de erro admissível
Estimativa de custo	Estudos preliminares	Área de construção multiplicada por um indicador	30%
Preliminar	Anteprojeto	Quantitativos de serviços apurados no projeto ou estimados por meio de índices médios, e custos de serviços tomados em tabelas referenciais	20%
Detalhado ou analítico (orçamento-base da licitação)	Projeto básico	Quantitativos de serviços apurados no projeto e custos obtidos em composições de custos unitários com preços de insumos oriundos de tabelas referenciais ou pesquisa de mercado relacionados ao mercado local, levando-se em conta o local, o porte e as peculiaridades de cada obra	10%
Detalhado ou analítico definitivo	Projeto executivo	Quantitativos apurados no projeto e custos de serviços obtidos em composições de custos unitários com preços de insumos negociados, ou seja, advindos de cotações de preços reais feitas para a própria obra ou, ainda, estimados por meio de método de custo real específico	5%

Pode-se, ainda, colacionar alguns atos normativos internacionais a dispor sobre o grau de precisão requerido de um anteprojeto, consoante Tabela 4.3:

**Tabela 4.3 – Faixa de precisão do orçamento preliminar**

Entidade	Faixa de precisão do orçamento preliminar
AACE (American Association of Cost Engineers)	Faixa inferior: -10% a -20% Faixa Superior: +10% a +30%
ANSI	-15% a +30%
ACostE (Association of Cost Engineers – UK)	-10% a +10%

No entendimento de Haplin e Woodhead quanto ao grau de precisão de um projeto básico para licitar:

A fase de detalhamento do projeto termina com as plantas e especificações que são fornecidas ao construtor para efeitos de concorrência. [...]

Essa estimativa deve ter *uma precisão de  $\pm 3\%$* , já que o projeto final está disponível.<sup>36</sup> (grifos nossos)

<sup>36</sup> CONSTRUCTION Management. 2<sup>nd</sup> ed. Hohm Wiley & Sons, 1998. Livros Técnicos e Científicos Editora.

Em uma visão comparativa, a literatura técnica apresentada tende a apresentar certa contradição com a Resolução Confea nº 361/1991. Segundo os percentuais colacionados, o grau de precisão do dito normativo mais se assemelha ao que se espera de um anteprojeto que de um projeto básico.

Para desvendar a aparente contradição de forma a subsumir a lei ao mundo fático, faz-se necessário remontar o cenário legal vivido em 1991, à época da edição do ato normativo. Naquele tempo, as licitações eram regidas pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986. O dito diploma legal positivou o projeto básico em apenas duas passagens, quais sejam:

Art. 5º Para os fins deste decreto-lei, considera-se: [...]

VII – Projeto básico – o conjunto de elementos que defina a obra ou serviço, ou o complexo de obras ou serviços objeto da licitação e que possibilite a estimativa de seu custo final e prazo de execução; [...]

Art. 6º As obras e os serviços só podem ser licitados, quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente, e contratados somente quando existir previsão de recursos orçamentários.

O ato normativo regulamentar anterior — o Decreto-Lei nº 200/1967 — assim regravava:

Art. 139. A licitação só será iniciada após definição suficiente do seu objeto e, se referente a obras, quando houver *anteprojeto* e especificações bastantes para perfeito entendimento da obra a realizar.

A prática licitatória vigente até a prolação do Decreto-Lei nº 2.300/1986 era a de se licitar com anteprojetos. E a definição de projeto básico naquela “nova” norma legal não contribuiu para modificar esse quadro: bastava que houvesse possibilidade de estimar o custo final do objeto e seu prazo de execução. Nada mencionava sobre orçamento detalhado, ou soluções técnicas globais e localizadas, ou sobre o imperativo de minimizar a necessidade de sua reformulação, e mais todo o rol de exigências estipulado no art. 6º, inciso IX da Lei de Licitações.

Esse último dispositivo da Lei nº 8.666/1993, como também o art. 2º, inciso IV e parágrafo único, da Lei nº 12.462/2011 (o RDC), foi muito mais preciso. Trouxe ao universo positivo um número muito maior de condicionantes. A partir da aprovação da Lei Geral de Licitações, para se licitar uma obra ou serviço de engenharia, o projeto haveria de abrigar mais elementos. A estimativa do custo final haveria de ser realizada com base em um orçamento analítico,<sup>37</sup> somente viável diante de todos projetos de engenharia (no caso de edificações, além da arquitetura, o projeto estrutural, o hidrossanitário, o elétrico, o de incêndio etc.). Transversalmente, tal nível de detalhamento repercute em grau muito maior de precisão das estimativas orçamentárias, se comparado com o ordenamento jurídico até então vigente.

Aliás, avaliamos que essa “mudança” de paradigmas na Lei nº 8.666/1993, em comparação com a prática de se licitar com o anteprojeto até então sedimentada, não modificada com a edição do Decreto-Lei nº 2.300/1986, seja o principal motivo da confusão, até hoje enfrentada, sobre o real — e suficiente — conteúdo do projeto básico.

<sup>37</sup> Art. 6º, inciso IX, alínea “f” c/c art. 7º, inciso III da Lei nº 8.666/1993 e art. 2º, inciso IV, alínea “c” e parágrafo único, inciso VI da Lei nº 12.462/2011.

Em se tratando da realidade vivida até então, bem como dos estudos trazidos nesta obra, temos que os 15% materializados pela Resolução Confea nº 361/1991 referiram-se ao anteprojeto, então base para os certames licitatórios à época. Para o projeto básico da Lei de Licitações e do RDC, esse percentual é coerente com empreendimentos de alta complexidade ou que apresentem elevada incerteza em seus quantitativos de serviços.<sup>38</sup>

## 4.2 REGIMES DE EXECUÇÃO

### 38. O que é regime de execução?

---

Regime de execução é a maneira pela qual a execução do objeto será aferida, medida e paga. Seu conceito visa ao estabelecimento da distribuição de responsabilidades e riscos entre os contratantes em face do que vier a ser encontrado no decorrer do empreendimento. Em regra, a discussão inicial está na avaliação da opção pela qual os serviços realizados serão remunerados: por preço certo e total (empreitada global) ou pelas quantidades efetivamente executadas e aferidas (empreitada unitária).

---

Por óbvio, o princípio da boa-fé deve ser observado pelas partes durante todo o processo de contratação a fim de que não sejam transferidos riscos para a outra parte indevidamente. A Lei nº 8.666/1993 já se preocupava com essa questão, ao fixar no seu 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”.

Por esse motivo, absolutamente necessário que a Administração forneça aos licitantes em momento inicial apropriado os elementos que permitam a perfeita caracterização do empreendimento, em especial no caso do regime por preço global, a fim de que seja tecnicamente possível a elaboração de proposta de preços condizente com aquilo que será executado.

### 39. Quais os regimes de execução contratual previstos no RDC?

O RDC prevê, em seu art. 8º, cinco regimes de execução contratual: empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa, empreitada integral, ou contratação integrada.

Os quatro primeiros nada mais são do que a repetição dos regimes de execução já previstos na Lei nº 8.666/1993, inclusive com as mesmas definições:

---

<sup>38</sup> Ver questão 42.

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

II – empreitada por preço global: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

III – empreitada por preço unitário: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

VI – tarefa: quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.<sup>39</sup>

O último regime, porém, é, sem dúvida alguma, a maior inovação trazida pelo RDC: a contratação integrada, na qual a licitação será realizada com fundamento em anteprojeto, ficando o contratado responsável por todas as atividades a partir desse documento.

#### 40. Afinal, o que é contratação integrada?

Essa questão é tão relevante no âmbito da discussão do RDC que entendemos imprescindível aprofundá-la em tópico específico deste livro (Parte II), em especial na abordagem da discussão de aspectos técnicos. Nesta primeira parte da obra, trataremos apenas de forma geral os conceitos da contratação integrada.

O art. 9º do RDC, ajustado pela Lei nº 12.980/2014, estabelece que nesse tipo de regime, aplicável a casos específicos, a responsabilidade pela elaboração do projeto básico ficará a cargo da empresa vencedora para executar o empreendimento:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I – inovação tecnológica ou técnica;

II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

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

Várias serão as consequências da opção pela contratação integrada, em especial quanto à necessidade da mudança das estruturas de condução do processo adotadas pela Administração Pública nos últimos vinte anos.

A ideia de transferir a responsabilidade pela elaboração do projeto básico, a quem será também responsável pela execução, vem com alguns objetivos:

a) possibilitar que o contratado possa incorporar soluções construtivas, em face de sua experiência, que representem redução de custos de execução;

<sup>39</sup> Art. 2º da Lei nº 12.462/2011.

- b) reduzir a amplitude de aditivos apenas para casos excepcionais;
- c) estabelecer uma relação de parceria em que o contratado responsabiliza-se pela entrega de um produto acabado que atenda a real necessidade da Administração e não apenas por execução de serviços.

O objetivo é nobre, mas deve ser avaliado com cautela. A Administração Pública deverá, para o êxito da contratação, aprender a definir com exatidão sua necessidade<sup>40</sup> durante a elaboração do anteprojeto; caso contrário, serão tantas as situações de ajustes durante a fase de execução que a contratada terá a possibilidade de exigir aditivos elevados, com prejuízo significativo aos benefícios pensados na implantação desse tipo de regime.

Também, deverá a Administração estar preparada para uma fase nova de negociação, aliás, do primeiro produto a ser entregue: a aprovação do projeto básico junto à empresa que o preparou e será responsável por sua execução. Lógico e natural que poderá haver um conflito de interesses: por um lado, a contratante preocupada com a manutenção da qualidade; por outro, a contratada com a redução de custos.

#### **41. Existe preferência para escolha do regime de execução?**

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, o RDC estabeleceu em seu art. 8º, §1º que “nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do *caput* deste artigo”, ou seja, regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, ou contratação integrada. A escolha dos outros regimes — empreitada por preço unitário ou tarefa —, se levada a cabo essa preferência, precisará ser motivada nos autos do procedimento.

Pragmaticamente, mesmo no âmbito da Lei nº 8.666/1993, o gestor, em vista de seu poder discricionário, também tinha de motivar o regime de execução que melhor conviesse ao interesse público. Não há, afinal, um regime melhor que outro. Cada regime se afeiçoa a um tipo de objeto, que melhor potencializa seus pontos positivos. Logo, em termos do dever motivador, cremos que nada se modifica.

Parece-nos que essa exigência legislativa decorre da impressão que os regimes definidos como preferenciais são menos suscetíveis a aditivos. Entendemos oportuno, porém, um alerta: a dimensão dos aditivos tem como uma das principais causas, ao lado dos critérios de medição, a qualidade da peça utilizada como fundamento da licitação, seja o projeto básico, seja o anteprojeto. Se essa peça não for suficiente para materializar a necessidade da Administração ou, pior, contiver erros, os aditivos virão de qualquer forma. Tal assunto será tratado com maior profundidade no item 4.4 desta obra.

#### **42. Como optar pelos regimes existentes?**

A discussão acerca da escolha do regime de execução tem sido corriqueira no seio da Administração Pública. É comum se apresentarem nessas discussões argumentos do tipo: “Aqui, só utilizamos o regime global para não conviver com aditivos!”; ou então: “Sempre escolhemos o regime de preço unitário para pagar o que realmente foi executado”.

---

<sup>40</sup> Ver questão 23.

Qual das correntes estaria certa?

A escolha do regime de execução deve considerar mais a natureza e as características da obra do que os aspectos políticos de uma decisão. Obras com maior complexidade apresentam pior precisão de projeto, o que é natural diante do elevado número de variáveis com que o projetista deve trabalhar; ao contrário, obras mais simples têm melhor precisão.

Na realidade, existem empreendimentos que, por sua natureza, apresentam uma imprecisão intrínseca em seus quantitativos. Por mais esmero que exista na elaboração do projeto básico, o exato montante a ser executado sempre sofrerá alguma margem de variação. São os casos de reformas, serviços de terraplenagem, manutenção rodoviária, obras de terra.

A precisão é característica que impacta diretamente no risco do contrato: quanto pior a precisão, maior o risco de alguma das partes sofrer prejuízo. O regime de execução unitário é mais propenso à redução desse risco, visto que os quantitativos, independentemente das previsões iniciais, serão medidos de acordo com os serviços efetivamente executados. Por esse motivo, recomenda-se a escolha do preço unitário para empreendimentos com maior complexidade, visto que os projetos, via de regra, são menos precisos, e do preço global para obras mais simples ou, então, nos casos em que se detenha mais certeza acerca da exata quantidade a ser executada.

O TCU, em decisão emblemática, firmou o seguinte entendimento em relação à escolha dos regimes de execução unitário ou global, destacando a aplicabilidade do raciocínio ao RDC:

9.1.1. A escolha do regime de execução contratual pelo gestor deve estar fundamentada nos autos do processo licitatório, em prestígio ao definido no art. 50 da Lei nº 9.784/99;

9.1.2. Os instrumentos convocatórios devem especificar, de forma objetiva, as regras sobre como serão realizadas as medições, a exemplo de pagamentos após cada etapa concluída do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o art. 40, inciso XIV, da Lei nº 8.666/93;

9.1.3. A empreitada por preço global, em regra, em razão de a liquidação de despesas não envolver, necessariamente, a medição unitária dos quantitativos de cada serviço na planilha orçamentária, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93, deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras;

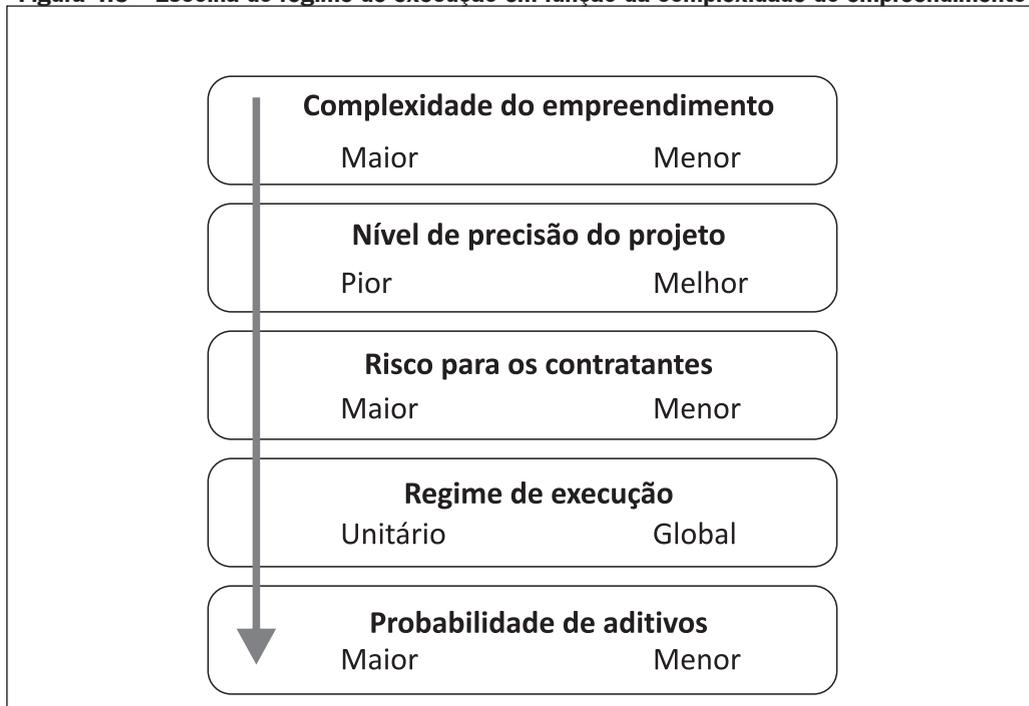
9.1.4. Nas situações em que, mesmo diante de objeto com imprecisão intrínseca de quantitativos, tal qual asseverado no item 9.1.3. supra, se preferir a utilização da empreitada por preço global, deve ser justificada, no bojo do processo licitatório, a vantagem dessa transferência maior de riscos para o particular — e, conseqüentemente, maiores preços ofertados — em termos técnicos, econômicos ou outro objetivamente motivado, bem assim como os impactos decorrentes desses riscos na composição do orçamento da obra, em especial a taxa de BDI – Bonificação e Despesas Indiretas [...]

9.2. Nos contratos executados mediante o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicam-se, no que couber, os entendimentos expressos nesta decisão, por força do disposto no art. 2º, inciso II; art. 8º, §1º; art. 39; art. 45, inciso I, alínea “b” e art. 63, todos da Lei nº 12.462/2011, como também no Acórdão nº 1.510/2013-Plenário, mormente no que se refere à necessidade de estabelecer uma matriz de riscos, a explicitar as exatas responsabilidades e encargos a serem assumidos pelos particulares — inclusive no que se refere a erros quantitativos. (TCU. Acórdão nº 1.977/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir

Campelo. *DOU*, 05 ago. 2013)

A Figura 4.5 procura ilustrar o raciocínio a ser utilizado:

**Figura 4.5 – Escolha do regime de execução em função da complexidade do empreendimento**



#### **43. Qual o impacto nos critérios de aceitabilidade de preços decorrente do regime de execução escolhido?**

A escolha do regime de execução impacta em algumas definições no processo licitatório.

A opção pelo regime de contratação integrada exigia, inicialmente, que fosse adotado, obrigatoriamente, o critério de julgamento de técnica e preço. Entretanto, a Lei nº 12.980/2014 acabou revogando o inciso III do §2º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, que previa tal exigência.

Por sua vez, os critérios de aceitabilidade de preços<sup>41</sup> para o julgamento das propostas também serão diferenciados para cada regime:

- no preço unitário:<sup>42</sup> priorizam-se os critérios de aceitabilidade de preço global e unitário;
- no preço global:<sup>43</sup> o foco da análise estará nos preços global e por etapa do cronograma da obra;

<sup>41</sup> Ver questão 105.

<sup>42</sup> Ver questão 106.

<sup>43</sup> Ver questão 106.

c) na contratação integrada:<sup>44</sup> por não haver orçamento detalhado, vez que a Administração dispõe apenas de anteprojeto, a avaliação será feita por preço global, mas serão limitados os percentuais a serem pagos por etapa.

Por fim, por não se enquadrarem como preferenciais, a opção dos regimes de execução por preço unitário e contratação por tarefa deverá estar motivada e justificada nos autos do processo. Para os demais, não obstante silêncio do legislador, entendemos pertinente que a justificativa também seja acostada aos autos.

#### **44. Como o licitante deve proceder em caso de constatar equívocos no projeto ou orçamento-base em função do regime de execução?**

A situação não é rara: o licitante, ao avaliar os elementos do projeto, percebe que existem falhas nos quantitativos. O que fazer?

No caso do regime unitário, a situação é menos gravosa para o licitante, visto que os erros no projeto serão corrigidos quando da medição, uma vez que serão considerados os quantitativos de serviços efetivamente executados. Mas não se pode ignorar que haverá um limite para esses aditivos, o que poderá inviabilizar a conclusão do empreendimento se os equívocos forem de tal monta que ultrapassem as referências legais para acréscimos de serviços.

No regime por preço global, a situação é mais delicada, visto que o contratado deverá entregar a obra por preço certo e total. Por esse motivo, poderia ele alterar os quantitativos da planilha do orçamento-base da Administração?

O TCU disciplinou que essa alteração não é possível e sugere o caminho a ser adotado: “9.1.5. A proposta ofertada deverá seguir as quantidades do orçamento-base da licitação, cabendo, no caso da identificação de erros de quantitativos nesse orçamento, proceder-se a impugnação tempestiva do instrumento convocatório, tal qual assevera o art. 41, §2º, da Lei nº 8.666/93. (TCU. Acórdão nº 1.977/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 05 ago. 2013)

#### **45. Quais os limites para os aditivos em cada regime de execução?**

O RDC estabeleceu regras específicas para aditivos em função do regime de execução. Em seu art. 39, definiu que “os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666/93, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei”. Nesse sentido, valem os limites impostos no art. 65 da Lei Geral de Licitações:

- a) até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato para acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras; e
- b) até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento.

A Lei nº 8.666/1993 destaca, no art. 65, §2º, que nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites por ela estabelecidos.

Para o regime de preço unitário, o exposto acima é plenamente aplicável, visto não haver regra específica no RDC que aborde esse regime.

<sup>44</sup> Ver questões 229 e 230.

Já para o regime de preço global, o novo Regime, a exemplo do Decreto nº 7.983/2013, definiu, no art. 42, §4º, inciso III, que “as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato”. Apenas novos pleitos da Administração poderão ensejar acréscimos que permitam o alcance do teto de 25 ou 50%, conforme o caso. Nesse diapasão, aplica-se o entendimento do TCU, com ténue ajuste do Decreto nº 7.983/2013 pelo Decreto nº 7.581/2011:

9.1.6. Alterações no projeto ou nas especificações da obra ou serviço, em razão do que dispõe o art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93, como também do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, repercutem na necessidade de prolação de termo aditivo;

9.1.7. Quando constatados, após a assinatura do contrato, erros ou omissões no orçamento relativos a pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, em regra, pelo fato de o objeto ter sido contratado por “preço certo e total”, não se mostra adequada a prolação de termo aditivo, nos termos do ideal estabelecido no art. 6º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93, como ainda na cláusula de expressa concordância do contratado com o projeto básico, prevista no art. 13, inciso II, do Decreto nº 7.983/2013;

9.1.8. Excepcionalmente, de maneira a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, como também para garantia do valor fundamental da melhor proposta e da isonomia, caso, por erro ou omissão no orçamento, se encontrarem subestimativas ou superestimativas relevantes nos quantitativos da planilha orçamentária, poderão ser ajustados termos aditivos para restabelecer a equação econômico-financeira da avença, situação em que se tomarão os seguintes cuidados:

9.1.8.1. Observar se a alteração contratual decorrente não supera ao estabelecido no art. 13, inciso II, do Decreto nº 7.983/2013, cumulativamente com o respeito aos limites previstos nos §§1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, estes últimos, relativos a todos acréscimos e supressões contratuais;

9.1.8.2. Examinar se a modificação do ajuste não ensejará a ocorrência do “jogo de planilhas”, com redução injustificada do desconto inicialmente ofertado em relação ao preço base do certame no ato da assinatura do contrato, em prol do que estabelece o art. 14 do Decreto nº 7.983/2013, como também do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal;

9.1.8.3. Avaliar se a correção de quantitativos, bem como a inclusão de serviço omitido, não está compensada por distorções em outros itens contratuais que tornem o valor global da avença compatível com o de mercado;

9.1.8.4. Verificar, nas superestimativas relevantes, a redundância no eventual pagamento do objeto acima do preço de mercado e, conseqüentemente, em um superfaturamento, se houve a retificação do acordo mediante termo aditivo, em prol do princípio guardado nos arts. 3º, *caput* c/c art. 6º, inciso IX, alínea “f”; art. 15, §6º; e art. 43, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/93;

9.1.8.5. Verificar, nas subestimativas relevantes, em cada caso concreto, a justeza na prolação do termo aditivo firmado, considerando a envergadura do erro em relação ao valor global da avença, em comparação do que seria exigível incluir como risco/contingência no BDI para o regime de empreitada global, como também da exigibilidade de identificação prévia da falha pelos licitantes — atenuada pelo erro cometido pela própria Administração —, à luz, ainda, dos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa, da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do dever de licitar, da autotutela, da proporcionalidade, da economicidade, da moralidade, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e do interesse público primário. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

Por fim, na contratação integrada, o entendimento é mais restritivo. A Lei nº 12.462/2011 prevê como regra a ausência de aditivos em face de o contratado ter apresentado sua proposta com base em anteprojeto da Administração. Existem apenas duas exceções firmadas no art. 9º, §4º:

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.

As exatas consequências desse novo dispositivo, como também o detalhamento da operacionalização das revisões contratuais na contratação integrada, serão apresentadas na Parte II deste livro<sup>45</sup> e dos demais regimes ainda na Parte I.<sup>46</sup>

## 46. É possível utilizar um regime de execução contratual misto ou combinado?

Essa também é outra questão recorrente: se a escolha do regime de execução tem por fundamento a complexidade da obra e a precisão dos quantitativos definidos no projeto, é possível que em determinada obra exista grupo de serviços com graus de dificuldade distintos para a definição de quantidades.

Por exemplo, em uma edificação o projeto de fundações pode trazer maior imprecisão do que aqueles de estrutura e acabamento. Seria possível, então, estabelecer no edital um regime misto, ou seja, as fundações em regime unitário e o restante em preço global?

O *caput* do art. 8º do RDC tem a seguinte redação: “Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: [...]”. Não há exigência expressa que cada contrato possua apenas um regime de execução para todos os serviços.

Por sua vez, nos conceitos dos regimes de preço global e unitário, registrados no art. 2º, as definições de ambos trazem o texto inicial “quando se contrata a obra ou serviço”. Cabem, aí, duas interpretações: a primeira, na qual o objeto “obra ou serviço” só pode ser contratado com base em um único regime; e a segunda, em que é possível contratar os serviços de uma mesma obra em regimes distintos.

Ora, se o objetivo da existência de regimes distintos é minorar os riscos para os contratantes e, com isso, garantir uma contratação mais segura ao interesse público, imaginemos que determinado contrato de execução de obra tivesse 50% de seus serviços com alto risco de imprecisão e os outros 50% com baixo risco. Qual seria a melhor solução para garantir equilíbrio econômico para as duas partes do contrato? Entendemos que a escolha de um regime misto, unitário para os primeiros, e global para os últimos, seria melhor para todos, pois reduziria os riscos para a Administração e para o licitante.

<sup>45</sup> Ver questão 248.

<sup>46</sup> Ver questões 293 e 294.

Aliás, *contrario sensu*, a Administração deveria fazer duas licitações, uma para cada parcela da obra, a fim de fazer valer a redução dos riscos, sob pena de arcar com custos de dois processos licitatórios distintos e ter que gerenciar duas empreiteiras no mesmo canteiro, caso não houvesse vencedor único dos dois certames.

## 4.3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

### 47. Quais as licenças ambientais necessárias em um empreendimento?

A Resolução Conama nº 237/1997, no art. 1º, II, define licença ambiental como o “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”. Em seu art. 8º, relaciona as espécies de licença ambiental:

I – Licença Prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II – Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III – Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único. As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

Considerando que a resolução em comento, no art. 11, fixa a responsabilização do empreendedor e profissionais que subscrevem os estudos previstos, inclusive com a previsão de sanções administrativas, civis e penais, é recomendável especial cuidado na contratação de técnico legalmente habilitado.

O Tribunal de Contas da União firmou entendimento a respeito das licenças necessárias em cada fase do empreendimento:

[...] como indício de irregularidade grave, as seguintes ocorrências:

- a contratação de obras com base em projeto básico elaborado sem a existência da licença prévia, conforme art. 2º, §2º, inciso I e art. 12, ambos da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 8º, inciso I, da Resolução Conama nº 237/97;

- o início de obras sem a devida licença de instalação, bem como o início das operações do empreendimento sem a licença de operação com base nas Resoluções Conama nº 237/97 e 06/87. (TCU. Acórdão nº 516/03. Plenário. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. *DOU*, 26 maio 2003)

No mesmo sentido, definiu, ainda, que “a falta de providências de responsável, com vistas a verificar a efetiva viabilidade ambiental e econômica de obra pública, justifica sua apenação”. (TCU. Acórdão nº 865/2006. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. *DOU*, 09 jun. 2006)

#### 48. Quais as etapas para a obtenção de todas as licenças?

O resumo a seguir ilustra a integração entre as etapas do processo de licenciamento ambiental de competência do Ibama<sup>47</sup> e do processo de licitação e contratação:

- I – empreendedor comunica ao Ibama e às Oemas a intenção de realizar o empreendimento (Resolução Conama nº 237/97, art. 8º, inciso I, primeira parte);
- II – o Ibama elabora os termos de referência dos estudos e projetos ambientais (Resolução Conama nº 237/97, art. 10, inciso I);
- III – o empreendedor elabora os estudos e projetos ambientais, entre eles o EIA/Rima, se for o caso (art. 8º da Resolução Conama nº 01/86);
- IV – o Ibama realiza visita *in loco* para definir se há necessidade de realizar audiências públicas (*caput* do art. 2º da Resolução Conama nº 09/87 e inciso V do art. 10 da Resolução Conama nº 237/97);
- V – o Ibama convoca audiências públicas por definição própria, por solicitação do Ministério Público ou por convocação de no mínimo 50 pessoas; ou deixa transcorrer prazo de 45 dias regimentais para a convocação da audiência pública (parágrafos 1º a 3º do art. 2º da Resolução Conama nº 09/87);
- VI – o Ibama emite parecer a favor ou contra a concessão da licença prévia (inciso VII do art. 10 da Resolução Conama nº 237/97);
- VII – o Ibama emite a licença prévia, aprovando a concepção, a localização e os requisitos ambientais necessários para que o empreendimento seja viável ambientalmente (inciso I do art. 8º da Resolução Conama nº 237/97);
- VIII – o empreendedor finaliza o projeto básico (inciso 9º do art. 6º da Lei nº 8.666/93);
- IX – o empreendedor contrata a execução do projeto executivo e inicia a licitação para a contratação da execução das obras (*caput* e parágrafo 1º do art. 7º da Lei nº 8.666/93);
- X – o empreendedor apresenta ao Ibama o detalhamento dos programas ambientais (sistemática adotada pelo Ibama);
- XI – o Ibama aprova ou não o detalhamento dos programas ambientais (sistemática adotada pelo Ibama);
- XII – aprovado o detalhamento desses programas, o Ibama emite a licença de instalação (inciso II do art. 8º da Resolução Conama nº 237/97);
- XIII – o empreendedor inicia as obras;
- XIV – o Ibama realiza vistoria no empreendimento com vistas a verificar o cumprimento dos programas ambientais aprovados quando da concessão da licença prévia e detalhados quando da concessão da licença de instalação (sistemática adotada pelo Ibama);
- XV – o Ibama emite a licença de operação (inciso II do art. 8º da Resolução Conama nº 237/97). (TCU. Acórdão nº 516/03. Plenário. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. *DOU*, 26 maio 2003)

<sup>47</sup> Válido por analogia para órgãos ambientais estaduais.

## 4.4 PROJETO BÁSICO

### 49. O que há de novo no conceito de projeto básico comparativamente à Lei nº 8.666/1993?

Absolutamente nada. As definições são muito parecidas nos dois atos normativos. A única diferença está no fato de o RDC separar os requisitos do projeto básico em parágrafo específico, enquanto a Lei nº 8.666/1993 aglutina esse conceito e os requisitos no mesmo inciso, conforme ilustra a Tabela 4.4.

**Tabela 4.4 – Comparação dos conceitos de projeto básico no RDC e na Lei nº 8.666/1993**

Lei nº 8.666/1993	Lei nº 12.462/2011
<p>Art. 6º, inciso IX</p> <p>Projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:</p>	<p>Art. 2º, inciso IV</p> <p>Projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:</p> <p>a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;</p> <p>b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e</p> <p>c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução;</p>
<p>a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;</p> <p>b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;</p> <p>c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;</p> <p>d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;</p> <p>e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;</p> <p>f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;</p>	<p>Parágrafo único. O projeto básico referido no inciso IV do <i>caput</i> deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos:</p> <p>I – desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza;</p> <p>II – soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da Administração Pública;</p> <p>III – identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento;</p> <p>IV – informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra;</p> <p>V – subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso, exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada;</p> <p>VI – orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.</p>

## 50. Por que se dá tanta importância ao projeto básico?

O projeto básico é o documento que define o objeto a ser licitado e que garante igualdade de competição entre todos os licitantes. É por meio dele que todos os interessados em participar do certame terão subsídios para tomar as suas decisões, envolvendo o preenchimento dos requisitos de habilitação exigidos e os elementos a serem considerados na formação do seu preço.

Sobre o assunto, o TCU julgou que “A existência de deficiências graves no projeto básico que impossibilitam a adequada descrição dos serviços que serão implementados na obra compromete o certame realizado, tendo em vista que tal procedimento afasta da licitação empresas que optam por não correr o risco de apresentar um orçamento elaborado sem a necessária precisão, havendo, portanto, prejuízo à competitividade do certame e à contratação da proposta mais vantajosa pela Administração Pública, o que enseja a nulidade da concorrência efetivada”. (Acórdão nº 2.819/2012. Rel. Min. Marcos Bemquerer. *DOU*, 26 out. 2012)

Não é sem razão que tanto a Lei Geral de Licitações quanto o RDC estabelecem que o projeto básico deve contemplar “soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da Administração Pública”.

A má qualidade desta peça poderá gerar vários inconvenientes para a Administração no decorrer da obra, dentre os quais:

- a) necessidade de diversos aditivos, inclusive com a possibilidade de alteração de metodologia de execução;
- b) dificuldade de negociar preços de serviços novos com a empreiteira fora de um ambiente concorrencial;
- c) afastamento de empresas de licitação que não apresentam capacidade para as metodologias licitadas, mas apresentariam para as metodologias ajustadas no aditivo.

## 51. Qual a diferença entre projeto básico e projeto executivo?

Em apertada síntese, a diferença entre o projeto básico e o executivo está no nível de detalhamento.

O objetivo do projeto básico é caracterizar a obra ou serviço de engenharia com nível de precisão adequado para ciências e todos os encargos necessários à realização do objeto; enquanto o do projeto executivo é apenas o de detalhar as definições do projeto básico, jamais transfigurar aquilo que foi licitado. O TCU aprovou Súmula para que não parem dúvidas a esse respeito:

Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos. (Súmula TCU nº 261)

A realidade é que a legislação apresenta um vácuo quanto à exata definição de “projeto executivo”. Segundo o art. 6º, inciso IX da Lei nº 8.666/1993, o projeto básico deve conter o “conjunto de elementos *necessários e suficientes*, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço [...] que possibilite a *avaliação do custo da obra* e a definição dos *métodos e do prazo de execução* [...]”.

Logo, devem constar do projeto básico todos os elementos necessários e suficientes para a caracterização da obra e para a formação de um preço justo para o empreendimento. Tais condições é que garantirão a isonomia necessária para a obtenção da melhor proposta.

As intervenções previstas no projeto executivo, assim, não devem impactar relevantemente no custo da obra, a tal ponto de comprometer a isonomia do certame. Tais informações devem, necessariamente, constar do projeto básico. Na peça executiva deve constar, unicamente, o detalhamento das soluções já conferidas no projeto básico original.

Como exemplo, citamos o projeto estrutural de uma edificação elaborado com solução em concreto armado. Tal documento deve, obrigatoriamente, fazer parte do projeto básico. Entre as peças constantes desse projeto, consta a planta de formas, em que serão discriminadas as dimensões de todos os elementos estruturais da obra. O orçamentista pode, assim, calcular os quantitativos de modo a incluir esse serviço na planilha de custos diretos do empreendimento, considerando as dimensões de cada viga, pilar, laje, console, bem como o tipo de forma a ser utilizado para confecção desses elementos.

Existe, entretanto, a possibilidade de melhor particularizar esses projetos. Pode-se elaborar o “projeto executivo de formas”, em que será esmiuçado o *procedimento executivo* de cada peça estrutural. Para cada viga constará um desenho com o número de pregos, chapas, dimensão e posição dos cortes nas chapas de madeirite; quantos sarrafos por painel; a posição e a quantidade dos “engastalhos”; a localização do escoramento, etc. Vale o mesmo raciocínio para os pilares, paredes estruturais, blocos e lajes. Mas em nenhum momento as quantidades ou as dimensões dos elementos estruturais sofrem ajustes consideráveis; tampouco a quantidade de aço ou a especificação do concreto. Na verdade, seria perfeitamente possível confeccionar o orçamento e executar a obra sem o “projeto executivo de formas”, mas aquela peça trouxe maior eficiência e precisão no uso de recursos e possibilitou redução de erros por parte dos operários e engenheiros.

Outro exemplo possível é em um projeto hidrossanitário. Em ramais de esgoto, pode ser necessário furar algum elemento estrutural para passar os tubos com o caimento necessário especificado. O projeto executivo detalhará o exato posicionamento, dimensão e altura do furo, bem como a posição das emendas e das conexões, de acordo com a inclinação indicada no projeto básico. Em momento algum, todavia, modifica-se o comprimento ou a bitola da tubulação.

Em resumo, sempre que o detalhamento de algum procedimento executivo puder repercutir relevantemente no orçamento da obra, ou em seu prazo, de modo a prejudicar a igualdade no certame licitatório, ou mesmo no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, avaliamos que tal especificação deve constar do projeto básico do empreendimento, não postergado para a feitura de seu projeto executivo.

Finalmente, para obras de baixa complexidade, considerando a necessidade de um menor grau de detalhamento, teremos uma maior proximidade entre os elementos dos projetos básico e executivo. Por outro lado, quando a complexidade aumenta, a exemplo de obras hidrelétricas, muitas definições de detalhamento ocorrerão no decorrer do empreendimento. Nesse caso, haverá maior distanciamento entre os dois tipos de projeto.

## 52. Quais elementos devem fazer parte do projeto básico?

A Lei nº 12.462/2011, assim como a Lei nº 8.666/1993, não especificou os elementos que devem constar do projeto básico. Aliás, a tarefa de especificação seria árdua em função de que cada obra exige grupo de elementos específicos.

Por esse motivo, o legislador optou por relacionar as linhas gerais a serem incorporadas no projeto básico, conforme ilustra Altounian:<sup>48</sup>

**Tabela 4.5 – Elementos exigidos no projeto básico e seus objetivos**

Elemento	Objetivo
Desenvolvimento da solução escolhida, de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza	Deve existir apenas uma solução escolhida sob os aspectos técnicos e econômicos entre diversas alternativas estudadas previamente. Essa solução deve contemplar todos os elementos detalhados com clareza de forma a possibilitar a todos (licitantes, agentes públicos e sociedade) uma visão precisa do que será realizado.
Soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem	O detalhamento da solução deve ser suficiente para evitar alterações no decorrer do empreendimento que desvirtuem a solução escolhida e, em casos mais graves, descaracterizam o objeto licitado. Caso contrário, não haverá a implementação da solução inicialmente escolhida, e sim de outra concepção.
Identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução	A definição de serviços e materiais no projeto deve ter como única finalidade o bom resultado do empreendimento sob os aspectos econômicos, técnicos, operacionais e de manutenção, sendo vedada qualquer iniciativa relativa a especificações que direcionem a licitação ou restrinjam a competitividade.
Informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução	Os licitantes precisam ter informações corretas e precisas que subsidiem a elaboração de suas propostas, de forma a tornar o procedimento competitivo. Não é admitido o fornecimento de dados de projeto que sabidamente serão alterados após a contratação, sob pena de violação do princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.
Subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso	Os responsáveis pela condução da licitação necessitam de elementos para definir o edital e regras para contratação a fim de evitar pedidos de aditivos futuros pela empresa vencedora, além de gerenciar a questão relativa ao cronograma físico-financeiro do empreendimento.
Orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados	Peça fundamental para que a Administração possa ter perfeito conhecimento dos valores atinentes ao empreendimento em face de dois motivos: - verificar a adequação das propostas dos licitantes e selecionar aquela mais vantajosa para a Administração; - propiciar visão a respeito da viabilidade do empreendimento e da adequação orçamentária.

<sup>48</sup> ALTOUNIAN. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*, p. 144.

Sobre o assunto, citamos a iniciativa tomada pelo Ibraop (Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas) de editar Orientações Técnicas, por meio da orientação técnica OT – IBR 001/2006,<sup>49</sup> visando uniformizar o entendimento da legislação e práticas pertinentes à auditoria de obras públicas. Nela são descritos os conteúdos técnicos (desenho, memorial descritivo, especificação técnica, orçamento e cronograma) que devem fazer parte de três tipos de obras: edificações, obras rodoviárias e pavimentação urbana. O estudo foi formalmente acolhido pelo TCU por meio do Acórdão nº 632/2012-Plenário:

9.1. Determinar à Segecex que dê conhecimento às unidades jurisdicionadas ao Tribunal que as orientações constantes da OT IBR 01/2006, editada pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop), passarão a ser observadas por esta Corte, quando da fiscalização de obras públicas;

9.1.1. Para os órgãos/entidades que dispõem de normativos próprios para regular a elaboração de projetos básicos das obras por eles licitadas e contratadas, os conceitos da referida norma serão aplicados subsidiariamente;

9.1.2. A adoção da OT IBR 01/2006 não dispensa os gestores de providenciar os elementos técnicos adicionais, decorrentes das especificidades de cada obra auditada;

9.2. Determinar à Segecex que, nas fiscalizações de futuras licitações de obras públicas, passe a avaliar a compatibilidade, do projeto básico com a OT IBR 01/2006 e, na hipótese de inconformidades relevantes, represente ao relator com proposta de providências. (Acórdão nº 632/2012, Plenário. Min. Rel. José Jorge. *DOU*, 29 mar. 2012)

### **53. Quem é responsável pela elaboração de projeto básico?**

As Leis nºs 5.194/1966 e 12.378/2010 estabelecem que a elaboração de projetos e orçamentos é atividade privativa de engenheiros, arquitetos e agrônomos, cada qual em sua área específica de atuação. Já a Lei nº 6.496/1977 exige que serviços profissionais nessas áreas sejam acompanhados obrigatoriamente de recolhimento de ART.

Nesse sentido, o TCU aprovou súmula com o seguinte teor:

É dever do gestor exigir a apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas. (Súmula TCU nº 260)

De qualquer modo, a autoridade competente da Administração deverá aprovar o projeto para licitação sob o aspecto de legitimação do interesse público na execução da obra.

### **54. Como proceder se o projeto básico estiver desatualizado no tempo?**

Existem diversas definições feitas no projeto básico que podem “envelhecer” com a passagem do tempo:

a) metodologias de execução: a tecnologia tem apresentado em períodos curtos de tempo novas soluções, mais eficientes ou econômicas;

<sup>49</sup> Disponível em: <[www.ibraop.org.br](http://www.ibraop.org.br)>.

- b) orçamento: o incremento dos custos dos insumos em decorrência da inflação exige a atualização dos valores previstos para o investimento;
- c) necessidade da Administração: a dinâmica do mundo moderno faz com que a própria necessidade do contratante se altere, por exemplo, o fato de a informatização de processos estar exigindo menor espaço para arquivo de documentos;
- d) legislação: a alteração de legislação (ambiental, uso do solo, acessibilidade, etc.) pode impactar fortemente a viabilidade do projeto.

Por esse motivo, oportuno lembrar manifestação da Corte de Contas Federal:

A atualidade do projeto básico é, antes de qualquer exigência legal, uma questão de lógica, porque, se a entidade se propõe a realizar determinado procedimento licitatório, tem dever de assegurar aos participantes que o que se busca está balizado em parâmetros e elementos que traduzem fielmente o objeto almejado, na sua adequação, composição e atualidade. Caso contrário, induz os participantes a erro na apresentação da proposta baseada em realidade que não mais existe, o que acarreta, como ocorreu nestes autos, a celebração de uma série de termos aditivos, que descaracterizaram totalmente o objeto licitado, uma vez que foram feitas alterações substanciais em serviços necessários à execução da obra. (TCU. Acórdão nº 1.169/2013. Plenário. Min. Ana Arraes. *DOU*, 21 maio 2013)

Dessa forma, fundamental que a Administração esteja atenta à necessidade de ajustes em projetos realizados antes da data da licitação; inclusive no que se refere à atualização do orçamento paradigma (Sicro/Sinapi), a ser realizado com a referência mais próxima possível da data da licitação.

## **55. O projeto executivo é necessário para a licitação? E para o início dos serviços?**

A Lei nº 12.462/2011 não exige projeto executivo para o início de qualquer tipo de licitação. O projeto básico é a exigência geral — com exceção da contratação integrada — em que basta o anteprojeto para a publicação do edital.

Entretanto, não há proibição de que a licitação comece já com base em projeto executivo. A expressão latina “*a maiori, ad minus*” (quem pode o mais pode o menos) ajuda-nos a entender o porquê. Se o executivo é o detalhamento do básico, ele será com certeza mais completo e preciso, o que trará maior segurança para os contratantes pactuarem o acordo de vontades.

Já para o início dos serviços, o RDC impõe, no art. 8º, §7º, a necessidade de projeto executivo aprovado pelo órgão ou entidade contratante, qualquer que seja o regime adotado. O Decreto nº 7.581/2011 regulamenta esse dispositivo com o esclarecimento, no art. 66, §1º, de que “o projeto executivo de etapa posterior poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços de etapa anterior, desde que autorizado pelo órgão ou entidade contratante”.

## **56. Qual a diferença entre projeto básico e termo de referência, e quando utilizar cada um deles?**

Para analisar a distinção entre esses dois conceitos é importante uma breve retrospectiva histórica das leis que regulam o processo licitatório.

A Lei nº 8.666/1993 estabeleceu uma sequência lógica para a execução de obras e para a prestação de serviços em seu art. 7º: I – projeto básico; II – projeto executivo; e III – execução das obras e serviços. Para a realização de compras, seu art. 14 exigiu apenas a adequada caracterização do objeto. Em todo o texto desta lei, não há qualquer menção à expressão “termo de referência”.

O referido termo é trazido ao campo normativo com o advento do pregão. Como o foco desta modalidade era a contratação de bens e serviços comuns, o Decreto nº 5.450/2005 destaca no art. 9º que será observada na fase preparatória “a elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização”.

Com o tempo, todos passaram a utilizar a expressão termo de referência para a caracterização de objetos comuns, mesmo quando licitados pela Lei nº 8.666/1993, e projeto básico para objetos mais complexos, a exemplo de obras públicas.

A Lei nº 12.462/2011 também não prevê em seu texto a palavra “termo de referência”, utilizando-se apenas da expressão “projeto básico”. Contudo, o Decreto nº 7.581/2011 acaba utilizando as duas expressões no art. 4º:

Art. 4º Na fase interna a Administração Pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame, tais como: [...]

VII – termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos;

VIII – projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia;

Percebe-se que, apesar de não previsto em lei, o referido decreto procura associar a expressão “projeto básico” para objetos de engenharia, obras e serviços, e “termo de referência” para o restante, seguindo o senso comum incorporado por todos aqueles que tratam de contratações públicas.

## 4.5 INDICAÇÃO DE MARCAS

### **57. O que mudou com relação à possibilidade de indicação de marcas ou modelos para aquisição de bens?**

Não houve alteração significativa em relação à Lei nº 8.666/1993. Essa lei já previa, em seu art. 7º, §5º, a possibilidade de indicação de marca, desde que tecnicamente justificável. Diversos entendimentos do TCU confirmaram a regularidade de casos em que houve essa indicação, em especial quando se tratava de busca por padronização:

A indicação de marca somente é aceitável para fins de padronização, quando o objeto possuir características e especificações exclusivas, mediante a apresentação de justificativa fundamentada em razões de ordem técnica. (TCU. Acórdão nº 62/2007. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. *DOU*, 02 fev. 2007)

A inovação trazida pelo RDC foi a especificação dos casos em que a marca poderia ser indicada, em vez de deixar as hipóteses em aberto, como fez a Lei nº 8.666/1993:

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a Administração Pública poderá:

I – indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
- c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”;

## 4.6 SUSTENTABILIDADE

### 58. O que é sustentabilidade?

A expressão sustentabilidade, apesar de apresentar um significado extremamente amplo, traz a ideia de efeitos futuros decorrentes de ações praticadas no presente. Origina-se da expressão latina *sustentare*. Os dicionários apontam diversos sinônimos relacionados ao verbo sustentar, como: suportar, preservar em bom estado, resguardar, manter, segurar por baixo, impedir que caia, servir de escora, conservar a mesma posição, equilibrar-se, manter-se, conservar-se.

Existem diversas vertentes relacionadas à sustentabilidade, das quais podemos destacar a ambiental, social, econômica e tecnológica.

Na realidade, o conceito está atrelado ao fato de que o consumo de recursos necessários para o desenvolvimento presente não pode prejudicar a disponibilidade da existência de recursos que sustentem o círculo virtuoso do crescimento futuro.

Essa matéria tem ganhado relevo nos últimos anos. Não é coincidência a recente alteração da Lei nº 8.666/1993 que inseriu expressamente “a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, ao lado da seleção da proposta mais vantajosa, como objetivo do processo licitatório:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 15 dez. 2010)

De modo coerente, acreditamos que o novo dispositivo tem positivado que, para a obtenção da melhor proposta, há que se considerar, também, a sustentabilidade como norte.

A Lei nº 12.462/2011 também tratou da questão ao inserir em seu art. 3º o princípio do desenvolvimento nacional sustentável a ser observado nas licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC.

Com essas inserções, o legislador procurou destacar a necessidade da harmonização de regras constitucionais: a garantia do desenvolvimento nacional, contida expressamente no art. 3º, II, com a defesa do equilíbrio ambiental, prevista nos artigos 23, VI, 170, VI, 186 e 225. É, sem dúvida alguma, uma nova perspectiva de crescimento nacional que estabelece diretrizes afetas à sustentabilidade como limites ao desenvolvimento nacional conduzido “a qualquer custo”.

## 59. Quais os atos normativos aplicáveis afetos à sustentabilidade?

Existe um robusto conjunto normativo que trata de sustentabilidade, dos quais podemos destacar:

- a) Lei nº 9.605/1998: disciplina as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e determina a responsabilização das pessoas jurídicas nas esferas administrativa, civil e penal, nos casos em que a infração for cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado;
- b) Lei nº 10.048/2000: estabelece atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência, aos idosos com idade igual ou superior a 60 anos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo;
- c) Lei nº 10.098/2000: fixa normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação;
- d) Decreto nº 7.746/2012: regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP);
- e) Decreto nº 2.783/1998: proíbe entidades do governo de comprar produtos ou equipamentos contendo substâncias degradadoras da camada de ozônio;
- f) Decreto nº 5.296/2004: regulamenta as Leis nºs 10.048/2000 e 10.098/2000;
- g) Decreto nº 5.940/2006: institui a separação dos resíduos descartados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, na fonte geradora, e sua destinação às associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis;
- h) Portaria/MMA nº 61/2008: estabelece práticas de sustentabilidade ambiental nas licitações promovidas pelo MMA;
- i) Agenda Ambiental na Administração Pública: A3P, do Ministério do Meio Ambiente: objetiva estimular os gestores públicos a incorporar princípios e critérios de gestão ambiental em suas atividades de rotina;
- j) Instrução Normativa nº 01 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), de 19 de janeiro de 2010: dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

## 60. O que mudou, no RDC, com relação à sustentabilidade?

Um dos princípios estabelecidos no RDC, em seu art. 3º, é o do desenvolvimento nacional sustentável. Aliás, no art. 14, parágrafo único, inciso II, do seu texto, há autorização para exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

Inegavelmente, a discussão do tema sustentabilidade ganha relevos próprios no RDC em face da possibilidade, na contratação integrada, de as empresas executoras da obra serem responsáveis pela elaboração do projeto básico. O dilema menor custo de execução contra melhor sustentabilidade permeará, sem dúvidas, as discussões afetas à negociação para aprovação do projeto básico pela Administração.

## 61. Como aplicar, na prática, o princípio da sustentabilidade?

Na prática, se considerado que toda contratação pública deve resolver um problema — e a caracterização do objeto é o caminho para a sua resolução —, a sustentabilidade passou a ser parte desse problema. Não basta, portanto, a Administração construir a sua sede, para realizar as suas atividades, ou adquirir microcomputadores para viabilizar as suas ações, ou construir uma ponte para ligar um lado a outro do rio. Há de se realizar todas essas questões de forma sustentável. A especificação do objeto e a classificação das propostas para a resolução do problema devem atender também a essas expectativas previstas na Constituição e no conjunto normativo.

Existem diversas medidas que podem ser incorporadas na especificação do objeto, ou na elaboração do projeto, para fazer um empreendimento sustentável, seja durante a execução, seja na sua utilização. Não seria viável elencar neste livro todas as iniciativas possíveis para cada tipo de objeto. Como exemplo, vale destacar que a IN SLTI/MPOG nº 01/2010 traz capítulo específico que trata das obras públicas sustentáveis, com foco em edificações, em texto similar ao da A3P:

Art. 4º Nos termos do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993, as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo, para contratação de obras e serviços de engenharia, devem ser elaborados visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental, tais como:

I – uso de equipamentos de climatização mecânica, ou de novas tecnologias de resfriamento do ar, que utilizem energia elétrica, apenas nos ambientes aonde for indispensável;

II – automação da iluminação do prédio, projeto de iluminação, interruptores, iluminação ambiental, iluminação tarefa, uso de sensores de presença;

III – uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes compactas ou tubulares de alto rendimento e de luminárias eficientes;

IV – energia solar, ou outra energia limpa para aquecimento de água;

V – sistema de medição individualizado de consumo de água e energia;

VI – sistema de reuso de água e de tratamento de efluentes gerados;

VII – aproveitamento da água da chuva, agregando ao sistema hidráulico elementos que possibilitem a captação, transporte, armazenamento e seu aproveitamento;

VIII – utilização de materiais que sejam reciclados, reutilizados e biodegradáveis, e que reduzam a necessidade de manutenção; e

IX – comprovação da origem da madeira a ser utilizada na execução da obra ou serviço.

Lembramos, somente, que nenhum princípio legal é absoluto. Existem diversos valores de envergadura constitucional que, a depender do balanceamento com outros valores, tornam-se “relativizados”. Assim é com o direito à vida, com relação à liberdade, ou ao direito de propriedade, entre tantos outros.

A sustentabilidade, nesse pensamento, deve harmonizar-se com a isonomia, com a impessoalidade, com a proporcionalidade, com a razoabilidade, de maneira a obter a “melhor proposta”. Em princípio, não nos parece, por exemplo, que especificar uma “condição sustentável” que somente uma empresa possa atender ao chamamento licitatório condiga com a “maior vantagem”. Há de se ter um razoável tempero nessa medida.



## ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO-BASE

### 5.1 ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO-BASE<sup>50</sup>

#### **62. Qual a diferença entre orçamento estimado e orçamento detalhado?**

---

---

O *orçamento detalhado* é aquele que especifica todos os serviços que serão executados, acompanhados de suas quantidades e preços unitários, possibilitando a aferição do valor do empreendimento.

Já o *orçamento estimativo* é a maneira mais fácil e rápida, porém menos precisa, de se avaliar valores de execução de obras por meio de indicadores que reflitam custos médios por unidades que caracterizem o empreendimento.

---

---

Com efeito, a condução de todo o processo de contratação de obra está relacionada à avaliação dos custos para sua consecução. Esses valores podem ser estimados por meio de diversos métodos, cada qual com nível de precisão próprio.

Para métodos de melhor precisão, é necessário um conjunto de informações mais detalhado e aprofundado trabalho da equipe técnica, em especial a existência de projeto básico ou executivo, o que acarreta maior investimento por parte do empreendedor. Já para fases iniciais do empreendimento, por não haver a existência dos referidos projetos, o gestor deve se socorrer de metodologia simplificada, porém menos precisa. Altounian<sup>51</sup> ilustra essa análise comparativa na Tabela 4.6:

---

<sup>50</sup> Aos leitores que desejam se aprofundar no estudo do tema orçamento, sugerimos a leitura do livro *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*.

<sup>51</sup> ALTOUNIAN. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*, p. 64.

**Tabela 4.6 – Precisão de metodologias de avaliação de custo x Fase do empreendimento**

Fase do empreendimento	Avaliação de custo	Referências	Precisão	Recurso para a avaliação
Inicial	Expedita	Custos por m <sup>2</sup> ou km	Baixa	Pouco
Intermediária	Resumida	Orçamento estimado dos serviços	Média	Médio
Final	Detalhada	Orçamento detalhado dos serviços	Alta	Elevado

### 63. Como elaborar o orçamento estimado e qual sua utilidade no RDC?

O orçamento estimado tem especial importância na avaliação da viabilidade financeira e orçamentária do empreendimento. Como nessa fase não se dispõe, ainda, do projeto básico — quando muito o anteprojeto, ou apenas os estudos preliminares —, não se faz possível o desenvolvimento de composições unitárias de todos os serviços da obra. Desconhece-se, afinal, quais serão os serviços necessários para adimplir o objeto. Metodologias paramétricas ou comparativas são, então, utilizadas para pré-avaliar o custo do empreendimento.

A Tabela 4.7 ilustra algumas referências normalmente utilizadas:

**Tabela 4.7 – Exemplos de referências paramétricas para cálculo de orçamentos estimativos**

Tipo de obra/serviço	Referência paramétrica
Edificações	R\$/m <sup>2</sup>
Ar condicionado	R\$/tonelada de refrigeração
Usinas de energia	R\$/MW instalado
Concreto	R\$/m <sup>3</sup>
Tratamento de água	R\$/m <sup>3</sup> de água bruta
Manutenção rodoviária	R\$/km de faixa
Projeto/supervisão	5% do valor da obra

Existem, ainda, referências paramétricas para obtenção de quantidades que podem auxiliar na formação de um preço estimativo, ao exemplo da Figura 4.6.

**Figura 4.6 – Referências paramétricas para obtenção de quantidades**

Área de formas = Volume de concreto x 14 (para edificações)
Área de formas = Volume de concreto x 5 (para pontes)
Quantidade de aço (kg) = Volume de concreto x 100 (para edificações)
Quantidade de cordoalhas de proteção (kg) = volume de concreto x 25
Volume de demolição = Volume antes da demolição x 3
Quantidade de aço (em toneladas) = Área da edificação x 18
Volume de concreto (m <sup>3</sup> ) = Área da edificação x 0,18
Toneladas de Refrigeração = Área da edificação x 20
Área de projeção de alvenaria = 15% da área total
Área de alvenaria = Pé-direito x 0,15 x Área total
Área de reboco + revestimentos = Área de alvenaria x 2
Custo de mão de obra = Custo total da edificação x 0,40

No RDC, o orçamento estimativo tem especial relevo quando se utiliza o regime de contratação integrada, visto que a Administração só detém em mãos no momento da licitação o anteprojeto, peça insuficiente para o detalhamento.

A Lei nº 12.462/2011 estabelece os critérios para elaboração da estimativa:

Art. 9º [...] inciso 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;

Sobre o assunto, no que se refere à precisão do anteprojeto e aos elementos mínimos nos orçamentos da contratação integrada, tais tópicos serão desenvolvidos, em detalhes, na Parte II desta obra.

## **64. Como elaborar o orçamento-base da Administração de forma detalhada?**

Só é possível o detalhamento de orçamento caso exista projeto básico de qualidade elaborado por profissional habilitado.<sup>52</sup>

A partir do projeto serão observadas as seguintes etapas, nessa ordem, sempre conduzidas por meio de profissional qualificado:

1. Identificação dos serviços necessários à execução do empreendimento, coerentemente relacionada no memorial descritivo da obra;

<sup>52</sup> Ver questão 53.

2. Cálculo da quantidade de cada serviço, de forma compatível com os critérios de medição;
3. Pesquisa de composição de custo unitário de cada serviço, com a identificação dos insumos necessários ao adimplimento do encargo;
4. Obtenção do custo dos insumos;
5. Cálculo do custo direto unitário de cada serviço;
6. Cálculo do custo direto total da obra por meio da multiplicação da quantidade de cada serviço pelos seus custos unitários e soma final;
7. Estimativa do BDI da obra (benefício e despesas indiretas);
8. Cálculo do preço da obra por meio da multiplicação dos custos diretos pelo BDI estimado.

O TCU possui farta jurisprudência sobre a matéria, com acórdãos que versam sobre todas as etapas da elaboração do orçamento detalhado. Destacamos as seguintes súmulas:

As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas dos licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão “verba” ou de unidades genéricas. (Súmula TCU nº 258)

O IRPJ — Imposto de Renda Pessoa Jurídica — e a CSLL — Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado. (Súmula TCU nº 254)<sup>53</sup>

Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas – BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens. (Súmula TCU nº 253)

Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor. (Súmula TCU nº 259)<sup>54</sup>

É dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas. (Súmula TCU nº 260)

<sup>53</sup> A jurisprudência do TCU já admite que a indicação em destaque na composição do BDI do IRPJ e da CSLL não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, desde que, de fato, as empresas demonstrem que tais tributos foram considerados na equação econômico-financeira de sua proposta (*vide* Acórdão nº 2.063/2008. Rel. Min. André Luís de Carvalho. *DOU*, 19 set. 2008).

<sup>54</sup> A jurisprudência do TCU tem considerado que, não obstante a necessidade de fixação de critérios de aceitabilidade de preços, a desclassificação das propostas com base nesses critérios deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É indevida, por exemplo, a desclassificação, fundada em interpretação extremamente rigorosa do edital, de proposta mais vantajosa para a Administração, que contém um único item, correspondente a uma pequena parcela do objeto licitado, com valor acima do limite estabelecido pela entidade. Também é necessário guardar o amplo contraditório para eventual “contestação” do preço base fixado. (*vide* Acórdão nº 2767/2011. Rel. Min. Marcos Bemquerer. *DOU*, 04 nov. 2011)

Não obstante essas súmulas terem sido aprovadas em análise de casos que tratavam da Lei nº 8.666/1993, entendemos plenamente possíveis suas aplicações ao RDC em virtude de tratarem aspectos técnicos na área de engenharia.

## **65. Qual a base de dados referencial para a elaboração de orçamentos?**

A Lei nº 12.462/2011 seguiu as orientações definidas nas sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDOs) aprovadas nos últimos dez anos, que acabaram incorporadas no Decreto nº 7.983/2013, ao estabelecer sistemas referências de custos de preços.

Essas referências de custos fixadas para obras patrocinadas com recursos federais foram o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários. Para obras realizadas apenas com verbas dos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, foi autorizada a utilização de outros sistemas de custos adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas, conforme art. 8º do RDC:

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.

§6º No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o §3º deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

## **66. As referências do Sinapi e do Sicro são obrigatórias para o cálculo dos custos diretos?**

As referências do Sinapi e do Sicro nem sempre são obrigatórias. A própria legislação contempla a possibilidade de casos excepcionais.

Como já destacado na questão anterior, se as obras forem financiadas exclusivamente com recursos dos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, a referência Sinapi e Sicro é dispensável, desde que sejam observadas algumas condições.

Porém, mesmo no caso de uso de recursos federais, o RDC prevê, no art. 8º, §4º, a possibilidade de ser inviável a aplicação das tabelas exigidas em função das peculiaridades da obra, ou até mesmo da inexistência dos preços necessários à orçamentação nos sistemas de referência. Nesse caso, será possível a consulta de:

- a) dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública Federal;
- b) publicações técnicas especializadas;
- c) sistema específico instituído para o setor; ou
- d) pesquisa de mercado.

## 67. Posso adaptar os paradigmas oficiais do Sicro e do Sinapi de acordo com as particularidades de cada empreendimento?

Essa é uma hipótese absolutamente viável. As tabelas de referência são construídas por meio de pesquisa realizada nas capitais do país. Todavia, cada empreendimento apresenta peculiaridades próprias relacionadas ao local, dificuldades de acesso, produtividade de mão de obra, e devem ter seus custos ajustados por esses motivos.

O Decreto nº 7.983/2011, que estabelece regras e critérios para o desenvolvimento do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia com recursos da União, prevê expressamente essa hipótese de ajustes em função das especificidades:

Art. 8º Na elaboração dos orçamentos de referência, os órgãos e entidades da Administração Pública Federal poderão adotar especificidades locais ou de projeto na elaboração das respectivas composições de custo unitário, desde que demonstrada a pertinência dos ajustes para a obra ou serviço de engenharia a ser orçado em relatório técnico elaborado por profissional habilitado.

Parágrafo único. Os custos unitários de referência da Administração Pública poderão, somente em condições especiais justificadas em relatório técnico elaborado por profissional habilitado e aprovado pelo órgão gestor dos recursos ou seu mandatário, exceder os seus correspondentes do sistema de referência adotado na forma deste Decreto, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle, dispensada a compensação em qualquer outro serviço do orçamento de referência.

O RDC, apesar de não apresentar cláusula expressa em relação a ajustes no sistema de referência, deixa abertura para as devidas modificações quando apresenta alternativas ao Sinapi e Sicro no art. 8º, §4º, utilizando-se da expressão “no caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no §3º deste artigo”.

## 68. Qual BDI utilizar?

O TCU tem se debruçado com grande atenção às referências de obras. Existiam duas decisões muito importantes que tratavam do tema: Acórdãos nºs 325/2007-Plenário e 2.369/2011-Plenário. Os conceitos ali registrados continuam sendo importantes, em especial pelo detalhamento de cada uma das parcelas.

Entretanto, o Tribunal aprovou o Acórdão nº 2.622/2013-Plenário, que promoveu alguns ajustes nos conceitos anteriormente definidos:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam do estudo desenvolvido por grupo de trabalho constituído por membros de várias unidades técnicas especializadas deste Tribunal, com coordenação da Secretaria de Fiscalização de Obras Aeroportuárias e de Edificação – SecobEdif, em atendimento ao Acórdão nº 2.369/2011-Plenário, com o objetivo de definir faixas aceitáveis para valores de taxas de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) específicas para cada tipo de obra pública e para aquisição de materiais e equipamentos relevantes, bem como efetuar o exame detalhado da adequabilidade dos percentuais para as referidas taxas adotados em dois julgados desta Corte de Contas (Acórdãos nºs 325/2007 e 2.369/2011), ambos do Plenário, com utilização de critérios contábeis e estatísticos e controle da representatividade das amostras selecionadas.

9.1. Determinar às unidades técnicas deste Tribunal que, nas análises do orçamento de obras públicas, utilizem os parâmetros para taxas de BDI a seguir especificados, em substituição aos referenciais contidos nos Acórdãos nºs 325/2007 e 2.369/2011:

Valores do BDI por tipo de obra			
Tipos de obra	1º Quartil	Médio	3º Quartil
Construção de edifícios	20,34%	22,12%	25,00%
Construção de rodovias e ferrovias	19,60%	20,97%	24,23%
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas	20,76%	24,18%	26,44%
Construção e manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica	24,00%	25,84%	27,86%
Obras portuárias, marítimas e fluviais	22,80%	27,48%	30,95%
BDI para itens de mero fornecimento de materiais e equipamentos	1º Quartil	Médio	3º Quartil
	11,10%	14,02%	16,80%

9.2. Orientar as unidades técnicas deste Tribunal que:

9.2.1. Nas análises do orçamento de obras públicas, quando a taxa de BDI estiver fora dos patamares estipulados no subitem 9.1 deste Acórdão, procedam ao exame pormenorizado dos itens que compõem essa taxa, utilizando como diretriz para esse exame os seguintes percentuais obtidos no estudo de que tratam estes autos, levando-se sempre em consideração as peculiaridades de cada caso concreto:

Tipos de obra	Administração central			Seguro + garantia			Risco		
	1º Quartil	Médio	3º Quartil	1º Quartil	Médio	3º Quartil	1º Quartil	Médio	3º Quartil
Construção de edifícios	3,00%	4,00%	5,50%	0,80%	0,80%	1,00%	0,97%	1,27%	1,27%
Construção de rodovias e ferrovias	3,80%	4,01%	4,67%	0,32%	0,40%	0,74%	0,50%	0,56%	0,97%
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas	3,43%	4,93%	6,71%	0,28%	0,49%	0,75%	1,00%	1,39%	1,74%
Construção de manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica	5,29%	5,92%	7,93%	0,25%	0,51%	0,56%	1,00%	1,48%	1,97%
Obras portuárias, marítimas e fluviais	4,00%	5,52%	7,85%	0,81%	1,22%	1,99%	1,46%	2,32%	3,16%
Tipos de obra	Despesa financeira			Lucro					
	1º Quartil	Médio	3º Quartil	1º Quartil	Médio	3º Quartil			
Construção de edifícios		0,59%	1,23%	1,39%	6,16%	7,40%	8,96%		
Construção de rodovias e ferrovias		1,02%	1,11%	1,21%	6,64%	7,30%	8,69%		
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas		0,94%	0,99%	1,17%	6,74%	8,04%	9,40%		
Construção de manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica		1,01%	1,07%	1,11%	8,00%	8,31%	9,51%		
Obras portuárias, marítimas e fluviais		0,94%	1,02%	1,33%	7,14%	8,40%	10,43%		

BDI para itens de mero fornecimento de materiais e equipamentos			
Parcela do BDI	1º Quartil	Médio	3º Quartil
Administração central	1,50%	3,45%	4,49%
Seguro + garantia	0,30%	0,48%	0,82%
Risco	0,56%	0,85%	0,89%
Despesa financeira	0,85%	0,85%	1,11%
Lucro	3,50%	5,11%	6,22%

9.2.2. Na verificação da adequabilidade das planilhas orçamentárias das obras públicas, utilizar como referência do impacto esperado para os itens associados à administração local no valor total do orçamento, os seguintes valores percentuais obtidos no estudo de que tratam estes autos:

Percentual de administração do local inserido no custo direto	1º Quartil	Médio	3º Quartil
Construção de edifícios	3,49%	6,23%	8,87%
Construção de rodovias e ferrovias	1,98%	6,99%	10,68%
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas	4,13%	7,64%	10,89%
Construção e manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica	1,85%	5,05%	7,45%
Obras portuárias, marítimas e fluviais	6,23%	7,48%	9,09%

9.3. Determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:

9.3.1. Constitua grupo de trabalho, sob sua coordenação, para elaboração de estudos técnicos para a construção de composições referenciais para itens orçamentários associados à administração local, com vistas a estabelecer parâmetros de mercado para subsidiar a elaboração e a análise dos orçamentos de obras públicas, em consonância com os dispositivos legais previstos no Decreto n. 7.983/2013, em especial no art. 17, contando com a participação dos órgãos e entidades responsáveis pela manutenção de sistemas de referência de preços de obras públicas da Administração Pública Federal, a exemplo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, da Caixa Econômica Federal, da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – Codevasf, da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República – SEP/PR, da Eletrobras, dentre outros, e encaminhe a este Tribunal, no prazo de cento e vinte dias, os resultados dos aludidos estudos;

9.3.2. Oriente os órgãos e entidades da Administração Pública Federal a:

9.3.2.1. Discriminar os custos de administração local, canteiro de obras e mobilização e desmobilização na planilha orçamentária de custos diretos, por serem passíveis de identificação, mensuração e discriminação, bem como sujeitos a controle, medição e pagamento individualizado por parte da Administração Pública, em atendimento ao princípio constitucional da transparência dos gastos públicos, à jurisprudência do TCU e com fundamento no art. 30, §6º, e no art. 40, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 17 do Decreto nº 7.983/2013;

9.3.2.2. Estabelecer, nos editais de licitação, critério objetivo de medição para a administração local, estipulando pagamentos proporcionais à execução financeira da obra, abstendo-se de utilizar critério de pagamento para esse item como um valor mensal fixo, evitando-se, assim, desembolsos indevidos de administração local em virtude de atrasos ou de prorrogações injustificadas do prazo de execução contratual, com fundamento no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e no arts. 55, inciso III, e 92, da Lei nº 8.666/1993;

9.3.2.3. Adotar, na composição do BDI, percentual de ISS compatível com a legislação tributária do(s) município(s) onde serão prestados os serviços previstos da obra, observando a forma de definição da base de cálculo do tributo prevista na legislação municipal e, sobre esta, a respectiva alíquota do ISS, que será um percentual proporcional entre o limite máximo de 5% estabelecido no art. 8º, inciso II, da LC nº 116/2003 e o limite mínimo de 2% fixado pelo art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

9.3.2.4. Estabelecer, nos editais de licitação, que as empresas sujeitas ao regime de tributação de incidência não cumulativa de PIS e COFINS apresentem demonstrativo de apuração de contribuições sociais comprovando que os percentuais dos referidos tributos adotados

na taxa de BDI correspondem à média dos percentuais efetivos recolhidos em virtude do direito de compensação dos créditos previstos no art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, de forma a garantir que os preços contratados pela Administração Pública reflitam os benefícios tributários concedidos pela legislação tributária;

9.3.2.5. Prever, nos editais de licitação, a exigência para que as empresas licitantes optantes pelo Simples Nacional apresentem os percentuais de ISS, PIS e COFINS discriminados na composição do BDI que sejam compatíveis com as alíquotas a que a empresa está obrigada a recolher, previstas no Anexo IV da Lei Complementar nº 123/2006, bem como que a composição de encargos sociais não inclua os gastos relativos às contribuições que essas empresas estão dispensadas de recolhimento (Sesi, Senai, Sebrae etc.), conforme dispões o art. 13, §3º, da referida Lei Complementar;

9.3.2.6. Exigir, nos editais de licitação, a incidência da taxa de BDI especificada no orçamento-base da licitação para os serviços novos incluídos por meio de aditivos contratuais, sempre que a taxa de BDI adotada pela contratada for injustificadamente elevada, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a manutenção do percentual de desconto ofertado pelo contratado, em atendimento ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e ao art. 14 do Decreto nº 7.983/2013;

## 5.2 ORÇAMENTO SIGILOSO

### 69. O que é o “orçamento sigiloso”?

A expressão “orçamento sigiloso” é utilizada no sentido de que a Administração terá a prerrogativa de não divulgar o seu orçamento-base do empreendimento até o encerramento da licitação.

A Lei nº 8.666/1993 não permitia essa possibilidade, fixando em seu art. 40, §2º, inciso II, a obrigatoriedade de que o orçamento estimado pela Administração constituísse anexo do edital. Por sua vez, a Lei nº 10.520/2002 não fez essa exigência, conforme posicionamento do TCU:

Nesse sentido, a recente jurisprudência desta Casa aponta que a *não inserção*, em editais da espécie, do orçamento detalhado e suas planilhas de custo, não viola os dispositivos legais e regulamentares sobre a matéria (Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 3.555/2000), não sendo o caso de se buscar, subsidiariamente, a aplicação da Lei nº 8.666/93 (Acórdãos nºs 1925/2006 e 117/2007-Plenário). (Acórdão nº 517/2009. Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. *DOU*. 10 abr. 2007)

O RDC seguiu a mesma linha da Lei do Pregão, ao definir em seu art. 6º:

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.

De plano, importante destacar que o sigilo refere-se apenas aos preços do orçamento, sendo orientação da lei a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

## 70. Existe alguma situação em que o orçamento deve ser disponibilizado obrigatoriamente?

O Decreto nº 7.581/2011 prevê, no art. 9º, §2º, regulamentando o art. 6º do RDC, três critérios de julgamento nos quais o instrumento convocatório deverá apresentar a estimativa inicial da Administração:

- a) maior desconto;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) maior oferta.

## 71. O orçamento sigiloso é facultativo ou obrigatório?

Essa questão foi muito discutida após a aprovação do RDC.

A redação do §3º do art. 6º do RDC é a seguinte: “se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no *caput* deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”. Havia duas leituras iniciais para esse comando:

- a) a primeira interpreta a expressão “se não constar do instrumento convocatório” como uma opção dada pela lei ao gestor de decidir pela publicação;
- b) a segunda entendia que o orçamento sigiloso era obrigatório sempre que a lei não previa o contrário, ou seja, nos casos em que não houvesse definição de critérios de julgamento de maior desconto ou de melhor técnica ou conteúdo artístico relacionados nos §§1º e 2º do art. 6º.

Após diversos debates, a matéria foi avaliada pelo TCU que acolheu a primeira corrente. O voto do relator foi preciso ao tratar da matéria:

O orçamento fechado, no RDC, foi pensado em prestígio à competitividade dos certames. Isso porque, a disponibilização prévia do valor estimado das contratações tende a favorecer a formação de conluios. Ao saber, de antemão, o valor máximo admitido pela Administração como critério de classificação das propostas, facilita-se a prévia combinação de valores ofertados. Nesse caso, em termos do princípio fundamental licitatório — o da obtenção da melhor proposta —, a isonomia e a competitividade compensariam possível perda de transparência, no que se refere à publicação dos preços estimativos.

Essa dualidade de princípios é perfeitamente visualizada nas compras, o que já era experimentado nos pregões realizados pela Administração Pública sob a luz da Lei nº 10.520/2002, visto que a descrição do objeto permite um perfeito delineamento do que será oferecido.

As obras públicas possuem um caráter peculiar. Haja vista a necessidade de apresentar os serviços a serem executados — acompanhados de suas quantidades — e tendo em vista o que dispõe a LDO (e a própria Lei nº 12.462/2011), tais encargos devem ser referenciados pelo Sinapi/Sicro; e isso é público. O licitante cuidadoso, portanto, tem meios de investigar tais referências de modo a “prever” o preço base da Administração. Ainda mais quando a reserva orçamentária das LOAs também são públicas.

Quanto mais os serviços tenham previsão direta nesses sistemas referenciais, maior a previsibilidade do preço paradigma editalício. Obras rodoviárias, por exemplo, possuem, tradicionalmente, mais serviços referenciados pelo Sicro. São menos encargos possíveis e maior a previsibilidade do preço-base.

Obras portuárias e aeroportuárias, ao contrário, têm a característica de possuírem, via de regra, serviços relevantes — e complexos — não passíveis de parametrização direta com o Sinapi. A Administração, então, promove adaptações aos serviços similares, ou motiva

estudos e pesquisas próprias, para estimar o valor razoável daquele item orçamentário. Da mesma maneira, na ausência de composição referencial, cada licitante promoverá mesma avaliação. Estaria, nesse caso, em tese, melhor justificado o sigilo do orçamento.

Existe um contraponto. Esses estudos podem resultar em preços maiores ou menores que os do edital; e isso é tão mais verdade, quanto mais complexo e mais oneroso for o serviço. Se o mercado entender como maiores aqueles encargos, existirá uma grande possibilidade de fracasso do certame licitatório, por preços ofertados superiores aos valores paradigma. Muitas vezes, a licitação é “salva” por um argumento pertinente oferecido por um dos interessados; inclusive no que se refere à viabilidade do preço estimado.

Concluo, então, que, como o sigilo no orçamento-base não é obrigatório, e pelo dever de motivação de todo ato, se possa recomendar à Infraero que pondere a vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e em que parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referência explícita no Sinapi/Sicro, em face da possibilidade de fracasso das licitações decorrente dessa imponderabilidade de aferição de preços materialmente relevantes do empreendimento.

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade... Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida. O sigilo do orçamento, como optativo, é uma dessas portas a serem devidamente motivadas. Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha. O que ora apresentamos, deste modo, é que a extrema urgência no término da obra é um dos fatores a serem ponderados, em face do risco de licitações fracassadas. (TCU. Acórdão nº 3.011/2011. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 08 nov. 2012)

## **72. Quais as situações que recomendam a opção pelo “orçamento sigiloso”?**

A grande vantagem do orçamento sigiloso foi obrigar os licitantes a terem o devido cuidado de analisar detidamente todos os elementos do edital, em vez de simplesmente balizar os termos de sua proposta no orçamento-base da utilização.

Esse sigilo acarreta que o licitante traga o seu melhor preço de início, sem amarras ao orçamento-base, em especial quando se combinam modos de disputa<sup>55</sup> de modo a limitar à fase de lances apenas os três concorrentes com melhor preço.

Em acréscimo, a teoria dos leilões já demonstrou que o comportamento de um dos competidores induz o dos outros.

Em objetos cujos preços dependam da eficiência de quem o produz é mais efetivo que se crie clima de ausência de referências preestabelecidas para que cada licitante atue com base no seu próprio parâmetro e não na expectativa dos movimentos dos demais. Aliás, esse princípio norteava também a Lei nº 8.666/1993 que, em seu art. 44, §2º, preceituava a impossibilidade de se considerar “qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes”.

<sup>55</sup> Ver questão 83.

Igualmente, nas situações em que a descrição do objeto permita a noção exata quanto às especificações requeridas, em ausência de intelectualidade ou subjetividade — tradicionalmente em produtos de prateleira —, parece-nos salutar a utilização do sigilo. Para esses objetos, inclusive, tal prática já é experimentada com sucesso no âmbito do pregão.

De qualquer modo, o sigilo do orçamento não é absoluto, uma vez que a Lei estipula a obrigação de a Administração divulgar os quantitativos de seu orçamento-base. Se a referência de custos é o Sinapi e o Sicro, a previsão por parte do licitante da referência de valor não é tão difícil quanto parece, mesmo que alguns serviços não sejam encontrados nesses sistemas referenciais. Outro ponto que ajuda as empresas a terem uma ideia do valor previsto pelo contratante é a lei orçamentária. Vale destacar manifestação do TCU a esse respeito:

As obras públicas possuem um caráter peculiar. Haja vista a necessidade de apresentar os serviços a serem executados — acompanhados de suas quantidades — e tendo em vista o que dispõe a LDO (e a própria Lei nº 12.462/2011), tais encargos devem ser referenciados pelo Sinapi/Sicro; e isso é público. O licitante cuidadoso, portanto, tem meios de investigar tais referências de modo a “prever” o preço base da Administração. Ainda mais quando a reserva orçamentária das LOAs também são públicas.

Quanto mais os serviços tenham previsão direta nesses sistemas referenciais, maior a previsibilidade do preço paradigma editalício. Obras rodoviárias, por exemplo, possuem, tradicionalmente, mais serviços referenciados pelo Sicro. São menos encargos possíveis e maior a previsibilidade do preço-base. (TCU. Acórdão nº 3.011/2011. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 08 nov. 2012)

### **73. Quais as situações que recomendam a divulgação do orçamento-base?**

Sem dúvida, a utilização do orçamento-sigiloso aumenta a possibilidade de que todas as empresas estejam com valores de propostas em patamar superior ao critério de aceitabilidade fixado pela Administração, o que ensejará licitação fracassada, caso não seja possível ajustar os valores em fase de negociação. Vale destacar que a probabilidade desse fracasso aumenta quanto maior for o peso dos custos de serviços não existentes nos sistemas de referência.

Questão complementar está no fato de que o orçamento-sigiloso pode aumentar a chance de uma licitação deserta. Vale lembrar que a participação das empresas em um certame enseja custos afetos à alocação de seus profissionais no estudo das peças licitatórias. Se o empresário tem noção concreta do valor que poderá ser cobrado, haverá maior motivação para que esses custos sejam realizados, mesmo com o risco de não se sagrar vencedor.

Entretanto, se houver grande urgência na conclusão do empreendimento, talvez o prejuízo de um atraso como o descrito seja maior do que o benefício de desatrelar as propostas das empresas do orçamento-base. Foi esse o entendimento do TCU no Acórdão nº 3.011/2012-Plenário.

### **74. Até qual momento o sigilo do orçamento deve ser mantido?**

O Decreto nº 7.581/2011 estabelece que a adjudicação do objeto representa o exato momento em que o orçamento sigiloso poderá ser tornado público. Vale, contudo,

uma ressalva feita pelo próprio decreto em seu art. 43, §3º, por meio da qual, “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”.

Apesar da possibilidade legal de sigilo, o orçamento será disponibilizado estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno, conforme art. 4º, §4º do RDC.

Vale lembrar, ainda, que a estrita manutenção do sigilo do orçamento durante toda a fase de negociação das propostas com os licitantes pode não ser tão simples, como no caso em que as ofertas não se enquadrem nas exigências fixadas pela Administração, em termos de critério de aceitabilidade de preços. O assunto foi debatido pelo TCU mediante o Acórdão nº 306/2013-Plenário.

Se os preços do licitante estiverem muito baixos ou muitos altos, a proposta pode ser desclassificada (art. 40, inciso III do Decreto nº 7.581/2011). Nesse caso, no transcorrer da fase recursal, o concorrente tem basicamente duas possibilidades: ou comprova que eu preço está, sim, dentro dos parâmetros de mercado, ou demonstra que as referências da Administração é que estavam equivocadas. Isso vale, também, para aplicação dos procedimentos de verificação da “inexequibilidade manifesta”, estabelecida no art. 48, §3º da Lei de Licitações.

Se, todavia, o orçamento paradigma — aquele que balizou a decisão pela desclassificação — for sigiloso, acreditamos haver um grave óbice ao livre exercício de defesa. Não estarão absolutamente claros os instrumentos objetivos que levaram à Administração àquele ato de desclassificação. Ademais, caso se encontre o erro no orçamento-base somente ao fim da licitação, todos os atos posteriores à eventual desclassificação da empresa haverão de ser impugnados.

Logo, para proteção de outros valores — como o da ampla defesa e do contraditório —, não obstante a letra da Lei nº 12.462/2011, sempre que se decidir pela desclassificação de eventual licitante em razão de seus preços ofertados, há de se publicar o orçamento de referência.



## PROCESSO LICITATÓRIO

### 6.1 COMISSÃO DE LICITAÇÃO

#### **75. Como constituir uma comissão de licitação e qual a responsabilidade de seus membros?**

O RDC prevê, no art. 34, que as licitações sejam processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, “composta majoritariamente por servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos ou entidades da Administração Pública responsáveis pela licitação”, bem como delega a definição das regras de funcionamento destas comissões para o regulamento.

O Decreto nº 7.581/2011 estabelece que as referidas comissões deverão ser integradas “por, no mínimo, três membros tecnicamente qualificados, sendo a maioria deles servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos ou entidades responsáveis pela licitação”.

Em redação parecida com a Lei nº 8.666/1993, o RDC preceitua que a responsabilidade dos membros será solidária, salvo se posição individual divergente estiver registrada na ata da reunião em que adotada a decisão. Há uma pequena diferença entre os textos dos dois atos normativos, uma vez que a lei geral exige que a posição esteja fundamentada e registrada, enquanto o RDC exige apenas o registro. De qualquer modo, entendemos que, por questão de segurança em termos de futura responsabilidade, o membro discordante deva estar preocupado em documentar na ata, ou em voto separado junto a ela, os motivos que o levaram a posição discordante dos demais.

Outra distinção relevante está no fato de que a Lei nº 8.666/1993 previa, no art. 51, §3º, que apenas a comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral fosse composta “por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos”, sem trazer comando similar para a composição da comissão de licitação. Já a regulamentação do RDC exige que todos os membros da comissão sejam tecnicamente qualificados, sem, contudo, registrar a expressão “engenheiro ou arquiteto” em seu texto. A qualificação técnica pode ser entendida apenas como o preparo dos profissionais para bem desempenharem seu papel nos termos da lei, sem, porém, possuírem formação técnica específica nas áreas da engenharia ou arquitetura.

As dúvidas técnicas podem ser solucionadas pela comissão por meio de diligências em qualquer fase da licitação, em especial junto aos departamentos de engenharia e arquitetura, na forma prevista no art. 7º, §1º do Decreto nº 7.581/2011.

Não obstante esse cenário, entendemos que a Administração, sempre que possível, deve indicar um dos membros com formação em engenharia ou arquitetura, pois, sem tal qualificação, haverá menor capacidade da equipe, e detectar o problema correto no curso do certame para a realização da diligência.

Da mesma forma, considerando que o RDC é aplicável a outras atividades não afetas à área de engenharia, entendemos também que, em função do que será contratado, deve haver pelo menos a presença de um membro na comissão de licitação com formação profissional pertinente à análise qualificada do objeto.

## 76. Quais as competências dos membros da Comissão?

O Decreto nº 7.591/2011 estabeleceu, em seu art. 7º, as competências da comissão de licitação:

- I – elaborar as minutas dos editais e contratos ou utilizar minuta padrão elaborada pela Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização, e submetê-las ao órgão jurídico;
- II – processar licitações, receber e responder a pedidos de esclarecimentos, receber e decidir as impugnações contra o instrumento convocatório;
- III – receber, examinar e julgar as propostas conforme requisitos e critérios estabelecidos no instrumento convocatório;
- IV – desclassificar propostas nas hipóteses previstas no art. 40;
- V – receber e examinar os documentos de habilitação, declarando habilitação ou inabilitação de acordo com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;
- VI – receber recursos, apreciar sua admissibilidade e, se não reconsiderar a decisão, encaminhá-los à autoridade competente;
- VII – dar ciência aos interessados das decisões adotadas nos procedimentos;
- VIII – encaminhar os autos da licitação à autoridade competente para adjudicar o objeto, homologar a licitação e convocar o vencedor para a assinatura do contrato;
- IX – propor à autoridade competente a revogação ou a anulação da licitação; e
- X – propor à autoridade competente a aplicação de sanções.

Parece-nos que a grande inovação em relação à Lei nº 8.666/1993 foi a preocupação em regulamentar as competências da comissão, em especial, o fato de deixar clara a responsabilidade dela em elaborar as minutas do edital. Existem duas correntes a respeito dessa orientação: a primeira, que a defende, por entender que a comissão estaria mais preparada para julgar propostas com base em trabalho por ela preparado; e a outra, contrária, por entender prejuízo na segregação das funções de fazer e julgar.

Nossa posição é de que cabe primariamente à comissão de licitação a elaboração do edital, podendo — e devendo — se valer de pareceres técnicos para o cumprimento desse encargo. Nesses termos, a exata descrição do objeto para a resolução do problema, as condições de habilitação imperativas para garantia do “saber fazer” dos licitantes, o regime de execução de preços ideal para uma boa execução contratual, o balizamento dos preços de acordo com o mercado, os pesos conferidos à “técnica e preço”, os demais critérios de julgamento para objetivar o que será a “melhor proposta”, todas essas são

decisões que podem provir do setor técnico e jurídico responsável da unidade licitante. Tudo será, todavia, devidamente aglutinado pela comissão de licitação.

Não que os membros se eximam de qualquer juízo crítico. No que se refere às eventuais responsabilidades por irregularidades na peça editalícia, cabe um exame de boa-fé objetiva acerca da eventual culpa da comissão: um membro médio e diligente, com os elementos que dispunha, teria condições de verificar irregularidades nos pareceres solicitados? É uma situação a ser avaliada em cada caso concreto.

Por oportuno, em julgado recente, o TCU clarificou tal entendimento ao acolher, por maioria, o voto revisor do eminente Ministro Valmir Campelo. A análise de condutas e responsabilidades de cada membro da fiscalização e da comissão há de ser avaliada de forma individualizada, como se extrai do excerto colacionado da decisão:

6. A especialização do corpo técnico é sempre desejável. A individualização de afazeres — cada um contribuindo com seu saber específico — é igualmente bem-vinda. Tenho dito que a boa e justa aplicação do direito só é possível por meio de um perfeito delineamento do fato. Como a motivação integra a própria legitimidade e validade do ato, essa boa aplicação do direito carece de justificativas técnicas específicas em diversas etapas do processo de contratação das obras públicas. A aprovação dos projetos, as liquidações de despesas, a realização dos pagamentos e o recebimento da obra são todos exemplos de atos administrativos que, para a adequada motivação, hão de estar amparados pela boa observância dos normativos aplicáveis; e, para tal, deve existir um profissional hábil (de fato e de direito) a conhecer, manejar e interpretar esses diplomas técnicos.

7. E não se trata, somente, de prover a Administração de mais olhos para fiscalizar. Trata-se da inclusão de lentes capacitadas para opinar em cada subsistema desse projeto interdisciplinar que é a obra pública. Isso incrementa a governança do processo; diminui os riscos advindos de falhas quantitativas; aumenta o poder de fogo do poder público para justificar seus atos no decorrer do contrato. Pelo menos essa é a tese.

8. Tais práticas devem ser estimuladas; nunca desencorajadas. Foi essa necessidade — de especializar e profissionalizar o corpo técnico fiscalizador — que me levou a discordar pontualmente da cadeia de responsabilidades arroladas pelo relator neste processo. [...]

18. Voltando ao introito que fiz constar anteriormente, a formação de equipes técnicas especializadas, capazes de aumentar a eficácia do dever de fiscalizar, deve ser estimulada. E quando objetivamente tomada a decisão pela equipe multidisciplinar, a responsabilização por eventual falha há de ter sempre em mente a busca pela boa fé objetiva. Essa individualização de condutas e exigibilidades é um dever do julgador [...]

21. Nesse ponto, e já adentrando no mérito acerca da responsabilidade pelo sobrepreço questionado, nenhum dos itens alvitados toca assunto relacionado à sua área do conhecimento “engenharia elétrica” ou “engenharia mecânica”. A elaboração de um orçamento afinal, até para verificar a eventual necessidade de adaptação dos sistemas de referência a alguma peculiaridade do empreendimento, exige conhecimento e experiência de todos os processos construtivos a ele relacionados. Faticamente, não é legalmente exigível que o engenheiro mecânico conheça esses detalhes dissociados da sua área de atuação.

22. Identicamente, com relação à suficiência das sondagens para subsidiar o projeto de fundações e terraplenagem, as Resoluções Confea nºs 1.010/2005 e 1.048/2013 não circunscrevem tal metier ao necessário saber de um engenheiro mecânico (ou eletricitista). Aliás, nos termos normativos regulamentadores, tal conhecimento está adstrito ao exercício profissional do engenheiro civil.

23. Em verdade, fiscais nomeados para fiscalizar obras e serviços para especialidades distintas das de sua formação (sejam advogados ou contadores) frequentemente se utilizam de pareceres técnicos para fundamentar suas decisões. Também é comum o exercício da previsão instituída no art. 67 da Lei nº 8.666/93, de contratar empresas especializadas para

auxiliar no dever de fiscalização. No âmbito deste processo, todavia, a comissão já contava com especialistas, de sorte a não carecer desse suporte. Cada fiscal se responsabiliza por sua área do conhecimento. De novo, esse é o espírito de montar uma comissão interdisciplinar e é nesse prisma que as responsabilidades devem ser auscultadas.

24. Nessa visão, creio que seja redundante apresentar ressalva geral de que se compromete, unicamente, com a sua área de conhecimento. Em uma equipe multidisciplinar, constituída com esse fim específico, tal regra, acredito, deva ser tratada como presunção. Até porque, não se esperaria que aquele profissional atuasse em assuntos alheios à seara de sua formação, mas sim, se esmerasse em sua especialidade.

25. Em síntese, ao aplicar essa individualização de condutas e em harmonia com a visão do relator com relação ao Sr. [...], por coerência, creio que se deva, também, acolher as justificativas do senhor [...]. (TCU. Acórdão nº 724/2014. Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Voto Revisor Min. Valmir Campelo. *DOU*, 03 abr. 2014)

## **77. A comissão de licitação pode autorizar os licitantes a alterar o teor das propostas?**

Desde que não seja alterada a substância da proposta, o Decreto nº 7.581/2011, no art. 6º, §2º, autoriza a comissão a adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.

Essa orientação incorpora a jurisprudência dos Tribunais, no sentido de que o julgamento deve buscar a seleção da proposta mais vantajosa, sendo incabível a desclassificação de licitante por rigorismos irrelevantes.

## **6.2 ASSESSORIA JURÍDICA**

### **78. Qual a responsabilidade da assessoria jurídica?**

A Lei nº 8.666/1993 exige, no art. 38, parágrafo único, que “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. Esse comando trouxe algumas discussões a respeito da responsabilidade da assessoria jurídica na emissão de pareceres.

O TCU se manifestou pela efetiva responsabilidade quando o advogado indicar caminhos jurídicos equivocados para o gestor:

Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.

A mera inscrição do servidor ou empregado público, na Ordem dos Advogados do Brasil, não serve de passaporte para a impunidade por condutas que tenham papel determinante na ocorrência de danos ao erário ou de atos praticados com grave violação à ordem jurídica, como intermitentemente tem ocorrido no âmbito do serviço público. (TCU. Acórdão nº 462/03. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. *DOU*, 26 maio 2003)

O Supremo Tribunal Federal também se posicionou no sentido de que, “prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos”. (STF. MS nº 24.584/DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. *DJ*, 20 jun. 2008)

Dessa forma, firmou-se entendimento de que, nos casos regidos pela Lei nº 8.666/1993, o assessor jurídico é responsável pelo conteúdo de seu parecer, visto ser essa peça elemento fundamental no processo de aprovação do edital, nos termos previstos na Lei de Licitações.

No RDC, porém, a única menção feita ao trabalho da área jurídica se encontra no art. 4º, inciso II:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...]

II – padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

Então, como definir a responsabilidade da assessoria jurídica?

Zymler e Dios respondem de forma apropriada a essa questão:

Quando se trata de contratos, a resposta é mais simples, pois o art. 39 da Lei nº 12.462/2011 estabelece como regra geral que as avenças celebradas com base no RDC reger-se-ão pelo disposto na Lei nº 8.666/93. Assim, aplica-se à espécie o art. 38 dessa última lei, o qual estabelece a obrigatoriedade de aprovação das minutas contratuais pela assessoria jurídica da administração.

Igual tratamento não se aplica às minutas dos instrumentos convocatórios não padronizados, ante o silêncio da lei a respeito.

No âmbito federal, o Decreto regulamentador nos dá a solução ao estabelecer que a comissão de licitação deve submeter as minutas dos editais e contratos ao órgão jurídico (art. 7º, inciso I). Esse entendimento é reforçado pelo art. 11, inciso IV, alínea “a” da Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia Geral da União), o qual atribui às consultorias jurídicas competência para examinar, prévia e conclusivamente, os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados.

Em relação aos demais entes da Federação, poder-se-ia simplesmente remeter a matéria à legislação local, assumindo a possibilidade de lançamento de editais sem a manifestação prévia da consultoria jurídica. Entretanto, esse não parece ser o caminho mais adequado.<sup>56</sup>

## 6.3 ATOS PREPARATÓRIOS

### 79. Quais são os atos preparatórios do certame?

Existe uma sequência de atos preparatórios previstos no art. 4º do Decreto nº 7.581/2011. Esse procedimento traduz o passo a passo a ser observado pela equipe

<sup>56</sup> ZYMLER, Benjamim; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

da Administração durante a fase interna da licitação. O referido artigo, apesar de não prever todas as atividades necessárias, foi subsídio importante para a preparação dos fluxogramas no anexo deste livro.

De modo resumido, existem cinco blocos de informações principais a serem providenciados, além das orientações gerais: caracterização do objeto, previsão de recursos, regras de habilitação, regras de procedimento e regras de execução, conforme dispõe a Tabela 6.1:

**Tabela 6.1 – Atos preparatórios da licitação**

Informações	Art. 4º do Decreto nº 7.581/2011.
Orientações gerais	I – justificativa da contratação e da adoção do RDC; XII – ato de designação da comissão de licitação.
Caracterização do objeto	II, a) definição do objeto da contratação; II, b) definição do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado; IV, b) justificativa para a indicação de marca ou modelo; IV, c) justificativa para a exigência de amostra; VII – termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos; VIII – projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia; IX – justificativa da vantajosidade da divisão do objeto da licitação em lotes ou parcelas para aproveitar as peculiaridades do mercado e ampliar a competitividade, desde que a medida seja viável técnica e economicamente e não haja perda de economia de escala.
Previsão de recursos	V – indicação da fonte de recursos suficiente para a contratação; VI – declaração de compatibilidade com o plano plurianual, no caso de investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro.
Regras de habilitação	II, d) definição dos requisitos de habilitação; IV, d) justificativa para a exigência de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação; IV, e) justificativa para a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante.
Regras de procedimento	II, c) definição dos requisitos de conformidade das propostas; II, f) definição do procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento; III – justificativa técnica, com a devida aprovação da autoridade competente, no caso de adoção da inversão de fases prevista no parágrafo único do art. 14; IV, a) justificativa para a fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, quando escolhido o critério de julgamento por técnica e preço.
Regras de execução	II, e) definição das cláusulas que deverão constar do contrato, inclusive as referentes a sanções e, quando for o caso, a prazos de fornecimento; XI – minuta do contrato, quando houver.

## 6.4 FASES DA LICITAÇÃO

### 80. Quais são as fases da licitação no RDC?

O RDC estabeleceu, no art. 12, a seguinte sequência para as fases do procedimento de licitação:

- I – preparatória;
- II – publicação do instrumento convocatório;
- III – apresentação de propostas ou lances;
- IV – julgamento;
- V – habilitação;
- VI – recursal; e
- VII – encerramento.

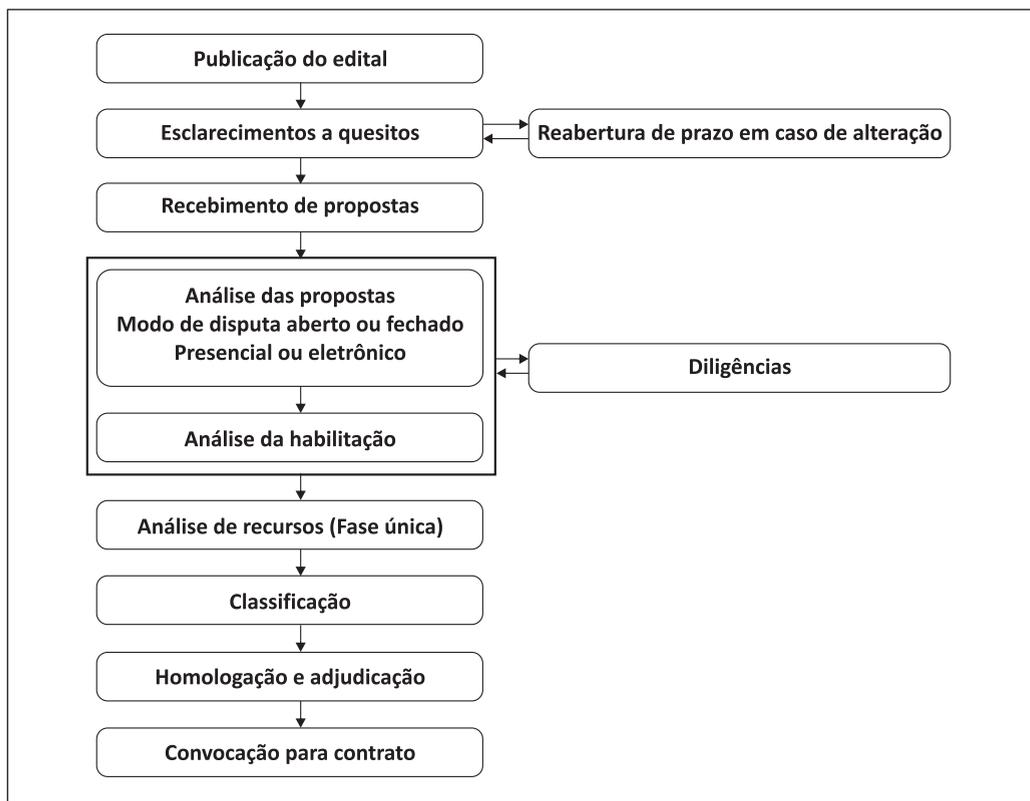
Vale aqui destacar que essa sequência é idêntica à do pregão, ou seja, a fase de apresentação de propostas ou lances, com o devido julgamento, precede a fase de habilitação. Talvez a medida tenha sido o principal fator para a redução dos prazos médios de licitação com o RDC em relação à Lei nº 8.666/1993, por vários motivos:

- a) a comissão não precisa analisar a habilitação de todos os licitantes em um primeiro estágio, o que demanda tempo elevado;
- b) significativa redução de recursos das empresas, pois aquelas com pior classificação desistem de recursos. No processamento com base na Lei nº 8.666/1993 era comum, por exemplo, um licitante que teria sua proposta de preço classificada na 13ª posição, sem saber disso na fase de habilitação, recorrer contra outro licitante que estaria na 17ª;
- c) viabilidade de implantação de fase recursal única,<sup>57</sup> em vez de uma fase para recurso de habilitação e a outro para recurso das propostas, o que acarreta significativa redução no tempo do processamento.

De forma ilustrativa, a Figura 6.1 representa o procedimento geral recomendado pelo RDC. Cabe lembrar — alertamos — a possibilidade de antecipação da fase de habilitação, com a consequente abertura de duas fases recursais.

---

<sup>57</sup> Ver questão 189.

**Figura 6.1 – Estrutura básica da licitação após a publicação do edital**

## 81. O que é Inversão de fases no RDC e quando é recomendável?

Inversão de fases é a possibilidade de a Administração, mediante ato motivado, antecipar a fase de habilitação em relação à apresentação das propostas ou lances, conforme autorização dada pelo legislador no art. 12, parágrafo único, do RDC. Para tanto, é fundamental que exista previsão expressa no instrumento convocatório.

Vale notar que a expressão “inversão de fases” era utilizada antes do RDC para explicar o procedimento adotado no pregão, previsto na Lei nº 10.520/2002, em comparação a Lei nº 8.666/1993; ou seja, realizar a análise das propostas antes da habilitação. No RDC, a referida expressão é utilizada em sentido contrário, isto é, a possibilidade de antecipar a fase da habilitação à análise das propostas.

Não cremos que exista, no caso geral, vantagem de se antecipar a fase de habilitação. Além do tempo desperdiçado na análise de documentos habilitatórios de empresas que estão longe de alcançar a melhor proposta, a eventual preclusão de participar das fases posteriores do certame não raramente culmina em “nós” administrativos e judiciais, algumas vezes inviabilizadores da contratação em curso. Soma-se a essa morosidade, o tempo decorrente da necessária fase recursal pós-habilitação. Essas reconhecidas perdas de eficiência no processo de contratação não condizem com os princípios e diretrizes estabelecidos pelo RDC.

## 6.5 MODO DE DISPUTA

### 82. O que é modo de disputa aberto e fechado?

Modo de disputa foi a expressão utilizada pelo legislador para definir a maneira pela qual os licitantes irão apresentar suas propostas. Os arts. 16 e 17 do RDC mencionam a possibilidade de adoção de dois modos de disputa e os definem:

- I – no modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado;
- II – no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas.

Para o modo aberto, o Decreto nº 7.581/2011 autoriza, no art. 18, parágrafo único, a possibilidade de o instrumento convocatório estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, o que representa importante medida para que os licitantes não estabeleçam a prática de fornecer descontos irrisórios, da ordem de centavos, prejudicando o andamento da licitação, em clara ineficiência do procedimento licitatório. O intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances deverá incidir tanto em relação à disputa intermediária<sup>58</sup> quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta.

Para o modo de disputa fechado, o art. 22 do referido decreto, prevê que, no “caso de licitação presencial, as propostas deverão ser apresentadas em envelopes lacrados, abertos em sessão pública e ordenadas conforme critério de vantajosidade”.

### 83. É possível combinar os modos aberto e fechado?

Sim, o art. 23 do Decreto nº 7.581/2011 permite a hipótese de o instrumento convocatório estabelecer que a disputa seja realizada em duas etapas, sendo a primeira eliminatória, enquanto o art. 24 autoriza a combinação dos modos de disputa, da seguinte maneira:

- I – caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19; e
- II – caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.

Entendemos salutar esse tipo de combinação para incentivar os licitantes a ofertarem suas melhores propostas durante cada momento do processo licitatório.

O início pela disputa fechada exige dos licitantes a oferta de preços competitivos a partir da entrega da proposta inicial, visto que, se não existir restrições ao número de participantes na fase de lances, o competidor poderá fornecer alto valor inicial para identificar a proposta dos demais e, aí sim, estabelecer a melhor estratégia de oferta de

---

<sup>58</sup> Questão 86.

descontos. Sugerimos esse tipo combinado para objetos em que a eficiência da empresa na execução possa impactar significativamente no preço, a fim de que o licitante já traga o seu valor inicial considerando essa redução.

Por sua vez, o início com a disputa aberta permite que o encerramento aleatório da fase de lances ainda mantenha a competição em fase posterior no modo fechado, viabilizando que o 2º e 3º colocados que viviam a dinâmica desse procedimento de oferta possam apresentar preços mais competitivos do que aquela empresa que ofertava o melhor valor no momento em que os lances foram interrompidos.

#### **84. O RDC extinguiu a modalidade pregão? O modo de disputa aberto é o pregão?**

Essa questão é bastante instigante. O legislador não se valeu da expressão “pregão” em todo o texto do RDC, talvez para evitar a resistência de muitos setores à utilização dessa modalidade para a contratação de obras e serviços de engenharia. Outro possível motivo é para deixar assente o afastamento da abrangência nas licitações realizadas mediante o RDC, tanto da Lei nº 8.666/1993 quando da Lei nº 10.520/2002 — esta, sim, a “Lei do Pregão”.

A única menção à referida expressão ocorreu no art. 13, §2º do Decreto nº 7.581/2011, situação em que apenas foi autorizado o processamento de licitação sob a forma eletrônica “por meio do sistema eletrônico utilizado para a modalidade pregão, de que trata o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005”.

Apesar de toda a cautela do legislador em apaziguar o ânimo de todos os grupos interessados, o modo de disputa aberto apresenta procedimento idêntico ao do pregão.

Há, entretanto, uma diferença em relação ao responsável pela condução do procedimento.

A Lei nº 10.520/2002 se reporta, em seu art. 3º, inciso IV, a necessidade de a autoridade competente designar, “entre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, entre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor”, ou seja, atribui especificamente a uma pessoa a responsabilidade de liderar.

Por sua vez, a Lei nº 12.462/2011, em seu art. 34, transfere a referida responsabilidade a uma comissão permanente ou especial de licitações, composta majoritariamente por servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos ou entidades da Administração Pública, destacando que as regras relativas ao seu funcionamento serão estabelecidas em regulamento. A matéria foi detalhada na questão 75 deste livro.

#### **85. Com escolher o modo de disputa mais adequado ao caso concreto?**

No momento em que o legislador fornece alternativas às equipes encarregadas da condução da licitação, aparecem dúvidas que não existiam quando o procedimento era rígido e determinado.

Se existem alternativas, é importante que a escolha seja feita em função do balanço das vantagens e desvantagens em cada caso concreto, acompanhada sempre do dever de motivar o ato.

O ponto crucial a ser reconhecido é a natural “luta” pelo menor preço que ocorre nas licitações julgadas mediante lances abertos. Tal realidade pode se contrapor ao critério de julgamento escolhido para a obtenção da melhor proposta. Levando em conta que a decisão de oferecer um preço mais baixo é momentânea — exige imediata manifestação do licitante, sem um maior amadurecimento — ao ter ciência do preço de seu concorrente, pode haver uma tendência “emocional” de cobrir o preço a qualquer custo, somente para ganhar a concorrência. É possível que, se não soubesse o valor da proposta por outras empresas ou não estivesse no calor da disputa, o licitante não se aventurasse a tanto.

O fato é que ofertas excessivamente baixas acabam por forçar uma redução de custos de execução por parte da licitante, com reflexo na pior qualidade de execução da obra/serviço, para que consiga manter a exequibilidade de sua proposta. E quanto mais complexa a obra e maior a responsabilidade em termos de tecnologia e metodologia utilizada, piores serão as consequências (às vezes desastrosas) dessa redução de qualidade para a manutenção do preço ofertado.

Em compras ou na execução de objetos mais simples, que podem ser caracterizados como “de prateleira”, o espaço para essas “aventuranças” se faz reduzido. Quando a necessidade criativa e a responsabilidade intelectual forem cruciais, entretanto, esse “estímulo” ao menor preço não se faz tão vantajoso porque a melhor proposta se afastará desse critério.

Não que se deve negligenciar o preço; haverá, igualmente, critérios de aceitabilidade global, por etapa e unitário. Só não se deseja estimular esse “mergulho”, em face de outros quesitos de pontuação objetivamente definidos no instrumento convocatório.

Parece-nos, assim, que, quanto maior a complexidade do objeto e quanto mais prepondere a intelectualidade na definição da melhor proposta, menos vantajosa será a utilização de lances abertos.

Deve-se, ainda, sopesar se existirá um número razoável de concorrentes que viabilize uma efetiva disputa no “modo pregão”. Em regra, os licitantes apresentam suas propostas iniciais com valores mais altos, na expectativa de ir reduzindo seus preços à medida que os concorrentes forem ofertando lances. Caso exista universo pequeno de empresas na disputa, o valor tende a ser contratado muito próximo das estimativas de preço editalícias, pois poucos lances serão encaminhados.

Daí o porquê de utilizar um modo de disputa misto, com fase inicial fechada: participação da fase final aberta somente as melhores qualificadas na fase fechada. Se o licitante, portanto, não tiver o *animus* inicial de partir para ofertar um preço já baixo no envelope fechado, correrá o risco de não participar da fase seguinte do certame, conforme ilustra a Tabela 6.2:

**Tabela 6.2 – Vantagens e desvantagens das escolhas dos modos de disputa**

	Vantagens	Desvantagens
Modo aberto	<ul style="list-style-type: none"> <li>- tendência à obtenção de melhores preços;</li> <li>- desconhecimento do universo de concorrentes, na “forma eletrônica”.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- a busca pelo menor preço pode não condizer com o que se pretende da melhor proposta;</li> <li>- ao saber o preço dos concorrentes, para tentar ganhar a licitação, em face do curto tempo disponível para a oferta do lance, o licitante pode prejudicar as suas próprias capacidades de execução. Em se tratando de um objeto a ser ainda “construído”, ou “fabricado”, com alguma complexidade, aumenta-se o risco de perda na qualidade;</li> <li>- nos critérios de julgamento do tipo “técnica e preço”, o procedimento na fase de lances não será definitivo; há que se ponderar a nota técnica, que será realizada antes ou depois da disputa de preço, o que pode tornar o ferramental mais complicado;</li> <li>- caso existam poucos licitantes, pode-se contratar com preços mais altos, pois o licitante apresenta uma proposta (mais elevada), na expectativa de ir baixando de acordo com as ofertas dos concorrentes.</li> </ul>
Modo fechado	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ao desconhecer, por completo, o número de licitantes e os preços do concorrente, os valores das propostas em envelope tendem a ser mais baixos que no modo aberto;</li> <li>- ponderação da nota técnica se dá com maior facilidade procedimental, quando escolhido o critério técnica e preço.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- tendência à obtenção de preços finais mais altos, pois não foi possível uma competição de preços após a entrega das propostas.</li> </ul>
Misto, com início pelo aberto	<ul style="list-style-type: none"> <li>- neste caso, pode-se fazer a fase final para medir a técnica. Promove-se, dessa maneira, uma “ponderação de qualidade” sobre os melhores preços ofertados.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- maiores preços nas propostas iniciais;</li> <li>- alguns concorrentes que sabidamente não obterão nota técnica boa podem “mergulhar” no preço para eliminar as concorrentes mais capacitadas tecnicamente, o que pode não render bons subsídios para a obtenção da “melhor proposta”.</li> </ul>
Misto, com início pelo fechado	<ul style="list-style-type: none"> <li>- com uma primeira fase fechada, desencorajam-se os licitantes em oferecerem preços altos iniciais, na expectativa de ir baixando durante a disputa; pode-se conseguir, assim, bons preços mesmo com poucos licitantes;</li> <li>- pode-se promover uma fase inicial para avaliação da técnica, em que participarão da fase de lances somente as melhores propostas intelectuais, o que privilegia a qualidade em detrimento do preço.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- se realizada avaliação técnica na primeira fase fechada, tendo em vista a eventual preclusão de licitantes a participarem da fase aberta, pode haver a necessidade de realizar uma fase recursal anteriormente à disputa de preços.</li> <li>- nos casos de avaliação técnica na primeira fase fechada, levando em conta a publicação de quais licitantes irão participar da etapa de lances, poderá haver um favorecimento ao conluio, tendo em vista o conhecimento prévio do universo de concorrentes.</li> </ul>

## 86. O que são lances intermediários?

Lances intermediários são aqueles ofertados por licitantes no curso do certame em valores que, em princípio, não superam a oferta mais vantajosa até aquele momento. O principal motivo dessa oferta é a expectativa do licitante de que a proposta com preço mais competitivo não subsistirá até o final do processo, seja em virtude de ser considerada inexequível, seja pela possibilidade da empresa ser inabilitada na etapa posterior.

De acordo com o art. 17, §2º, inciso I do RDC, poderá ser admitida, nas condições estabelecidas em regulamento, a apresentação de lances intermediários durante a disputa aberta. Por sua vez, o Decreto nº 7.581/2011 estabelece, no art. 20, parágrafo único, o conceito desse tipo de lance:

I – iguais ou inferiores ao maior já ofertado, mas superiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta de preço; ou

II – iguais ou superiores ao menor já ofertado, mas inferiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotados os demais critérios de julgamento.

O objetivo dessa previsão é evitar o efeito “coelho”<sup>59</sup> no curso da licitação, ou seja, permitir que os demais licitantes, cientes da impossibilidade da entrega do objeto no “mergulho” do preço do competidor mais agressivo, continuem a competição sem se deixar levar por empresa aventureira.

## 87. Posso estabelecer um intervalo mínimo entre um lance e outro? Quais os cuidados?

O Decreto nº 7.581/2011 autoriza, no art. 18, parágrafo único, a possibilidade de o instrumento convocatório estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances.

Para tanto, a Administração deve ter o cuidado de não definir valores muito pequenos ou demasiadamente elevados entre esses lances, sob pena de, respectivamente, conviver com grande número de lances e demora no processo, ou deixar de receber propostas vantajosas em relação à vencedora.

A esse respeito, o TCU analisou caso emblemático que tratava da possibilidade de determinado licitante apresentar sucessivamente lances intermediários para, só em determinado momento, apresentar proposta de menor preço:

Primeiramente, cumpre detalhar o que exatamente alterca o Diretor da unidade especializada. É que dentre as novidades do RDC, o art. 17, §1º, inciso I, da Lei nº 12.462/2011 possibilita a apresentação de lances intermediários, durante a disputa aberta de preços. Significa que os licitantes não são obrigados a cobrir a melhor proposta; podem, somente, ofertar valores inferiores aos por ela anteriormente propostos (quando a disputa se der pelo menor preço). Busca-se, nesse iter, perquirir preços mais vantajosos também da segunda (e demais) colocadas. Em caso de desclassificação da menor proposta, afinal – e mesmo

<sup>59</sup> A expressão “coelho” é utilizada nas provas de atletismo quando determinado corredor é contratado para acelerar o ritmo da prova até determinado ponto para estimular os principais atletas que visam resultados ambiciosos a marcas intermediárias mais competitivas. Esse termo é utilizado popularmente na licitação para indicar o licitante que fornece descontos agressivos e depois não consegue entregar o objeto.

por necessidade de contratar remanescente de obra – são convocadas as empresas subsequentes, de acordo com os preços por elas apresentados (art. 40, inciso II e parágrafo c/c art. 41, *caput*, da Lei nº 12.462/2011).

No edital em análise, todavia, as concorrentes que se abstivessem de oferecer lances — mesmo intermediários — estariam automaticamente fora da disputa. Nessa lógica, defende o dirigente da SecobEdif que, “admitida a apresentação de lance intermediário, pode [...] ocorrer que determinado licitante que venha ofertando lances superiores à melhor proposta resolva, em um determinado instante, cobri-la. Se, por hipótese, houver imediato encerramento do certame, já que há a adoção do tempo randômico, pode-se argumentar que tenha havido, de alguma forma, quebra de isonomia”.

Questiona-se, além disso, a legitimidade de determinada empresa apresentar lances intermediários minimamente necessários para não cerceá-la da disputa, para, somente então, no enésimo lance, arrematar o negócio. Poderia haver um desestímulo à apresentação de lances mais vantajosos, em um procedimento contraproducente, tanto em termos de celeridade, quanto com relação à vantajosidade da “melhor oferta”.

Com as devidas vênias, inicialmente com relação ao tempo randômico no sistema aberto, não acredito que se trate de qualquer novidade com relação à prática já sacramentada no Pregão Eletrônico (Decreto nº 5.450/2005) — mesmo associado aos lances intermediários. Se algum licitante posterga ao máximo o momento para ofertar a sua “melhor proposta”, assume ele também o risco de o certame encerrar antes desse último lance. Este é, afinal, o cerne da randomização. Como nenhum concorrente — e nem mesmo a comissão de licitação — sabe, exatamente, quando encerrará a fase de lances, incentiva-se a celeridade na oferta de preços mais vantajosos; sob pena de a disputa terminar.

Sobre a legitimidade dos lances intermediários, haja vista que a possibilidade é aberta a todos os licitantes, não entendo haver quebra de isonomia, a ponto de comprometer a obtenção da melhor proposta. Poderia, haver, de fato, uma morosidade no processo. Uma empresa esperando a outra, todas oferecendo lances intermediários para, só ao fim, “abrir o jogo”. Acredito, em contraponto, que o próprio RDC criou mecanismos para remediar a questão. Cito, como exemplo, o estabelecimento de um intervalo mínimo de diferença para os lances (art. 18, parágrafo único, do Decreto nº 7.581/2011).

O edital em estudo estabelecia que “o sistema eletrônico informará o valor mínimo entre os lances que corresponderá a 1% (um por cento) da diferença entre os valores das duas propostas de maior vantajosidade classificadas para a etapa competitiva”. Assim, cada empresa poderia ofertar preços inferiores ao mínimo estabelecido; mas com relação às suas propostas, não com a melhor oferta. Segundo a SecobEdif, tal regramento coibiu a obtenção de uma proposta ainda mais vantajosa.

Segue excerto do despacho do Diretor da unidade:

“[...] Quatro empresas participaram da fase de lances. Analisando o mapa de ofertas, verifica-se que:

- a) duas licitantes, empresas 1 e 2, que haviam apresentado as propostas de maior valor se mantiveram oferecendo lances superiores ao menor já ofertado;
- b) as outras duas licitantes (3 e 4) se revezaram na oferta da melhor proposta;
- c) uma delas (4) permaneceu cobrindo a proposta da outra (3) por diferenças ora de R\$1.000,00, ora de R\$0,01;
- d) no lance de número 128, a empresa (3) ofereceu proposta de R\$114.700.000,00. No lance 130 a empresa 4 ofereceu R\$114.699.999,99; e
- e) o próximo lance da empresa 3 teria que ser menor ou igual a R\$114.331.810,88. Como não ofertou lances até o fim da disputa, encerrada três minutos após o lance 130, perdeu a licitação por uma diferença de R\$0,01.”

Em síntese, a empresa que estava somente ofertando lances intermediários partiu, em determinado momento, para cobrir o menor lance; mas por uma diferença irrisória. A concorrente que teve sua proposta coberta poderia intentar abaixá-la; mas não o fez, posto que não tinha condições de diminuí-la no intervalo mínimo permitido no certame.

Propõe, deste modo, que a Infraero se abstenha de permitir a apresentação de lances intermediários pelos licitantes antes da definição da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e adote, no caso de estabelecimento de intervalo mínimo de diferença de valores entre lances, o cálculo efetuado em relação ao menor lance da disputa.

Pela situação narrada, realmente, mesmo que em menor envergadura, a Administração poderia obter preços melhores. Pode haver, ainda, a “premiação” do licitante que se põe à espera, simplesmente ofertando lances intermediários.

Concordo, nesse pensar, que possa haver uma oportunidade de aprimorar o procedimento padrão da Infraero. Só não ajuízo que o caminho proposto pelo Diretor da SecobEdif seja o único. Para coibir o ocorrido, por exemplo, bastava que o intervalo mínimo fosse instituído, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta (no caso de o lance intentar cobrir o menor preço). Acredito existirem outras possibilidades. Basta motivá-las. Esse dever de motivação, aliás, em presença dos inúmeros caminhos possíveis no RDC, é a bússola do novo regime.

Dentro disso, avalio que uma recomendação seja o mais indicado, nos moldes do que dispõe o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU. Pode-se recomendar à Infraero que, quando estabelecer um intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, estabeleça mecanismos que coíbam o licitante que venha oferecendo propostas intermediárias de cobrir o menor preço com desconto irrisório, como, por exemplo, o estabelecimento de intervalo mínimo instituído, tanto com relação às propostas de cada licitante, como também com relação à melhor proposta, no caso de o lance intentar cobrir o menor preço. (TCU. Acórdão nº 306 /2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 07 mar. 2013)

A esse respeito, o Decreto nº 8.080/2013 promoveu ajuste no texto de Decreto nº 7.581/2011, com a inserção do seguinte parágrafo único no art. 18: “O instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta”.

Não existe, propriamente, uma definição objetiva para qual o intervalo mais adequado. Variações, contudo, próximas de 1% do menor preço oferecido têm sido observadas, o que nos parece ser um valor razoável.

Importante transcrever, também, a preclusão do licitante que deixar de oferecer proposta, quando instado a fazê-lo (dispositivo também inserido por meio do Decreto nº 8.080/2013):

Art. 19. [...]

III – a desistência do licitante em apresentar lance verbal, quando convocado, implicará sua exclusão da etapa de lances verbais e a manutenção do último preço por ele apresentado, para efeito de ordenação das propostas, exceto no caso de ser o detentor da melhor proposta, hipótese em que poderá apresentar novos lances sempre que esta for coberta, observado o disposto no parágrafo único do art. 18.

## **88. De que forma os licitantes devem apresentar suas propostas ao final dos lances?**

Após a fase de lances, a Administração terá em mãos o preço vencedor obviamente diferente daqueles preços iniciais ofertados no certame. Faz-se necessário, assim, conhecer o detalhamento desses preços em termos de composição unitária para análise de suas exequibilidades.

Para tanto, o art. 17, inciso III, do RDC, exige que, “nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração Pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor”. O Decreto nº 7.581/2011 regulamenta esse dispositivo:

Art. 40. [...] §2º Com exceção da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, nas licitações de obras ou serviços de engenharia, o licitante da melhor proposta apresentada deverá reelaborar e apresentar à comissão de licitação, por meio eletrônico, conforme prazo estabelecido no instrumento convocatório, planilha com os valores adequados ao lance vencedor, em que deverá constar:

- a) indicação dos quantitativos e dos custos unitários, vedada a utilização de unidades genéricas ou indicadas como verba;
- b) composição dos custos unitários quando diferirem daqueles constantes dos sistemas de referências adotados nas licitações; e
- c) detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas – BDI e dos Encargos Sociais – ES.

Sobre o necessário detalhamento dos preços, indicado trazer as considerações de Campelo e Cavalcante:

O detalhamento de todos os serviços da planilha orçamentária, tanto motiva o preço referencial proposto, como dá maior condição ao particular de melhor oferecer a sua proposta, ao conhecer todas as nuances da contratação. Além da necessária publicidade e motivação do referencial de preços utilizado, tal medida instiga a competitividade e contribui para a economicidade do certame, uma vez que, ao melhor conhecer o objeto, em tese, embutem-se menos riscos na contratação.

O particular, igualmente, deve apresentar o detalhamento de seus preços. Não se destina desclassificar concorrente por sobrestimativa de eventual insumo, posto que tal rigorismo em nada contribuiria para a obtenção da “melhor proposta”. A demonstração objetiva de todos os custos do empreendimento subsidia a Administração em eventuais análises de exequibilidade da oferta. Também evita a ocorrência de duplicidades de encargos dispostos no orçamento e serve de lastro probatório para o discernimento de futuros pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro. Trata-se, finalmente, da necessária motivação do preço ofertado, supedâneo do julgamento e da avaliação da real vantagem do preço oferecido pelo particular.<sup>60</sup>

## 89. É possível reabrir a disputa?

O legislador teve atenção em relação a uma questão importante: a possibilidade de determinada empresa vencer com desconto significativo em relação ao segundo colocado e, posteriormente, ser desclassificada por inexecuibilidade de preços ou, então, ser inabilitada.

Por esse motivo, firmou, no art. 17, §1º, inciso II do RDC, a possibilidade do “reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais

<sup>60</sup> CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 112.

colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente”.

A regulamentação desse comando veio no art. 21 do Decreto nº 7.581/2011:

Art. 21. Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos dez por cento, a comissão de licitação poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações.

§1º Após o reinício previsto no *caput*, os licitantes serão convocados a apresentar lances.

§2º Os licitantes poderão apresentar lances nos termos do parágrafo único do art. 20.

§3º Os lances iguais serão classificados conforme a ordem de apresentação.

## 90. Como ficam as modalidades de licitação?

O RDC acaba com as modalidades *concorrência, tomada de preços e convite*, previstas na Lei nº 8.666/1993, pois a lógica de estruturação de procedimentos foi diferente.

As modalidades criadas na Lei de Geral de Licitações tinham como objetivo diferenciar os procedimentos em função do valor previsto para a contratação. Quanto mais elevada fosse a previsão, procedimentos mais rigorosos e prazos mais amplos seriam observados; quanto menor o volume de recursos, mais simplificado seria o procedimento. Importante novamente lembrar que, no momento de aprovação dessa lei, mecanismos importantes de tecnologia de informação não existiam, o que inviabilizou a previsão de publicação de amplo alcance, como as *homepages* dos órgãos ou entidades.

O RDC simplificou todo o processo, aproveitando-se das vantagens viabilizadas pelo mundo tecnológico, em especial no quesito publicação.<sup>61</sup>

Apenas um detalhe interessante em termos comparativos ao convite previsto na Lei nº 8.666/1993. Apesar de o novo regime não prever essa expressão, acabou por dispensar a publicação de extrato do edital no *Diário Oficial da União*, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, relativo à licitação cujo valor não ultrapasse R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, coincidentemente nos mesmos valores previstos para convite pela Lei Geral de Licitações.

## 6.6 FORMA DE DISPUTA

### 91. A forma de execução da licitação deverá ser eletrônica? Ou pode ser presencial?

O uso da forma eletrônica é apenas preferencial, sendo possível a opção pela presencial, nos termos do art. 13 do RDC.

A vantagem da forma eletrônica é significativa em relação à presencial, pois reduz o custo dos licitantes na participação do certame, em especial aqueles sediados em local distinto do definido para o processamento da licitação. Também dificulta a formação de

<sup>61</sup> Ver questão 108.

conluíus, viabilizados pelo encontro prévio dos licitantes na “antessala” do pregão. Neste último caso, com o conhecimento prévio acerca do universo de concorrentes momentos antes da disputa, quanto menor o número de concorrentes, maior a chance de “acertos” prévios ao início da licitação.

O legislador observa, ainda, no mesmo artigo, que, “nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração Pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico”.

## 92. Como proceder na forma presencial?

Quando for escolhida a forma presencial, com o modo de disputa aberto, o Decreto nº 7.581/2011, em seu art. 19, determina a adição dos seguintes procedimentos:

- I – as propostas iniciais serão classificadas de acordo com a ordem de vantajosidade;
- II – a comissão de licitação convidará individual e sucessivamente os licitantes, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta menos vantajosa, seguido dos demais; e
- III – a desistência do licitante em apresentar lance verbal, quando convocado, implicará sua exclusão da etapa de lances verbais e a manutenção do último preço por ele apresentado, para efeito de ordenação das propostas.

Se a opção for pelo modo fechado, as propostas deverão ser apresentadas em envelopes lacrados, abertos em sessão pública e ordenadas conforme critério de vantajosidade, conforme art. 22, parágrafo único do Decreto nº 7.581/2011.

## 93. Como proceder na forma eletrônica?

O art. 13, §2º do Decreto sugere o processamento das licitações sob a forma eletrônica por meio do sistema utilizado para a modalidade pregão, de que trata o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, contudo, já adaptou a plataforma eletrônica do pregão ao RDC eletrônico, contemplando todas as nuances relativas à nova legislação. Para tal, disponibilizou um manual específico do sistema, com o passo-a-passo de todo o procedimento licitatório, incluindo as seguintes etapas:

- a) acesso ao sistema;
- b) inclusão da comissão de licitação;
- c) vinculação da comissão de licitação;
- d) inclusão de impugnações, esclarecimentos e avisos;
- e) operação e acompanhamento da licitação;
- f) visualização de propostas e declarações;
- g) julgamento das propostas;
- h) habilitação e fechamento de prazo para intensão de recursos;
- i) reabertura e alteração de prazo para intensão de recursos;
- j) suspensão da licitação;
- k) reabertura da licitação;
- l) encerramento da sessão;
- m) acompanhamento dos recursos;

- n) decisão do recuso: presidente/autoridade competente;
- o) adjudicação da licitação: com/sem recursos;
- p) homologação;
- q) cancelamento da homologação;
- r) consultas a licitações revogadas, anuladas ou abandonadas.

Existe um manual exclusivo para a orientação de fornecedores e outro para os gestores públicos encarregados do procedimento licitatório que podem ser acessados no endereço: <[http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manual\\_rdc.stm](http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manual_rdc.stm)>.

## 6.7 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

### 94. Quais os critérios de julgamento previstos no RDC? Qual a novidade em relação à Lei nº 8.666?

O RDC promoveu um ajuste na nomenclatura usada pela Lei nº 8.666/1993, passando a denominar “critérios de julgamento” aquilo que era chamado “tipos de licitação”. De acordo com o novo regime, em seu art. 18, poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

- I – menor preço ou maior desconto;
- II – técnica e preço;
- III – melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV – maior oferta de preço; ou
- V – maior retorno econômico.

A importância da definição desses critérios está no princípio do julgamento objetivo. É fundamental que a Administração avalie a melhor forma de conduzir a apreciação das propostas em função do objeto a ser licitado, visto ter que registrar no instrumento convocatório os procedimentos que serão utilizados pela comissão de licitação para identificar a proposta mais vantajosa. Em algumas situações, o preço será o principal critério; em outras, haverá uma ponderação do preço com a técnica demonstrada pela empresa para executar o objeto; ou, ainda, será possível a estipulação prévia do valor a ser pago.

Em verdade, esse maior rol de alternativas visa a que, na utilização de seu poder discricionário — e de forma motivada —, de acordo com cada caso concreto, o gestor defina o que venha a ser a melhor proposta. Essa definição pode ser mais abrangente que a dualidade “técnica e preço”, podendo ser utilizados outros parâmetros, sempre mensuráveis, para garantir o objetivo fundamental da licitação, que é a obtenção da melhor proposta. Fato é que essa “melhor proposta” ganhou olhares mais abrangentes com a edição do RDC.

Cada um desses critérios de julgamento conta com questão específica neste livro.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Questões 96 a 103.

## 95. Existe margem de preferência para o julgamento das propostas no RDC?

Sim. O RDC incorporou essa possibilidade no seu art. 18, §2º, ao preceituar que o “julgamento das propostas deverá observar a margem de preferência prevista no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o disposto no Decreto nº 7.546, de 02 de agosto de 2011”.

A margem de preferência já havia sido prevista na alteração da Lei nº 8.666/1993 feita pela Lei nº 12.349/2010, na qual foi inserida no art. 3º como objetivo da licitação, ao lado da seleção da proposta mais vantajosa, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para tanto, houve a definição naquele ato normativo das seguintes linhas:

§5º Nos processos de licitação previstos no *caput*, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§6º A margem de preferência de que trata o §5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I – geração de emprego e renda;

II – efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III – desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV – custo adicional dos produtos e serviços; e

V – em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no §5º.

§8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§9º As disposições contidas nos §§5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:

I – à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II – ao quantitativo fixado com fundamento no §7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.

§10. A margem de preferência a que se refere o §5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul.

A matéria foi regulamentada pelo Decreto nº 7.546/2011, que assegurou para as licitações no âmbito da Administração Pública Federal margem de preferência para produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que atendam, além dos regulamentos técnicos pertinentes, a normas técnicas brasileiras, limitada a vinte e cinco por cento acima do preço dos produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros.

## 96. Quais os detalhes do menor preço ou maior desconto?

O julgamento pelo menor preço ou maior desconto, previsto no art. 19 do RDC, considerará o menor dispêndio para Administração Pública, considerando-se os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório. Poderão ser contemplados

para o cálculo do dispêndio os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores.

O critério de julgamento por menor preço é muito parecido com o tipo homônimo previsto na Lei nº 8.666/1993. Vale registrar que a avaliação não deve considerar apenas o menor preço global, sendo necessário o estudo dos preços unitários ou por etapa, de acordo com o regime de execução escolhido.<sup>63</sup>

A Lei Geral de Licitações já demonstrava a preocupação em esclarecer que o gestor não deve se equivocar com o nome “menor preço”, ao inserir na definição desse tipo, no art. 45, §1º, inciso I, que o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração considerará vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço. Isto é, o menor preço global será o último parâmetro avaliado para as propostas que atenderem a todas as demais especificações.

Já o critério do maior desconto é novo. O TCU não contava com jurisprudência pacífica a respeito da legalidade desse modelo caso utilizada a Lei nº 8.666/1993. Na maioria da análise de casos concretos, a Corte Federal de Contas vinha se manifestando pela ilegalidade, em função de diversas razões que merecem ser trazidas para reflexão:

12. Inicialmente, esclarece-se que, nessa forma de licitação, os proponentes são obrigados a apresentar proposta contendo o mesmo desconto para todos os preços unitários em relação aos preços unitários do orçamento-base. Sagra-se vencedor aquele que apresentar o maior desconto.

13. Apesar de, no âmbito federal, não haver previsão legal para tanto, nem na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) nem em outro normativo que trate do tema, essa técnica de licitação tem sido adotada por alguns estados e municípios, havendo, inclusive, previsão legal em alguns deles (leis estaduais ou municipais), a exemplo do Estado da Bahia (Lei Estadual nº 9.433/2005 e Decreto nº 9.534, de 1º.09.2005 – Aprova os Termos de Referência para elaboração dos editais de licitação de obras e serviços de engenharia da Administração Pública direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista do Poder Executivo estadual e dá outras providências).

14. A despeito da discussão quanto à validade ou não desses normativos, uma vez que compete privativamente à União legislar sobre licitações, algumas vantagens e desvantagens podem ser apontadas.

15. Como principal vantagem, cita-se a possibilidade de minimizar a ocorrência do “jogo de planilha” com a adoção dessa exigência na licitação. O “jogo de planilha” acontece por meio de alterações contratuais que majorem ou incluam serviços com sobrepreço unitário, ou ainda que eliminem ou reduzam itens com desconto em relação aos preços de mercado, acarretando desequilíbrio econômico-financeiro ilegal e lesivo à Administração.

16. Dessa forma, partindo-se do princípio de que o orçamento-base esteja equilibrado e com preços unitários dentro dos limites legais impostos, a possibilidade da prática do “jogo de planilha” fica reduzida ao se exigir que todos os itens do orçamento proposto pelos licitantes apresentem o mesmo percentual de desconto em relação aos preços unitários do orçamento-base, pois os preços estarão equilibrados entre si.

17. Além de dificultar o “jogo de planilha”, essa metodologia, pela mesma razão, também evita o “Jogo de Cronograma”, que ocorre quando os serviços com maior sobrepreço unitário ou menor desconto estão concentrados no início da obra, e, por consequência, diminui as chances de a contratada abandonar a obra depois da execução desses serviços, nos quais se concentram as maiores vantagens pecuniárias para a executante.

<sup>63</sup> Ver questões 42 e 43.

18. Já a principal desvantagem dessa técnica está relacionada à qualidade do orçamento-base. Como não há liberdade para o proponente apresentar descontos diferenciados, se o orçamento-base contiver preços distorcidos, isto ocasionará propostas de preços também distorcidas, podendo conter inclusive preços unitários inexequíveis para a contratada. Ou seja, para atender ao edital, a proponente pode ter que apresentar preços por vezes não fidedignos com relação aos seus custos.

19. Isto porque, na proposta inicial, a proponente tentará equilibrar os descontos unitários considerando os vários itens a serem orçados. Todavia, no caso de necessidade de aditivos que alterem os quantitativos iniciais, poderá ser causado um desequilíbrio da proposta do licitante.

20. Além disso, a adoção do desconto linear dificulta a redução a preços mínimos de certos itens para os quais a proponente, em decorrência de sua estrutura e outras circunstâncias, poderia oferecer, se considerados, isoladamente, descontos mais significativos.

21. Neste Tribunal, a jurisprudência quanto ao tema não se encontra consolidada.

22. Por meio do Acórdão nº 1.927/2006-TCU-1ª Câmara, chegou-se a recomendar à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério da Saúde que avaliasse a possibilidade de adotar como critério de escolha da melhor proposta o maior desconto linear para a contratação de serviços de organização de eventos por meio de registro de preços.

23. Todavia, no Acórdão nº 1.700/2007-TCU-Plenário, que tratou do mesmo tema, firmou-se o entendimento de que:

“Não se admite, em processo licitatório, o uso de critério de julgamento de propostas de preços fundado no maior desconto linear (uniforme) oferecido sobre todos os itens do orçamento, por chocar-se com o sistema de mercado infundido na Lei nº 8.666/1993, bem como por configurar tipo de licitação extralegal, que nem sempre se traduz no menor preço obtível.”

24. A partir dessa decisão plenária, verifica-se que o “fator k” não seria aplicável, principalmente, por não haver previsão legal para seu uso e por chocar-se com o sistema de mercado infundido na Lei nº 8.666/1993.

25. No voto que fundamentou esse acórdão, o Relator Marcos Vinícios Vilaça ainda apresentou como um dos argumentos para a não utilização do desconto linear um paralelo entre a contratação de bens e serviços comuns, como era o caso em questão, com as contratações de obra, objeto da presente representação. Observou ele que:

“29. A par disto, o denominado “jogo de planilha” é mais provável de ocorrer em licitações que têm arrimo em projetos básicos, como em obras, porque os licitantes podem tirar proveito de deficiências claras na previsão de quantitativos, ou mesmo manipulá-los em seu favor na execução contratual. No registro de preços para bens e serviços comuns, não é tão simples os licitantes prognosticarem o que será adquirido em maior ou menor quantidade ou, no contrato, impelirem a compra de determinados itens, pois a autonomia da Administração é ampla.”

26. Ou seja, o argumento de que o uso do desconto linear evita a ocorrência do “jogo de planilha” seria mais relevante para as contratações de obra, onde o “jogo de planilha” é mais recorrente.

27. No caso do Acórdão nº 1.700/2007-TCU-Plenário, determinou-se à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério da Saúde:

“9.2.2. a estipulação do critério do menor preço para o julgamento das propostas, como prescrito pelo art. 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/2002, pelo art. 2º, *caput*, do Decreto nº 5.450/2005 e pelo art. 3º, *caput*, do Decreto nº 3.931/2001, abstendo-se de fixar o “maior desconto linear” para adjudicação, a não ser nos casos excepcionais indicados pelo §1º do art. 9º deste regulamento, uma vez ter ficado demonstrada a sua incompatibilidade com a legislação, depois de melhor avaliado em consonância com a recomendação dada pelo Acórdão nº 1.927/2006-TCU-1ª Câmara.”

28. Entendimentos semelhantes quanto a não aplicação do desconto linear foram trazidos nos Acórdãos nºs. 2.304/2009-TCU-Plenário e 326/2010-TCU-Plenário. O primeiro tratou de levantamento de auditoria realizada na Companhia Energética do Piauí S.A. (Cepisa), para verificar o andamento de licitações cujo objeto era a execução de obras de eletrificação rural, no âmbito do Programa Luz para Todos. O segundo tratou de representação abrangendo possíveis irregularidades na contratação de obras referentes ao Convênio nº 599671, celebrado entre o Ministério do Turismo e a Prefeitura Municipal de Morretes/PR. O argumento mais recorrente nesses acórdãos para a não aplicação do método é a ausência de previsão legal para tanto.

29. A mais recente decisão sobre o tema é Acórdão nº 2.907/2012-TCU-Plenário, que tratou de pregão presencial para contratação de empresa para prestação de serviços, sob demanda, de planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação de eventos. Entendeu-se que “a censura ao critério é fruto de uma interpretação sistêmica das leis de licitação em conjunto com o princípio do livre mercado” e que “também não se pode afirmar que o desconto linear é um modelo que agride frontalmente alguma norma legal”. Mais uma vez, propôs-se a continuidade do certame, por a aplicação do desconto linear não ter resultado em restrição à competitividade do certame, nem outro prejuízo sensível.

30. Quanto ao tema, vale citar ainda inovação normativa na área de licitação. Com a publicação da Lei nº 12.462 de 05.08.2011, a qual instituiu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), a possibilidade de julgamento das propostas por meio do maior desconto linear passou ser prevista expressamente em lei. Conforme o art. 18, inciso I, da Lei nº 12.462/2011:

“Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

I – menor preço ou maior desconto;

II – técnica e preço;

III – melhor técnica ou conteúdo artístico;

IV – maior oferta de preço; ou

V – maior retorno econômico.”

31. Inicialmente, o RDC era aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014. Posteriormente, com a edição da Medida Provisória nº 559, de 05.03.2012 (convertida na Lei nº 12.688, de 18.07.2012), o Regime Diferenciado de Contratação passou a abranger também às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

32. Destarte, sendo a presente obra integrante do PAC 2, à época da publicação de seu edital de concorrência, em 18.05.2012, já era possível o uso RDC para essa contratação. Por consequência, havia a possibilidade de se utilizar, no caso em questão, o desconto linear como critério de seleção da melhor proposta na Concorrência nº 7/2012.

33. Para tanto, conforme art. 1º, §2º, da Lei nº 12.462/2011, a opção pelo RDC deveria constar de forma expressa no instrumento convocatório, com o consequente afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/1993, à exceção dos casos previstos em lei. Entretanto, o edital da Concorrência nº 7/2012 previa que ela seria regida pela Lei de Licitações, não sendo aplicável, portanto, o desconto linear ao caso em tela. (TCU. Acórdão nº 3.337/2012. Plenário. Rel. Min. José Múcio Monteiro. 12 dez. 2012)

Ainda sobre o “maior desconto”, o art. 27 do Decreto nº 7.581/2011 estabelece que deverá ser utilizado como referência o orçamento estimado pela Administração, fixado pelo instrumento convocatório, e que, no caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes incidirá linearmente sobre os preços de todos os itens do referido orçamento.

## 97. O que é o menor dispêndio previsto no RDC?

Conforme explicado na questão anterior, o julgamento pelo menor preço ou maior desconto, previsto no art. 19 do RDC, considerará o menor dispêndio para Administração Pública. Para o cálculo do menor dispêndio deverão ser avaliados não apenas o menor preço global inicial da obra ou serviço, mas também os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores.

Tal comando é extremamente relevante para desmistificar que o projeto deve considerar apenas o valor inicial do investimento. A própria Lei nº 8.666/1993 já destacava essa preocupação em seu art. 12, ao estabelecer como requisitos de projeto: a economia na execução, conservação e operação; a facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; e o impacto ambiental.

O cálculo do menor dispêndio irá variar em função do caso concreto e das variáveis envolvidas. Como ilustração, podemos imaginar que, nos estudos para a definição do equipamento a ser utilizado em determinada obra, o projetista se depare com duas alternativas opostas em termos de valores iniciais de investimento e custo de manutenção, conforme ilustra a Tabela 6.3. Para simplificar, desconsideremos os valores de taxa de retorno sobre o investimento e inflação. Qual seria o prazo limite de operação do projeto em que a solução de menor valor seria a mais vantajosa?

**Tabela 6.3 – Exemplo de análise de alternativas de projeto**

Solução	Investimento inicial (R\$)	Custo de operação mensal (R\$)
A	1.000.000,00	20.000,00
B	1.300.000,00	15.000,00

Se a escolha recaísse apenas no menor valor inicial, não haveria dúvida de que a Solução A seria a preferida, mas, como devem ser considerados os valores de operação, a partir de prazo de operação do empreendimento superior a cinco anos, a Solução B passa a ser mais interessante, conforme dados da Tabela 6.4.

**Tabela 6.4 – Comparação de vantagem entre as propostas, considerando o custo de operação**

Meses	Solução A			Solução B		
	Investimento inicial	Custo da operação	TOTAL	Investimento inicial	Custo da operação	TOTAL
0	1.000.000,00	0,00	1.000.000,00	1.300.000,00	0,00	1.300.000,00
12	1.000.000,00	240.000,00	1.240.000,00	1.300.000,00	180.000,00	1.480.000,00
24	1.000.000,00	480.000,00	1.480.000,00	1.300.000,00	360.000,00	1.660.000,00
36	1.000.000,00	720.000,00	1.720.000,00	1.300.000,00	540.000,00	1.840.000,00
48	1.000.000,00	960.000,00	1.960.000,00	1.300.000,00	720.000,00	2.020.000,00
60	1.000.000,00	1.200.000,00	2.200.000,00	1.300.000,00	900.000,00	2.200.000,00
72	1.000.000,00	1.480.000,00	2.480.000,00	1.300.000,00	1.080.000,00	2.380.000,00

## 98. Quais os detalhes da técnica e preço?

O julgamento pela combinação de técnica e preço considera que o valor ofertado pelos licitantes é uma importante referência de avaliação, mas não é a única. É necessário sopesar parâmetros técnicos também, desde que sejam objetivos e estejam inseridos no instrumento convocatório.

De acordo com o art. 20, §1º do RDC, este critério de julgamento deverá ser 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.

O RDC, com propriedade, estabelece um limite máximo de 70% para a ponderação do fator relevante entre preço e técnica. O Decreto nº 7.581/2011 acrescenta, no seu art. 29, algumas outras possibilidades de inserção de dispositivos para esse critério.

- a) Utilização de parâmetros de sustentabilidade ambiental para a pontuação das propostas técnicas;
- b) Estabelecimento de pontuação mínima para as propostas técnicas, cujo não atingimento implicará desclassificação.

## 99. Quais os detalhes da melhor técnica ou conteúdo artístico?

A lógica do critério de melhor técnica no RDC é o estabelecimento de prêmio ou a remuneração a ser atribuído ao vencedor, previamente definido no instrumento convocatório, que apresentar melhor pontuação no quesito técnica.

Funciona de modo diferente ao seu homônimo previsto na Lei nº 8.666/1993. Na lei geral, o procedimento de melhor técnica era bem mais complexo, pois seriam desclassificados em um primeiro momento aqueles licitantes que não apresentassem a pontuação mínima preestabelecida; depois, seriam abertas todas as propostas de preços daqueles que continuassem no certame e dada a opção para o concorrente de maior pontuação técnica cobrir o menor preço ofertado entre os classificados. Talvez, por essa complexidade, o tipo “melhor técnica” naquele ato normativo tenha sido pouco utilizado.

Porém, o art. 21 restringe esse tipo de julgamento à “contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia”. A redação desse dispositivo ficou confusa. Seria melhor que o texto viesse com a informação de que o tipo de julgamento em questão é possível para projetos, com exceção daqueles relacionados à área de engenharia, e também para trabalhos de natureza técnica, científica ou artística.

Dessa forma, podemos dizer que o critério em comento ficou mais parecido com a realização do concurso previsto na Lei nº 8.666/1993. Parece-nos que o legislador quis prestigiar o critério de melhor técnica para projetos que materializassem a primeira

necessidade do cliente, a exemplo do arquitetônico, e que pudessem ser desenvolvidos por diversas concepções. Construída a ideia inicial, os projetos posteriores de engenharia poderiam ser elaborados por menor preço.

A regulamentação do RDC previu, ainda, algumas possibilidades:

- a) utilização de parâmetros de sustentabilidade ambiental para a pontuação das propostas nas licitações para contratação de projetos;
- b) estabelecimento de pontuação mínima para as propostas, cujo não atingimento implicará desclassificação; e
- c) apoio à comissão de licitação por comissão especial integrada, no mínimo, por três pessoas de reputação ilibada e notório conhecimento da matéria em exame, que podem ser servidores públicos.

## 100. Como estabelecer critérios de pontuação técnica?

A discussão a respeito dos critérios para pontuação da nota técnica é muito presente em processo de licitação, seja no RDC, seja na Lei nº 8.666/1993. Não é tarefa simples para o gestor pontuar de forma objetiva propostas técnicas em face do natural grau de subjetividade que envolve esta matéria. Diante dessa dificuldade, o gestor tem se utilizado de método mais confortável ao pontuar apenas a qualificação da equipe do licitante, desviando-se da árdua tarefa de criar critérios que “numerifiquem” a qualidade da proposta para a realização da obra. O TCU avaliou muito bem essa questão em caso concreto:

No que se refere à adoção de notas para o julgamento das propostas técnicas, a unidade fiscalizadora aduziu que houve uma formação de nota técnica do licitante em que o peso da “execução” foi inferior ao do “projeto de gerenciamento”, com o agravante de que não houve uma avaliação que garantisse a efetiva obtenção da melhor proposta.

Alude a Secob Edificação que o entendimento retirado da jurisprudência deste Tribunal é que, em licitações do tipo técnica e preço, a pontuação da técnica deve ser obtida a partir de critérios consistentemente estruturados e de julgamento fundamentado, capazes de minimizar o grau de subjetividade inerente a esse tipo de licitação. Ademais, o procedimento haveria de se ater à avaliação dos itens considerados como relevantes na contratação.

Em apreciação da questão, ajuízo que, de fato, não houve uma fundamentação clara, por parte da Infraero, da vantagem acerca do balanceamento das notas técnicas utilizadas no julgamento; tampouco da sua relação com o preço. Justamente por esses vácuos de motivação é que não me sinto suficientemente seguro para taxar o balanceamento utilizado como “desarrazoado”. Julgo, sim, que, de acordo com as características e interveniências de cada objeto, a distribuição de pesos de notas técnicas deva ser explicada. Nisso a Infraero deve ser notificada.

Um ponto, porém, não levantado pela equipe de auditoria, chamou-me atenção. Não obstante se justificar que a obra possibilita a idealização de diversas metodologias construtivas (característica das contratações integradas, como já disse), essas alternativas não foram objeto de pontuação. Concederam-se pontos, somente, para a experiência das contratadas e seus responsáveis técnicos, mas não para as soluções em si — essas, sim, capazes de render outras vantagens, que não, somente, o preço.

Transcrevo, mais uma vez, o conteúdo do art. 9º, §3º, da Lei do RDC:

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

Conforme já explicitado, esses critérios podem ser de qualidade, produtividade, rendimento, durabilidade, segurança, prazo de entrega, economia ou outro benefício objetivamente mensurável, a ser necessariamente considerado nos critérios de julgamento do certame. A coerência com a lógica do regime impõe essa valoração, à época do julgamento. Se não existe vantagem, afinal, em atribuir a solução para contratada (capaz de ser pontuada e comparada), que a própria administração o faça — e por um preço menor.

Diante disso, entendo devida a ciência à Infraero para que, tanto justifique, no bojo do processo licitatório, o balanceamento conferido para as notas, como busque, sempre que possível, a valoração objetiva da metodologia ou técnica construtiva a ser empregada; e não, somente, a pontuação individual decorrente da experiência profissional das contratadas ou de seus responsáveis técnicos. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

É inquestionável que um dos fatores para o relativo insucesso das licitações julgadas mediante “técnica e preço” seja a preponderância das notas em termos da qualificação da contratada; nem tanto do objeto. O que tem ocorrido, na prática, são notas máximas para todos os licitantes. E a licitação acaba se tornando como de “menor preço”. É o primeiro passo para a contratação de projetos deficientes, tão presentes nas contratações públicas.

Impõe-se, como solução do problema, “numerificar” as vantagens provenientes de uma e outra concepção técnica. É necessário para fazer valer o verdadeiro anseio do critério de técnica e preço. Em uma obra de ar condicionado, por exemplo, pontuar soluções que levem a um menor consumo de energia, ou que ocupem menor espaço físico, ou que preencham a menor altura de laje a laje, aumentando o pé-direito da edificação, ou que viabilizem aumentos de carga sem grandes intervenções futuras. Todas essas características verdadeiramente diferenciam uma proposta da outra, com ganhos para Administração em termos de solução, o que não ocorreria simplesmente pontuando as qualificações das projetistas. Deve-se fazer valer o verdadeiro anseio do critério técnica e preço.

Em outro exemplo, em uma obra de pavimentação, é possível pontuar tecnicamente as soluções que utilizem asfalto borracha (ou outra iniciativa ambientalmente sustentável), ou que levem à diminuição do prazo necessário para a conclusão do empreendimento, ou que utilizem materiais da região, ou que, comprovadamente, aumentem a vida útil da via ou diminua as necessidades de intervenção rotineira. São todas soluções viáveis.

## **101. Quais os detalhes da maior oferta de preço?**

O critério do julgamento pela maior oferta de preço, previsto no art. 22 do RDC e nos arts. 33 a 35 e 48 do Decreto nº 7.581/2011, será utilizado no caso de contratos que resultem em receita para a Administração Pública, ou seja, não se aplica para a contratação de obras e serviços de engenharia.

Nesse caso, é possível a dispensa dos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira, se substituídos pela comprovação do recolhimento de quantia como garantia, limitada a cinco por cento do valor mínimo de arrematação. Caso o licitante vencedor não efetive o pagamento devido no prazo estipulado, perderá o valor da entrada em favor da Administração Pública. Mesmo com a dispensa, continua obrigatória a apresentação dos demais documentos exigidos para a habilitação.

Para a alienação de bens e direitos, deverá haver prévia avaliação para fixação do valor mínimo de arrematação e os valores serão pagos à vista, em até um dia útil contado

da data da assinatura da ata lavrada no local do julgamento ou da data de notificação. Porém, o edital poderá prever pagamento por meio de entrada em percentual não inferior a cinco por cento, com o restante no prazo estipulado no mesmo instrumento, sob pena de perda do valor já recolhido em favor da Administração Pública.

## 102. Quais os detalhes do maior retorno econômico e dos contratos de eficiência?

Esse critério de julgamento é, sem dúvida alguma, o mais inovador. Parte do princípio de que é possível uma parceria real entre Administração e contratado por meio de um jogo em que todos ganham. Aliás, quanto mais o contratado ganhar, mais ganhará a contratante.

Nos termos do art. 23, esse modelo deve ser utilizado exclusivamente para contratos de eficiência, entendidos como tal “aqueles que tenham por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada”.

A proposta vencedora será aquela que proporcionar a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato.

O julgamento das propostas deverá considerar como o retorno econômico o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço. Por isso, é fundamental que sejam exigidas dos licitantes, nos termos do art. 37 do Decreto nº 7.581/2011, propostas de trabalho e de preço, conforme diretrizes apresentadas na Tabela 6.5:

**Tabela 6.5 – Proposta de trabalho x Proposta de preço nos contratos de eficiência**

Proposta de trabalho	Proposta de preço
<p>a) as obras, serviços ou bens, com respectivos prazos de realização ou fornecimento; e</p> <p>b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, bem ou serviço e expressa em unidade monetária.</p>	<p>Corresponderá a um percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.</p>

O exemplo é bem simples: determinado órgão tem despesas correntes com energia elétrica no valor mensal de R\$1.000.000,00 e resolve abrir uma licitação com critério de maior retorno econômico para reduzir esse valor. Três empresas participam do certame com seguintes propostas apresentadas na Tabela 6.6:

**Tabela 6.6 – Propostas apresentadas por empresas em caso de maior retorno econômico**

Licitação			Resultado (R\$)	
Empresa	Proposta de trabalho	Proposta de preço	Administração	Empresa
<b>A</b>	Não realizará obras e promete reduzir em R\$100.000,00 a conta mensal	Deseja receber 10% da economia	90.000,00	10.000,00
<b>B</b>	Realizará reforma da subestação e promete reduzir em R\$120.000,00 a conta mensal	Deseja receber 30% da economia	84.000,00	36.000,00
<b>C</b>	Realizará ampla reforma na rede elétrica e na subestação e promete reduzir em R\$200.000,00 a conta mensal	Deseja receber 40% da economia	120.000,00	80.000,00

Nessa situação, apesar de a empresa C apresentar o maior percentual de cobrança sobre a economia gerada, ela sairá vencedora da licitação pelo fato de propiciar melhor resultado para a Administração (R\$120.000,00). Importante notar que o investimento dessa empresa será bem maior do que aquele previsto pelas demais, ou seja, não se pode entender que o total de resultado obtido traduzir-se-á em lucro, mas a questão afeta a valores investidos será de responsabilidade da empresa.

Em outro exemplo prático, sugerimos o caso em que a Administração está arcando com pesadas multas da concessionária de energia por conta de uma potência reativa muito alta na instalação. Tal situação é, em algum termo, comum em prédios públicos, na medida em que existem desperdícios de energia provenientes dos muitos enrolamentos (bobinas), por conta dos diversos motores elétricos espalhados pela edificação (como aparelhos de ar condicionado). Quando isso ocorre, pelo fato de apenas se pagar a energia ativa para a concessionária e em razão de a rede de energia (transformadores e condutores) precisar ser capaz de conduzir a energia real (ativa e reativa), a porcentagem desperdiçada é tarifada por meio de pesadas multas ao consumidor. Para a correção do problema, é comum a instalação dos chamados “bancos de capacitores” ou de “motores síncronos”.

A Administração, no caso em comento, poderia contratar a elaboração de um projeto básico para corrigir o problema, seguido da respectiva licitação. Por meio do contrato de eficiência, todavia, pode-se, de imediato, contratar diretamente uma empresa para que ela própria conceba a solução. Neste caso, cada licitante elaborará a sua proposta que, por meio das soluções técnicas motivadamente expressas na oferta, apresentará uma previsão de economia mensal. Por sua vez, a remuneração da empresa será proporcional à economia por ela “prometida”. A melhor proposta será a da empresa que fornecer maior ganho líquido para o órgão licitante (economia deduzida de remuneração). Repassa-se para os particulares toda a “atividade-meio” para reduzir as multas de energia.

Solução semelhante poderia ser adotada no caso de determinado órgão estar pagando contas de água muito altas; ou para qualquer outra despesa corrente administrativa.

Os contratos de eficiência, portanto, visam a um dever estrito de fim. Caso não atingido o “fim prometido”, deduz-se a diferença da remuneração da contratada e aplicam-se as multas contratuais respectivas, conforme será detalhado na próxima questão.

Em epílogo, consta do art. 40 do Decreto nº 7.581/2011:

§2º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que *poderá* incluir a realização de obras e o fornecimento de bens [...]. (grifos nossos)

Não existe propriamente uma impossibilidade legal absoluta de se licitar e julgar um projeto (sem a respectiva prestação do serviço) dentro de um escopo de contrato de eficiência. Deve-se levar em conta, porém, que, se a economia gerada nas despesas correntes não atingir o nível “prometido”, isso pode ir além do projeto. O “insucesso” pode ser proveniente de erros na execução do serviço especificado ou por materiais aplicados de baixa qualidade, por exemplo. Haverá inevitáveis litígios para a apuração das responsabilidades, de contorno muitas vezes complexos, com necessidade de perícias mais imbróglis judiciais que enredarão tanto o contrato de elaboração do projeto em si, como o de execução dos serviços. Acreditamos, assim, ser desaconselhado realizar um contrato de eficiência cujo objeto seja, unicamente, a elaboração do projeto.

### **103. E se a promessa da empresa no critério do maior retorno econômico não for cumprida?**

Neste caso, o RDC prevê que:

I – a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II – se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III – a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Adotando-se o exemplo apresentado na Tabela 6.6 em que a empresa C foi a vencedora, poderiam ocorrer as situações no decorrer da execução contratual destacadas na Tabela 6.7:

**Tabela 6.7 – Simulação de caso de hipóteses em contratos de retorno econômico**

<b>Resultado</b>	<b>Administração se beneficia com R\$(60%)</b>	<b>Empresa recebe R\$(40%)</b>	<b>Motivo</b>
Redução na conta mensal de R\$230.000,00	138.000,00	92.000,00	Superou a meta
Redução na conta mensal de R\$200.000,00	120.000,00	80.000,00	Cumpriu a meta
Redução na conta mensal de R\$180.000,00	108.000,00 <u>+12.000,00</u> 120.000,00	72.000,00 <u>-12.000,00</u> 60.000,00	O benefício contratado foi de R\$120.000,00 e só foi obtido R\$108.000,00. Os R\$12.000,00 faltantes são descontados da remuneração da contratada
Redução na conta mensal de R\$150.000,00	90.000,00 <u>+30.000,00</u> 120.000,00	60.000,00 <u>-30.000,00</u> 30.000,00	O benefício contratado foi de R\$120.000,00 e só foi obtido R\$90.000,00. Os R\$30.000,00 faltantes são descontados da remuneração da contratada
Redução na conta mensal de R\$100.000,00	60.000,00 <u>+40.000,00</u> 100.000,00	40.000,00 <u>-40.000,00</u> 0,00	O benefício contratado foi de R\$120.000,00 e só foi obtido R\$60.000,00. Mas a empresa só receberia R\$40.000,00, insuficientes para compensar a Administração. Será aplicada multa por inexecução contratual.

Um cuidado relevante deve ser adotado quando da aplicação desse método para que não haja confusão no conceito de “economia contratada”, a ser entendida como o real benefício auferido pela Administração com a redução da despesa corrente após os pagamentos a empresa contratada. No caso acima, esse valor é de R\$120.000,00, apesar da redução na conta ser de R\$200.000,00.

#### **104. Existem restrições para a escolha do critério de julgamento?**

Sim, a escolha do critério de julgamento tem limites impostos pelo RDC em função do objeto escolhido. Para facilitar a visualização das autorizações legais para a referida escolha, foi construída a Tabela 6.8:

**Tabela 6.8 – Critérios de julgamento x Objetos**

Objetos	Utilização dos critérios de julgamento Fundamentação no RDC – Lei nº 12.462/2011				
	Menor preço ou maior desconto	Técnica e preço	Melhor técnica ou conteúdo artístico	Maior oferta de preço	Maior retorno econômico
Obras	Sim	Sim, desde que relacionadas no art. 20	Não	Não	Não
Prestação de serviços	Sim	Não	Não	Não	Sim
Projeto de engenharia	Sim	Sim, desde que relacionado no art. 20	Não	Não	Não <sup>64</sup>
Projeto de arquitetura	Sim	Sim, desde que relacionado no art. 20	Sim	Não	Não
Trabalhos de natureza técnica, científica ou artística	Sim	Sim, desde que relacionados no art. 20	Sim	Não	Não

Na escolha dos critérios de julgamento, quando objetivamente autorizada a utilização de uma ou outra metodologia, faz-se importante ter clara a filosofia geral do RDC. Como já dito, o novo regime ampliou o leque de possibilidades para que, a depender de cada circunstância e de cada contratação em particular, o gestor defina e motive o que virá a ser a melhor proposta. A proposta mais vantajosa não terá mais o engessamento do “menor preço”, ou da “melhor técnica”, ou do misto entre eles. Existem, no novo regime, mais meios para definição do que será a melhor contratação. Basta que se justifique em que termos se faz melhor aplicável um ou outro critério.

## 6.8 PREVISÃO DE CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS DE PREÇOS

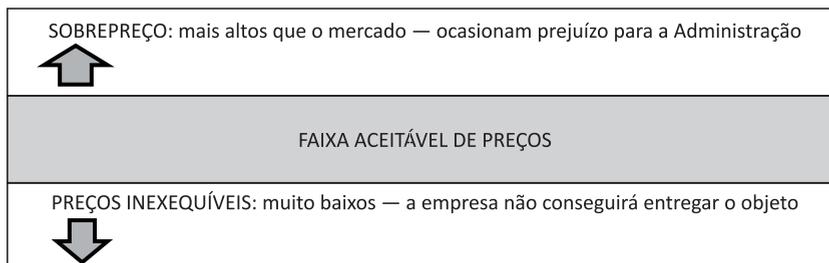
### 105. Há diferença nos critérios de julgamento de preços em face do regime de execução escolhido para as obras e serviços de engenharia?

O art. 24, §3º prevê que no caso de obras e serviços de engenharia serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser o regulamento, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço.

<sup>64</sup> Apesar de, na letra do art. 36, §2º do Decreto nº 7.581/2011 não se excluir a elaboração do projeto dos contratos de eficiência (a utilizarem o critério de julgamento “maior retorno econômico”), não acreditamos que seja indicado o seu uso, como será visto na questão 102.

De plano, cabe esclarecer os dois critérios de desclassificação a que se refere o dispositivo mencionado: sobrepreço reporta-se a ofertas com preços superiores aos de mercado a resultar em contratações antieconômicas; por sua vez, a inexecuibilidade refere-se à eventualidade de um preço apresentado ser tão baixo que a empresa não conseguirá entregar o objeto. Portanto, esses dois limites representam as faixas superior e inferior de uma licitação, conforme ilustra a Figura 6.2:

**Figura 6.2 – Faixa aceitável de preços para critério de classificação**



Existe ainda outra possibilidade de a proposta vir a ser desclassificada. Trata-se de oferta de preço para objeto distinto ou com especificações insuficientes, de acordo com o delineado no instrumento convocatório. Nesse caso, haverá vício insanável na proposta, por não atender ao chamamento licitatório.

A Lei nº 8.666/1993 abrigava uma diretriz bem clara a respeito dos critérios de julgamento de preços: era obrigatória a fixação de limites máximos no edital e proibido o estabelecimento de preços mínimos. O RDC, porém, ao estabelecer a possibilidade de orçamento sigiloso, acabou por inviabilizar a publicidade dos preços máximos que seriam aceitos pela Administração.

Assim, quando todas as empresas se situarem acima dos limites de valores previstos no edital, será necessária a abertura de fase de negociação para viabilizar a seleção de proposta que atenda aos interesses do contratante e também do contratado.

Existe, ainda, um detalhe importante: o regime de execução definido no edital impactará nos critérios de aceitabilidade dos preços. Para todos eles, sempre será necessária a fixação de preço limite global, mas haverá remédios específicos para evitar jogo de planilhas em função de cada um dos regimes.

Por esse motivo, o art. 24 do RDC estabelece que devem ser desclassificadas as propostas que:

- I – contenham vícios insanáveis;
- II – não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;
- III – apresentem preços manifestamente inexecuíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;
- IV – não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração Pública; ou
- V – apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

O referido artigo finaliza, em seu §3º, ressaltando que no caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser o regulamento; e o regulamento tratará de forma diferenciada as avaliações de preços diante dos regimes de execução.

Se for escolhido o regime unitário, a Administração deverá estar atenta aos custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas; se for o regime de preço global ou a empreitada integral, valerá a análise do valor de cada etapa prevista no cronograma físico-financeiro; e ainda, se for a contratação integrada, a depender do anteprojeto e das condições de risco pactuadas,<sup>65</sup> deverão ser previstos critérios de aceitabilidade por etapa, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado na forma prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, uma vez que não existe orçamento detalhado nestes casos.<sup>66</sup>

## **106. Como proceder a avaliação de preços em função do regime de execução?**

O conjunto de procedimentos para avaliação de preços em função do regime de execução já foi tratado em detalhes nas questões 43 e 44.

Em resumo, para a avaliação da aceitabilidade de preços deverão ser avaliados dois critérios:

- a) o primeiro, afeto ao limite de valor global, no qual o preço do licitante não poderá superar o orçamento estimado pela Administração Pública; e
- b) o segundo, relativo aos valores das parcelas que compõem o preço final da obra em função do regime de execução:
  - b.1) para o regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, os custos unitários ofertados dos itens materialmente relevantes não poderão superar os do orçamento-base;
  - b.2) para o regime de empreitada por preço global ou de empreitada integral, o valor de cada etapa prevista no cronograma físico-financeiro do licitante deve ser igual ou inferior ao valor calculado a partir do sistema de referência utilizado;
  - b.3) para o regime de contratação integrada, deverão ser previstos no instrumento convocatório critérios de aceitabilidade por etapa, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado na forma prevista no art. 9º da Lei nº 12.462/2011, e compatíveis com o cronograma físico do objeto licitado. O critério, contudo, irá depender da distribuição de risco e dos elementos mínimos esquadrihados no anteprojeto de engenharia.<sup>67</sup>

Muito se discute acerca da rigidez do critério b.1 *supra* elencado. É que, a depender da licitação, pode-se obter uma proposta global muito vantajosa, mas que um único item tenha superado o valor máximo admitido. Neste caso, existiriam dúvidas se, ao desclassificar aquela empresa, estar-se-ia obtendo, de fato, a melhor proposta. Vale aqui o comentário de Campelo e Cavalcante:

<sup>65</sup> Ver questões 212 a 219.

<sup>66</sup> Ver questão 43.

<sup>67</sup> Ver mais detalhes nas questões 229 e 230.

O TCU tem considerado que sobrepreços unitários de serviços, quando não avaliados em conjunto com os outros itens da planilha orçamentária, não são suficientes para um juízo de “superfaturamento” do empreendimento.

De modo semelhante, nossa opinião é que, em regra, a apresentação de sobrepreços unitários nas propostas dos licitantes, mesmo em face do que dispõe o art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, não se consubstancia em mácula capaz de, por si só, ensejar a desclassificação da proposta.

É claro que deve haver uma avaliação sobre a possibilidade de aquele item unitário, após os inevitáveis termos aditivos, vir a ensejar o desequilíbrio econômico-financeiro da avença em desfavor da Administração, pelo aumento de seus quantitativos com preços acima dos de mercado. Nesse caso, pode vir a ocorrer o chamado “jogo de planilhas”, com a redução — ou até mesmo a aniquilação — do desconto global inicialmente ofertado à época da licitação. Nessas hipóteses, para a formalização de aditamentos que envolvam esse item questionado, a Administração deve exigir a manutenção do mesmo nível de desconto global original pactuado.<sup>68</sup>

Diante de tal problema, avaliamos que uma solução razoável seja que o critério de aceitabilidade de preços unitários traga uma tolerância, por exemplo, de 10% com relação ao preço base do certame. Boas propostas com relevantes descontos globais podem, desse modo, serem “aproveitadas”, não obstante o pequeno sobrepreço unitário. Ao mesmo tempo, para evitar o jogo de cronogramas,<sup>69</sup> basta fixar que cada etapa do empreendimento — como também o preço global — não poderá superar o previamente estimado pela Administração. Tal previsão, acreditamos, traz maior proporcionalidade dessa dicotomia “desclassificação da proposta x interesse público”.

Lembramos, finalmente, que na etapa contratual o desconto global deve ser mantido para qualquer aditivo que, ao suprimir ou incluir serviços, reduza relevantemente o desconto inicialmente prometido à Administração e, com isso, desiguale a equação econômico-financeira primeiramente pactuada.

## 6.9 ELEMENTOS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

### 107. Quais elementos devem constar do instrumento convocatório?

Assim como o art. 40 da Lei nº 8.666/1993, o art. 8º do Decreto nº 7.581/2011 procura apresentar ao gestor as exigências mínimas que devem constar do edital. Entendemos que essa relação representa um excelente subsídio para a montagem de um *checklist* inicial para referência da Administração antes de autorizar a publicação.

Sugerimos que esse *checklist* seja construído com o formato apresentado na Figura 6.3. Para facilitar, inserimos uma última coluna com o número das questões deste livro que abordam o tema e poderão ser úteis aos responsáveis pelo preenchimento das principais questões:

<sup>68</sup> CAMPELO; CAVALCANTE. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*, p. 513.

<sup>69</sup> Artificio utilizado por licitante que artificialmente “infla” os preços das etapas iniciais do certame e abaixa o das etapas finais, de modo a antecipar a sua remuneração.

**Figura 6.3 – Checklist de apoio aos gestores para verificação da conformidade do edital às exigências do RDC**

Item	Fundamentos no Decreto nº 7.581/11	Nome do responsável pelo elemento	Documento às folhas do processo	Questões em que a matéria é tratada neste livro
Objeto da licitação	Art. 8º, I			35 a 37
Forma de execução da licitação, eletrônica ou presencial	Art. 8º, II			91 a 93
Modo de disputa, aberto, fechado ou com combinação, os critérios de classificação para cada etapa da disputa e as regras para apresentação de propostas e de lances	Art. 8º, III			82 a 90
Requisitos de conformidade das propostas	Art. 8º, IV			43
Prazo de apresentação de proposta pelos licitantes, que não poderá ser inferior ao previsto no art. 15 da Lei nº 12.462, de 2011	Art. 8º, V			108
Critérios de julgamento e critérios de desempate	Art. 8º, VI			96 a 103
Requisitos de habilitação	Art. 8º, VII			111 a 130
Exigência, quando for o caso: a) de marca ou modelo; b) de amostra; c) de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação; e d) de carta de solidariedade emitida pelo fabricante;	Art. 8º, VIII			57; 134 a 138; e 162 a 164
Prazo de validade da proposta	Art. 8º, IX			
Prazos e meios para apresentação de pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos	Art. 8º, X			189 a 197
Prazos e condições para a entrega do objeto	Art. 8º, XI			206
Formas, condições e prazos de pagamento, bem como o critério de reajuste, quando for o caso	Art. 8º, XII			
Exigência de garantias e seguros, quando for o caso	Art. 8º, XIII			231 e 232
Critérios objetivos de avaliação do desempenho do contratado, bem como os requisitos da remuneração variável, quando for o caso	Art. 8º, XIV			165 a 167
Sanções	Art. 8º, XV			208 e 209
Opção pelo RDC	Art. 8º, XVI			19
Termo de referência mencionado no inciso VII do caput do art. 4º, o projeto básico ou executivo, conforme o caso	Art. 8º, §1º, I			49 a 56
Minuta do contrato, quando houver	Art. 8º, §1º, II			76, 78 e 159
Acordo de nível de serviço, quando for o caso	Art. 8º, §1º, III			
Especificações complementares e as normas de execução	Art. 8º, §1º, IV			
No caso de obras ou serviços de engenharia, o instrumento convocatório conterá ainda:	Art. 8º, §2º			
Cronograma de execução, com as etapas necessárias à medição, ao monitoramento e ao controle das obras	Art. 8º, §2º, I			
Exigência de que os licitantes apresentem, em suas propostas, a composição analítica do percentual dos Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), discriminando todas as parcelas que o compõem	Art. 8º, §2º, II			105 e 106
Exigência de que o contratado conceda livre acesso aos seus documentos e registros contábeis, referentes ao objeto da licitação, para os servidores ou empregados do órgão ou entidade contratante e dos órgãos de controle interno e externo	Art. 8º, §2º, III			

## 6.10 PUBLICAÇÃO DO EDITAL

### 108. Como proceder para a publicação dos instrumentos convocatórios?

O RDC prevê, no §1º do art. 15, a publicidade dos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, mediante:

- I – publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e
- II – divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

A regulamentação em decreto prevê, ainda, que:

Art. 20. [...]

§1º O extrato do instrumento convocatório conterá a definição precisa, suficiente e clara do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser consultada ou obtida a íntegra do instrumento convocatório, bem como o endereço onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que a licitação, na forma eletrônica, será realizada por meio da internet.

§2º A publicação referida no inciso I do *caput* também poderá ser feita em sítios eletrônicos oficiais da Administração Pública, desde que certificados digitalmente por autoridade certificadora credenciada no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

Comparativamente à Lei nº 8.666/1993, percebemos as seguintes modificações significativas: acréscimo da obrigação de divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado e supressão da obrigatoriedade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação, sendo esta apenas facultativa.

## 6.11 PRAZOS PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

### 109. E os prazos para apresentação das propostas?

O art. 15 do RDC fixou os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I – para aquisição de bens:

- a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II – para a contratação de serviços e obras:

- a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

- b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;
- III – para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e
- IV – para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

Temos apenas uma ressalva: para a contratação integrada, em que o critério de técnica e preço era obrigatório quando da aprovação da lei, havia sido estabelecido o prazo mínimo de 30 (trinta) dias úteis apenas. Com a retirada dessa obrigatoriedade, por meio da Lei nº 12.980/2014, o prazo pode ser ainda inferior. Se considerarmos que a empresa não tem ciência da existência do edital no primeiro dia de sua publicação, que o processo de elaboração de uma proposta com base em anteprojeto demanda estudo detalhado para a estimativa da metodologia de execução e para a estruturação do orçamento, e, ainda, a necessidade da participação de profissionais de diferentes áreas de atuação, parece-nos que a fixação de prazo deverá ser avaliada com muita cautela pelo gestor em função do caso concreto: obras de elevada complexidade a serem licitadas carecem de prazos muito maiores do que os mínimos fixados em lei.

## **110. E se houver a necessidade de correção do edital?**

A possibilidade de ser constatado equívoco no edital após a publicação existe e ocorre até com certa frequência. Nesse caso, claro que será preciso efetuar as devidas correções.

A essência da preocupação está na gravidade do erro cometido. Se for uma falha leve, que não comprometa a formulação das propostas, não existem maiores problemas: basta que seja efetuada a correção e comunicação aos licitantes.

Porém, se a gravidade for suficiente para exigir a correção das propostas, a Lei nº 12.462/2011 exige que as modificações sejam divulgadas nos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais. Inegável o transtorno que isso pode ocasionar, em especial para processos em andamento ao final do ano, situações em que poderá ser perdida inclusive a dotação orçamentária aprovada.

A novidade em termos do RDC é nos casos em que a correção editalícia se faça com relação aos preços. Nas situações em que tal parâmetro for sigiloso, a correção tempestiva do preço-base, uma vez que não interferirá nas propostas dos licitantes, poderá ser realizada sem a necessidade de reabertura de prazo da licitação.

Necessário, em contraponto, avaliar as ponderações realizadas pelo TCU a respeito da matéria, tal qual esposado pelo relator:

A Secob-1, em contraponto, concluiu que “o fato de o orçamento ser mantido sob sigilo até a data de recebimento das propostas não autoriza a constante atualização dos preços unitários dos serviços”. Acrescentou, ainda, que “a constante atualização prejudica a atuação dos órgãos de controle prevista no art. 6º, §3º, da Lei nº 12.462/2011”. Entendeu, deste modo, pela “vedação de revisão de orçamento na fase externa do certame, nos termos do Decreto nº 7.581/2011 [a estabelecer, em seu art. 4º, inciso II, alínea ‘b’, que o orçamento e o preço de referência devem ser providenciados na fase interna da licitação]”.

Em um juízo da questão, de fato, não obstante o exercício da autotutela administrativa — em rever seus próprios atos quando eivados de vício — entendo que a fluidez da peça orçamentária, na fase externa da licitação, possa trazer prejuízos graves ao princípio do controle.

O porte constitucional do controle externo, ao potencialmente julgar os atos tomados na gestão da coisa pública, impõe o dever de cuidado ao administrador. Sua conduta como “guardador” da res publica será potencialmente auditada e julgada, em um ciclo autoalimentado que, tanto visa o aperfeiçoamento da Administração, como tende a inibir condutas ilícitas e desvinculadas do interesse coletivo.

Essa “expectativa de controle” dá também efetividade ao poder fiscalizatório, mesmo sem a sua presença onisciente. Tal obrigação, de bem gerir os valores confiados, associada à perspectiva da ação fiscalizatória (em caráter inibidor), são essenciais ao controle de conformidade.

Se, no entanto, diante de fiscalização — e imediatamente antes do seu início — admitirem-se repetidas modificações nos atos administrativos para então “conformá-los” para a auditoria, o potencial de benefícios da expectativa do controle faz-se esvaziado. Podem-se cometer ilegalidades; basta reparar-lhes o vício, sempre — e antes — que sejam auditadas. Essa probabilidade de policiamento de todos os atos é elemento fulcral para o exercício do controle, princípio de porte constitucional.

Logo, no que se refere a irregularidade mencionada, o orçamento deve estar disponível e apostado no respectivo processo administrativo que deu origem à licitação; e isso deve ser realizado ainda na fase interna, tal qual dispõe o art. 4º, inciso II, alínea “b”, do Decreto nº 7.581/2011.

No que atine à reprovabilidade da conduta, relevo o caráter inovador do RDC. Quando associado à ausência de prejuízo, entendo que a irregularidade, in concreto, possa ser considerada como meramente formal, nos moldes do art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU. Em consequência, indicado cientificar a Infraero que a recorrência em tal impropriedade poderá impor apenação aos responsáveis. (TCU. Acórdão nº 3.366/2012-Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 12 dez. 2012)



## **HABILITAÇÃO, PRÉ-QUALIFICAÇÃO, SRP E OUTROS PROCEDIMENTOS AUXILIARES**

### **7.1 HABILITAÇÃO**

#### **111. As regras de habilitação da Lei nº 8.666/1993 continuam aplicáveis?**

O RDC faz menção expressa em seu art. 14 acerca da utilização, no que couber, dos comandos inseridos nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/1993. Portanto, toda a jurisprudência já firmada pelo TCU a respeito da matéria será de extrema valia para o estudo da habilitação no RDC.

Alguns ajustes serão necessários, pois o art. 27 da Lei Geral de Licitações define que será exigida para habilitação dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I – habilitação jurídica;
- II – qualificação técnica;
- III – qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal e trabalhista;
- V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

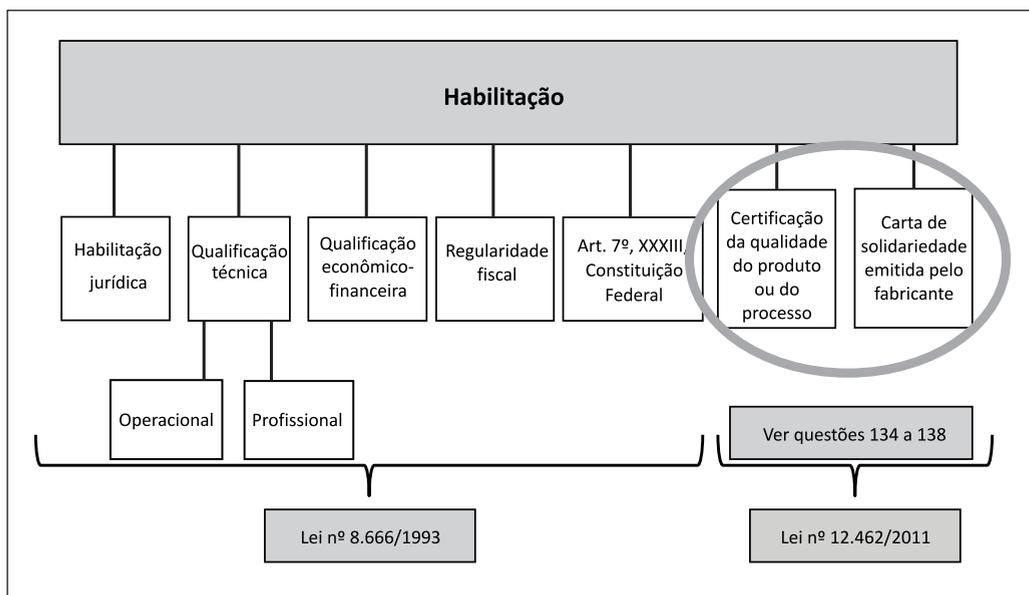
#### **112. O que há de novo em relação às condições de habilitação?**

De forma direta, o art. 14 da Lei nº 12.462/2011 prevê, em função de a fase de propostas anteceder a da habilitação, a possibilidade da exigência junto aos licitantes da declaração de que atendam aos requisitos de habilitação.

Entretanto, existem novos comandos no RDC que podem suscitar discussões a respeito da ampliação do leque de condições habilitatórias, a exemplo da certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, assim como a carta de solidariedade emitida pelo fabricante,<sup>70</sup> previstos no art. 7º, incisos III e IV, como ilustra a Figura 7.1:

---

<sup>70</sup> Ver questões 134 e 135.

**Figura 7.1 – Requisitos de habilitação, conforme a Lei de Licitações e o RDC**

A discussão gira em torno de essas novas possibilidades serem incluídas como exigências na fase de habilitação, como imperativos de classificação das propostas ou somente condições contratuais a serem demandadas após a assinatura da avença. Cada uma dessas matérias (“Certificação de Qualidade” e “Carta de Solidariedade”) merece uma abordagem específica, razão pela qual serão tratadas individualmente nas questões 134 a 138.

### **113. Preciso exigir a habilitação de todos os licitantes ou apenas da proposta vencedora?**

A exigência dos requisitos de habilitação dependerá da estrutura do procedimento licitatório definida pela Administração na fase interna. Se as fases estabelecidas nesse procedimento observarem a ordem definida no art. 12 da Lei nº 12.462/2011 — apresentação de propostas ou lances antes da habilitação — será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, nos termos do art. 14, inciso II, do RDC.

O art. 46, §1º do Decreto nº 7.581/2011 estabelece a possibilidade de substituição parcial ou total dos documentos por certificado de registro cadastral e certificado de pré-qualificação, caso haja previsão no instrumento convocatório.

Entretanto, se houver inversão de fases, o art. 50 do Decreto nº 7.581/2011 estabelece as seguintes orientações:

- I – os licitantes apresentarão simultaneamente os documentos de habilitação e as propostas;
- II – serão verificados os documentos de habilitação de todos os licitantes; e
- III – serão julgadas apenas as propostas dos licitantes habilitados.

### **114. E se a proposta melhor classificada não for habilitada?**

A solução para esse problema, prevista no art. 46 do Decreto nº 7.581/2011, é bem simples: a Administração irá requerer e avaliar os documentos de habilitação dos licitantes subsequentes, por ordem de classificação.

### **115. Quais as principais orientações da Lei nº 8.666/1993 para fins de habilitação jurídica?**

O art. 28 da Lei Geral de Licitações relaciona a seguinte documentação a ser exigida, conforme o caso:

- I – cédula de identidade;
- II – registro comercial, no caso de empresa individual;
- III – ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- IV – inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- V – decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Este ponto não costuma apresentar problemas em processos licitatórios, uma vez que trata de simples lista a ser observada pelo gestor. Não há maior dificuldade, a exemplo das demais habilitações, em ajustar a realidade do objeto às exigências que poderão ser feitas no edital.

### **116. Quais as principais orientações da Lei nº 8.666/1993 para fins de qualificação técnica?**

A qualificação técnica é, sem dúvida, a habilitação que apresenta maior quantidade de problemas nos Editais. A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 30, autorizou a exigência dessa qualificação em função das principais características do objeto a ser licitado e da qualificação da empresa que se propõe a participar do certame:

- I – registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Em relação ao inciso II do art. 30, que trata da comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente, existem, basicamente, duas exigências para a plena capacidade técnica do licitante:

- a) capacidade técnica operacional: refere-se à estrutura que a empresa possui para realizar o empreendimento (equipamentos, equipe técnica, conhecimento do problema, fornecedores etc.) e deve ser comprovada por meio da experiência da empresa na realização de contratos de obras similares;
- b) capacidade técnico-profissional: está relacionada ao aspecto intelectual dos profissionais que compõem o quadro permanente da empresa, ou seja, a experiência que esses profissionais possuem na execução anterior de empreendimentos similares em complexidade à obra licitada.

No que se refere à capacidade técnico-operacional, o TCU aprovou Súmula nº 263 que disciplina os limites das exigências que podem ser feitas:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. (TCU. Acórdão nº 32/2011. Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 19 jan. 2011. *DOU*, 21 jan. 2011)

### **117. Quais as quantidades a serem exigidas pela Administração para comprovação da capacidade técnico-operacional?**

O TCU tem se posicionado da seguinte maneira em relação aos limites para comprovação da qualificação técnico-operacional:

16. Nesse sentido é a jurisprudência desta corte de contas, podendo ser citados como exemplo os Acórdãos nºs 1.284/2003, 2.088/2004, 2.656/2007 e 2.215/2008, todos de Plenário, havendo neste último determinação que limita “as exigências de capacidade técnico-operacional aos mínimos necessários que garantam a qualificação técnica das empresas para a execução de cada contrato do empreendimento, devendo [a unidade jurisdicionada] abster-se de estabelecer exigências excessivas, que possam restringir indevidamente a competitividade dos certames, a exemplo da comprovação de experiência em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos a executar”. (TCU. Acórdão nº 1.390/2010. Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. *DOU*, 23 jun. 2010)<sup>71</sup>

Inexiste norma ou regulamentação específica a estabelecer 50% dos quantitativos como teto absoluto para exigência de comprovação de experiência. Julgamos, contudo, que seja uma medida razoável, em termos de comprovação do “saber fazer” objeto de características semelhantes. Obra ou serviço de dimensões muito inferiores pode modificar o *know-how* para o seu adimplemento. Quantidades — ou dimensões — relevantemente superiores podem tornar a feitura do objeto mais complexa, em termos de gerenciamento dos recursos e de nuanças técnicas para fazê-lo.

<sup>71</sup> Ver também TCU. Acórdão nº 1.432/2010. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 30 jun. 2010.

## 118. É possível aceitar o somatório de quantidades de atestados para comprovação de experiência?

Sobre o assunto, Campelo e Cavalcante dissertam de maneira elucidativa:

Em princípio, quem apresenta dez atestados demonstrando que construiu um edifício de dois andares não estaria habilitado a construir um de vinte. Dez pontes de cinquenta metros não garantem a experiência em fazer uma ponte de quinhentos metros.

Tais conclusões, apesar de verdadeiras, podem conduzir a sofismas e jamais devem ser generalizadas.

Sugerimos outros exemplos: se um licitante executa um meio-fio a cada hora, poderá fazer mil meios-fios em mil horas. Quem consegue escavar 400m<sup>3</sup> de terra por hora (duas patrulhas) escava 1.000.000m<sup>3</sup> em 2500 horas. Quem faz uma ponte de 50m em um mês, constrói três pontes de 50m em três meses. Em todos os casos, a quantidade de mão de obra, equipamentos e capacidade gerencial, em razão da proporcionalidade entre as quantidades e prazos, não traz qualquer complicação operacional aos licitantes.

Na realidade, nessas últimas situações, faz-se perfeitamente admissível a comprovação de experiência pelo somatório de atestados; afinal, como o aumento de quantidade a ser executada foi proporcional ao prazo de execução, a quantidade de mão de obra e equipamentos para a execução dos serviços foi a mesma, assim como a capacidade para gerenciá-los. Portanto, capacidade técnica-operacional muito semelhante seria exigida. Não haveria o porquê da limitação do somatório.

Retorne-se ao exemplo anterior: o licitante que execute 1.000.000m<sup>3</sup> de escavação em 2.500 horas pode não conseguir o mesmo feito em 1.000 horas. Assim como três pontes em três meses é um caso distinto de três pontes em um mês e meio. A capacidade operacional, fora de qualquer dúvida, foi alterada. Houve uma desproporção entre as quantidades, prazos e a capacidade técnica e gerencial necessária para a perfeita execução dos serviços.

Como definição, a capacidade técnico-operacional diz respeito à capacidade operativa do licitante.<sup>72</sup> Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.<sup>73</sup> É a capacidade que o licitante — pessoa jurídica — tem de reunir mão de obra, equipamentos e materiais, devidamente coordenados, para a perfeita execução do objeto, na quantidade, qualidade e prazos exigidos.

Logo, para os itens em que se exigiu a apresentação de atestados para comprovação de experiência técnico-operacional, uma das condições possíveis para a limitação do número de comprovantes é a demonstração, devidamente fundamentada, de que o aumento de quantitativos do serviço acarreta, necessariamente, e desproporcionalmente, uma dificuldade no cumprimento do prazo do contrato ou no gerenciamento do empreendimento, capaz de comprometer a qualidade ou a finalidade almejada na contratação.

A materialização da inviabilidade de se somarem os quantitativos de atestados diferentes, portanto, deve envolver a demonstração de que a execução de quantidades superiores, para cada item, exige maior capacidade operativa dos concorrentes, seja em função do aumento da complexidade técnica do objeto — em face ao acréscimo de quantidades — seja pela desproporção entre este incremento de quantitativos e o respectivo prazo para concluí-lo, bem como a capacidade gerencial para administrá-lo.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> BRASIL. TCU. Licitações e contratos: orientações básicas do TCU. 4. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 384.

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 327.

<sup>74</sup> CAMPELO; CAVALCANTE. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*, p. 301, 302.

Existe jurisprudência robusta do TCU sobre o assunto:

[...] afigura-se desarrazoada a restrição editalícia de que “a comprovação de cada qual dos serviços seja feita por um único atestado, o que, de fato, potencializa a restrição à licitação, estando, assim, em desconformidade com a jurisprudência deste Tribunal, que admite o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único, conforme a inteligência do art. 30, §§1º, 3º e 5º da Lei de Licitações”. (TCU. Acórdão nº 342/2012. Plenário. Rel. Min. José Jorge. *DOU*, 1º mar. 2012)

[...] abstenha-se, na qualificação técnica, de fixar número máximo de atestados, em consonância com o previsto nos arts. 3º, §1º, inciso I, e 30, *caput* e §3º e §5º, da Lei nº 8.666/1993, art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e com a jurisprudência do TCU, exceto quando for expressamente justificada a necessidade da exigência para a garantia da execução do contrato, a segurança e perfeição da obra ou do serviço, a regularidade do fornecimento ou o atendimento de qualquer outro interesse público. (TCU. Acórdão nº 1.678/06. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. *DOU*, 15 set. 2006)

[...] promova a readequação do subitem [...] do Edital, de modo a suprimir o estabelecimento de limite numérico para o somatório de atestados de capacitação técnico-operacional, por constituir restrição ao caráter competitivo do certame licitatório, nos termos do art. 3º, §1º, I da Lei nº 8.666/93, estando também em desacordo com o deliberado pelo E. TCU na Decisão nº 86/2001 – Plenário (TC 001.799/2000-6). (TCU. Acórdão nº 597/08. Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira. *DOU*, 14 abr. 2008)

## 119. É possível exigir atestados para a comprovação de capacidade técnico-profissional?

A capacidade técnico-profissional está relacionada ao conhecimento e experiência que os profissionais indicados detêm em face de realização de empreendimentos anteriores.

Para esse tipo de comprovação, cuja principal característica está atrelada ao intelecto do profissional, a lei veda a exigência de quantidades mínimas de serviços ou de prazos máximos de execução, sendo suficiente que o atestado se refira a “execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação”. (art. 30, §1º da Lei nº 8.666/1993)

Portanto, “a exigência de quantitativo mínimo para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional contraria o estabelecido no art. 30, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, bem como na jurisprudência deste Tribunal de Contas, conforme consta nos Acórdãos nºs 2.081/2007, 608/2008, 1.312/2008, 2.585/2010, 3.105/2010 e 276/2011, todos do Plenário”. (TCU. Acórdão nº 165/2012. Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. *DOU*, 09 fev. 2012)

Todavia, o TCU tem acolhido, em casos excepcionais devidamente justificados, a exigência de quantitativos mínimos para a comprovação de capacidade técnico-profissional:

1. A exigência de atestados de capacidade técnica emitidos em nome dos profissionais consubstancia-se em elemento de convicção para a comprovação da capacitação dos licitantes, especificamente da parte técnico-profissional.
2. Não afronta o art. 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados

e quando o objeto licitado for de natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação.

3. A exigência de certa quantidade de atestados é uma forma da Administração se certificar da experiência e aptidão das empresas em realizar o serviço a ser contratado. (TCU. Acórdão nº 492/06. Plenário. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. *DOU*, 07 abr. 2006)

## **120. É possível exigir vínculo empregatício entre o licitante e o profissional detentor dos atestados?**

O art. 30, inciso I da Lei nº 8.666/1993 institui que, para a comprovação da capacitação técnico-profissional, deve-se demonstrar que o licitante detém, em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes.

É comum encontrar exigências editalícias especificando a forma como será comprovado tal vínculo: ou mediante a apresentação de carteira de trabalho, ou do contrato social da empresa (no caso de sócio); ou de ata constitutiva da diretoria (nas Sociedades Anônimas).

Em função da própria evolução das relações trabalhistas modernas, contudo, a ligação entre o profissional detentor da proficiência técnica e a empreiteira pode ultrapassar a relação “empregado/patrão”. Essa autonomia no exercício da profissão, apesar de descaracterizar o vínculo empregatício, não afasta, de modo algum, a qualificação do detentor do atestado como integrante do quadro permanente da empresa. Comprova-se, ao contrário, a disponibilidade do profissional para assegurar o bom acompanhamento da obra.

Nesse pensamento, o vínculo empregatício propriamente dito não se faz fundamental e indispensável à garantia do cumprimento das obrigações da contratada, constituindo-se, portanto, em imperativo desnecessário e ilegal, nos moldes idealizados no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal.

Para comprovação de vínculo entre o licitante e o profissional detentor do atestado de capacidade técnica, pelo exposto, basta a existência de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, segundo o TCU:

2. A compreensão de quadro permanente contida no art. 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 deve ser que, tanto na data da entrega da proposta quanto ao longo da execução do contrato, a contratada deve contar com profissional qualificado, vinculado à empresa por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, ou que tenha vínculo trabalhista ou societário com a empresa. (TCU. Acórdão nº 141/08. Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. *DOU*, 15 fev. 2008)

9. Todavia, há que se atentar para o fato de que a Lei nº 8.666/93 não define o que seja “quadro permanente”. Assim, essa expressão poderia ser compreendida como o conjunto de pessoas ligadas à empresa de modo permanente, sem natureza eventual, por meio de vínculos de natureza trabalhista e/ou societária. Esse conceito, entretanto, reclama certa ampliação nas hipóteses em que a autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício sem afastar a qualificação do sujeito como integrante do quadro permanente, como é o caso dos profissionais da área de engenharia.

10. A exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com o profissional técnico qualificado mostra-se, ao meu ver, excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame, uma vez que o

essencial, para a Administração, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. Em outros termos, o sujeito não integrará o quadro permanente quando não estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente durante a execução do objeto do licitado.

11. A regra contida no artigo 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, não pode ser tomada em caráter absoluto, devendo-se sopesá-la diante dos objetivos que se busca alcançar com a realização das licitações, quais sejam, a garantia de observância ao princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. (TCU. Acórdão nº 2.297/05. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. *DOU*, 03 jan. 2006)

## **121. É possível exigir a visita técnica ao local da obra como condição de habilitação?**

No caso da visita técnica, o TCU considera que se faz suficiente a declaração do interessado de que visitou as obras e conhece as condições sob as quais o objeto será executado, vedando-se a necessidade da apresentação de comprovante emitido pela Administração, conforme determinação formulada a jurisdicionado:

9.7.5. Abstenha-se de inserir em seus instrumentos convocatórios cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras quando, por sua limitação de tempo e em face da complexidade e extensão do objeto licitado, pouco acrescente acerca do conhecimento dos concorrentes sobre a obra/serviço, de maneira a preservar o que preconiza o art. 3ª *caput*, e §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, sendo suficiente a declaração do licitante de que conhece as condições locais para a execução do objeto. Para os casos onde haja a imprescindibilidade da visita, evite reunir os licitantes em data e horário marcados capaz de dar-lhes conhecimento prévio acerca do universo de concorrentes. (TCU. Acórdão nº 2.150/2008. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 03 out. 2008)

Citando Campelo e Cavalcante:

[...] Não se espera que, para a construção de um túnel, uma vistoria contribua a ponto de evitar qualquer percalço no futuro. Os laudos geológicos e sondagens são muito mais representativos. Também não se presume que uma inspeção técnica de vários quilômetros de rodovia, em menos de um dia, possa acrescentar muita coisa.

Nesses casos, a visita técnica — de alcance e tempo limitado — não é de tal importância que possa justificar o risco da perda da competitividade do certame. Se pela natureza e extensão do objeto (como é o caso de um longo trecho rodoviário) a vistoria pouco acrescentar sobre o conhecimento que os licitantes têm acerca de suas obrigações, a proteção de outros valores legais, como a competitividade, moralidade e isonomia se sobrepõem à necessidade da visita. A preservação dos ideais do art. 3ª, *caput*, §1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, neste caso, torna-se obrigatória.

Não é que se deva proibir a visita. A ilegalidade está em se impedir que empresa alguma o faça por meio de simples declaração e tenha sua participação no certame desconhecida até o momento da abertura das propostas, dificultando sobremaneira conluios prévios. Nos casos em que seja comprovadamente imprescindível a visita, deve-se evitar reunir os licitantes em data e horário marcados capaz de dar-lhes conhecimento prévio acerca do universo de concorrentes.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> CAMPELO; CAVALCANTE. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*, p. 317, 318.

Importante nota deve ser feita em razão do disposto da IN-SLTI nº 02/2008, do MPOG. De acordo com o art. 19 do referido instrumento (válido para a contratação de serviços, continuados ou não, realizada por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG):

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, *quando couber*: (...)

IV – a exigência de realização de vistoria pelos licitantes, desde que devidamente *justificada no projeto básico*, a ser atestada por meio de documento emitido pela Administração. (grifamos)

Acreditamos que o conteúdo do normativo — eminentemente em função dos termos “quando couber” e “justificada no projeto básico” — esteja em sintonia com o entendimento esposado pelo TCU. A regra é a simples apresentação de documento atestando o conhecimento das condições locais de execução do objeto. Nos casos em que se demonstre a imprescindibilidade da visita, a motivação há de constar do projeto básico, elaborado por técnico capacitado técnica e juridicamente para tal. Em todos os casos, deve-se evitar o agendamento em um único local, com data e horário marcados, de tal modo a anunciar o universo de licitantes.

## **122. É possível exigir a apresentação do visto do CREA no local de execução da obra?**

O art. 69 da Lei nº 5.194/1966 dispõe que “só poderão ser admitidos nas concorrências públicas para obras ou serviços técnicos e para concursos de projetos, profissionais e pessoas jurídicas que apresentarem prova de quitação de débito ou visto do Conselho Regional da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado”.

A Constituição Federal, por seu turno, em seu art. 37, inciso XXI, impõe que somente se permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Na busca da obtenção da melhor proposta e em sintonia com os princípios fundamentais da licitação (art. 3º da Lei nº 8.666/1993), os limites devem ser os estritamente suficientes para assegurar boa feitura do objeto.

O TCU tem avaliado, nesse pano de fundo, que em termos dos princípios constitucionais sobre licitações, exigir o visto como condição de habilitação iria obstar a possibilidade de participação de uma gama considerável de interessados, mas com uma contrapartida valorativa muitíssimo limitada, em termos de “certeza” da boa execução do objeto. Qualquer empresa, afinal, pode rápida e simplesmente solicitar o “visto” em outro estado caso ganhe a licitação — se regularmente inscrita na origem. Basta fazê-lo antes da emissão da ordem de serviço.

Em exemplo de julgado:

1. Visto do Crea local na certidão de registro no Crea de origem somente é exigível por ocasião da contratação [...]
4. No caso da exigência do visto do Crea local na certidão de registro no Crea de origem dos licitantes, é pacífico o entendimento desta Corte de que o instante apropriado para atendimento de tal requisito é o momento de início do exercício da atividade, que se dá com a contratação, e não na fase de habilitação, sob pena de comprometimento da competitividade

do certame (decisões 279/1998 e 348/1999 e acórdãos 512/2002, 1.224/2002 e 1.728/2008, todos do Plenário, entre outros). (TCU. Acórdão nº 1.328/2010. Plenário. Rel. Min. André Luis de Carvalho. *DOU*, 17 jun. 2010)

### **123. Quais as principais orientações da Lei nº 8.666/1993 para fins de qualificação econômico-financeira?**

As exigências de qualificação econômico-financeira devem, sempre de forma justificada, estar adstritas aos requisitos necessários que uma empresa precisa possuir para gerenciar adequadamente o empreendimento que será licitado, bem assim ser compatíveis com a realidade do mercado no setor. O art. 31 da Lei nº 8.666/1993 limita a documentação atinente a esse item a:

- I – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- II – certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- III – garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “*caput*” e §1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Diversas são as constatações de irregularidades pelo TCU referentes a este tipo de qualificação:

- exigência, para fins de qualificação econômico-financeira, de forma cumulativa, de capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços (TCU. Acórdão nº 2.239/2012. Plenário. Rel. Min. José Jorge. *DOU*, 24 ago. 2012);
- exigência de índices contábeis para qualificação econômico-financeira mais restritivos que os usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, infringindo o art. 31, §5º, da Lei nº 8.666/93;
- exigência de índices contábeis para qualificação econômico-financeira sem a devida justificativa no processo administrativo da licitação que deu início ao certame licitatório, infringindo o art. 31, §5º, da Lei nº 8.666/93 (TCU. Acórdão nº 513/03. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. *DOU*, 26 maio 2003);
- exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios de licitações, de requisitos de capital social mínimo e garantias para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes;
- exigência de índices financeiros e contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, conforme vedação contida no §5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93 (TCU. Acórdão nº 326/2010. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. *DOU*, 05 mar. 2010);
- ausência de fundamentação para a exigência de índices econômico-financeiros mínimos ou máximos em estudo contábil que indique que tais índices foram fixados em níveis apenas o bastante para atestar que o licitante possui condições suficientes para solver suas

obrigações, a exemplo do índice de endividamento menor ou igual a 0,8, estabelecido no edital licitatório, em desacordo com as determinações desta Corte contidas na Decisão nº 1.070/2001 e nos acórdãos nº 778/2005, nº 308/2005, nº 247/2003 e nº 112/2002, todos do Plenário (TCU. Acórdão nº 1.379/06. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. *DOU*, 11 ago. 2006);

- comprovação da boa situação financeira da empresa, mediante a apresentação de índices de Liquidez Geral (LG), de Liquidez Corrente (LC) e de Solvência Geral (SG) em valores superiores a 2,0 (dois), considerado muito elevado face a doutrina contábil corrente, infringindo, pois, o art. 31, §1º e §5º, da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94, assim como o art. 3º, §1º, inciso I, da mesma Lei (TCU. Acórdão nº 2.028/06, 1ª Câmara. Rel. Min. Augusto Nardes. *DOU*, 31 jul. 2006);
- promova a reformulação do Edital, alusiva à Idoneidade Financeira, no sentido de serem incluídas disposições referentes à possibilidade de atualização do balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis por índices oficiais, quando encerrados a mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta, nos termos previstos no art. 31, inciso I da Lei nº 8.666/93 (documentação relativa à qualificação econômico-financeira);
- inclua, no processo licitatório, as justificativas para os índices de qualificação econômico-financeira exigidos, reformulando as disposições constantes do subitem 3.1.5 (Idoneidade Financeira) da minuta de edital, sendo vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, conforme o art. 31, §5º, da Lei nº 8.666/93 e jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 112/2002-TCU-Plenário; Acórdão nº 778/2005-TCU-Plenário; Acórdão nº 1519/2006-TCU-Plenário; Acórdão nº 587/2003-TCU-Plenário; Acórdão nº 1668/2003-TCU-Plenário; Acórdão nº 1898/2006-TCU-Plenário; Decisão nº 417/2002-TCU-Plenário; Decisão nº 417/2002-Plenário) (TCU. Acórdão nº 597/08. Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira. *DOU*, 14 abr. 2008);
- exigir, para efeitos de comprovação de qualificação econômico-financeira do licitante ou de garantia ao adimplemento contratual, capital mínimo ou valor do patrimônio líquido superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, considerando que tal prática contraria o disposto no art. 31, §3º da Lei nº 8.666/1993 (TCU. Acórdão nº 653/07. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. *DOU*, 23 abr. 2007);
- restrinja suas exigências para habilitação das empresas em certames licitatórios às previstas nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993, abstendo-se de exigir, conforme se verificou na Concorrência nº 02/2004: Certidão Negativa de Multas e Débitos Salariais e Declaração expedida pelo Sindicato Laboral representativo da classe preponderante, que comprove estar o licitante regular quanto à entrega das guias de INSS (TCU. Acórdão nº 2.409/2007. Plenário. Rel. Min. Marcos Vilaça. *DOU*, 23 ago. 2007).

## **124. Quais as principais orientações da Lei nº 8.666/1993 para fins de regularidade fiscal e trabalhista?**

O art. 29 da Lei nº 8.666/1993 relaciona a seguinte documentação para fins de regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso:

- I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
- II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Vale lembrar que, conforme art. 14, inciso IV do RDC, os documentos afetos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado, qualquer que seja a ordem das fases estabelecidas na licitação.

## 125. De que forma devem ser apresentados os documentos de habilitação?

O art. 32 da Lei nº 8.666/1993 autoriza a apresentação da documentação relativa à habilitação por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

Autoriza, ainda, a substituição dos documentos relacionados nos arts. 28 a 31 pelo certificado de registro cadastral a que se refere o §1º do art. 36.<sup>76</sup>

A esse respeito, cabe lembrar observação feita pelo TCU em relação ao desvio da orientação em comento:

43. Analisando-se as justificativas apresentadas no âmbito da restrição existente na Concorrência 22/2003, conclui-se que a exigência de emissão de Certificado de Registro Cadastral (CRC) pela Secretaria de Infraestrutura constitui grave restrição à competitividade e infringe o art. 32 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que prevê:

“§2º O certificado de registro cadastral a que se refere o §1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.”

44. Pelo mencionado artigo, entende-se que o CRC deve ser apresentado em substituição aos documentos dos arts. 28 a 31, relativos à habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. Ou seja, o edital não deveria prever a obrigatoriedade de apresentação do certificado além das outras documentações, uma vez que o CRC se presta para substituir o que já foi apresentado anteriormente pela mesma empresa em outras licitações. Essa prerrogativa é utilizada pela referida lei para evitar que empresas habilitadas em licitações anteriores, realizadas pelo mesmo órgão, apresentem novamente todas as documentações de habilitação, o que possibilita maior celeridade ao processo.

45. A exigência desse certificado restringe o número de empresas participantes da licitação, haja vista que aquelas licitantes que não são registradas no órgão seriam automaticamente desclassificadas, mesmo que os outros requisitos de habilitação fossem aceitos pelo órgão.

<sup>76</sup> Art. 36. Os inscritos serão classificados por categorias, tendo-se em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos arts. 30 e 31 desta Lei.

§1º Aos inscritos será fornecido certificado, renovável sempre que atualizarem o registro.

Além disso, a obrigação de apresentar o CRC constitui fator impeditivo para que as empresas que nunca participaram de licitações no órgão tentem se habilitar, já que saberiam que não seriam habilitadas. (TCU. Acórdão nº 309/2011. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. *DOU*, 14 fev. 2011)

## **126. Como evitar que licitantes que não possuam habilitação participem da fase de lances?**

A dinâmica estabelecida pela Lei nº 8.666/1993 evitava a verificação de preços de empresas que não tinham a habilitação exigida pelo fato de que esta fase antecedia a de análise das propostas.

Porém, ao seguir a lógica do pregão com a definição de fase de lances em primeiro momento, o certame conduzido com base neste regime pode gerar uma situação inusitada: determinado licitante que não preenche os requisitos de qualificação está participando da competição de preços.

Realmente, este é um dos pontos de risco do RDC, assim como do pregão. Para mitigar esse problema, visto ser tarefa complexa resolvê-lo por definitivo, foram previstos dois dispositivos relevantes:

- a) possibilidade de instituir lances intermediários,<sup>77</sup> que evita a obrigatoriedade de todos os licitantes seguirem uma empresa sem qualificação que adota postura muito agressiva de preços;
- b) exigência de declaração dos licitantes de que atendem aos requisitos de habilitação definidos no edital, conforme art. 13, inciso I do RDC.

## **127. É viável estabelecer condições de sustentabilidade como habilitação técnica dos certames?**

Para responder ao questionamento, faz-se importante ter em mente que a habilitação refere-se às qualidades dos licitantes fundamentais e imprescindíveis para que, em juízo prévio, a Administração possa garantir que o vencedor da licitação será hábil para executar o objeto. Caso não detenha essa habilidade, o produto almejado pode estar sob risco. Logo, mesmo que ofereça o melhor preço, não se tratará, por óbvio, da melhor proposta.

---

A habilitação, portanto, refere-se às mínimas qualidades exigíveis dos licitantes para garantia de execução do objeto na expectativa desejada; diz respeito à qualidade do licitante e não propriamente à qualidade do produto.

---

Feita a digressão, necessário explicitar que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal indica que só serão exigidas condições de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Por sua vez, as condições de habilitação expressas nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/1993 (aplicáveis por força

<sup>77</sup> Ver questão 86.

do art. 14 da Lei nº 12.462/2011) são exaustivas. Não existe espaço para inovação de solicitar condições não previstas em lei.

Consta também da Lei nº 12.462/2011:

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte: [...]

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC: [...]

II – poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

Apesar da remissão, no inciso II, “na forma da legislação aplicável”, não existe, ainda, lei que preveja a possibilidade de utilizar requisitos de sustentabilidade como critério de habilitação. Mesmo que houvesse, o art. 30 da Lei nº 8.666/1993 já albergaria tal possibilidade:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [...]

IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Como dito, à exceção da Lei nº 9.605/1998, inexistente lei específica com tal previsão de ampliação do rol exaustivo do art. 30. Consta da referida legislação:

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: [...]

Em regulamentação da matéria, a Resolução Conama nº 237/1997 delimitou que o Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá a licença de operação, que autoriza o desempenho da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças prévias e de instalação, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação (art. 8º da Resolução Conama nº 237/1997).

*Quer dizer que, quando cabível, faz-se possível exigir a licença ambiental respectiva do licitante. Inexistindo outra lei que o faça, entendemos ser esta a única possibilidade em matéria habilitatória.*

Quer dizer que os requisitos ambientais relativos às habilidades da contratada — como certificado ISO 14.000 —, como não expressos no rol de possibilidades da Lei de Licitações (tampouco a Lei do RDC o faz), não podem ser utilizados como critério de habilitação. Tal possibilidade só se faz viável na pontuação técnica, quando empregados os critérios de julgamento do tipo “melhor técnica e preço” ou “melhor técnica”. Nesse ponto, reproduzimos, aqui, algumas decisões do TCU que, avaliamos, fazem-se aplicáveis às licitações “tocadas” mediante o RDC:

9.1.3. Abstenha-se de incluir, nos editais de seus certames licitatórios, cláusulas em que a certificação ISO e outras semelhantes sejam empregadas como exigências para habilitação ou como critério para desclassificação de propostas; [...]. (TCU. Acórdão nº 1.612/2006. Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. *DOU*, 11 set. 2006)

9.3.3. Caso venha a prever quesito de pontuação técnica que atribua pontos à apresentação de certificado ISO9000, vincule-o tão somente à comprovação de sua validade, de modo a serem conferidos pontos unicamente ao certificado em si, de forma global pelos serviços de informática prestados pela empresa, sem estabelecer pontuação a atividades específicas; [...]. (TCU. Acórdão nº 2.008/2008. Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. *DOU*, 12 set. 2008)

9.5.2. Não exijam, como requisito para habilitação dos licitantes, a apresentação de certificados de qualidade e outros documentos que não integrem o rol da documentação exigida por lei para comprovação de capacidade técnica, nos termos do inciso II c/c o §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, abstendo-se, em especial, de exigir certificado do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade de Habitat (PBQPH), por falta de amparo legal; [...]. (TCU. Acórdão nº 2.215/2008. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. *DOU*, 10 out. 2008)

Por sua vez, as condições de sustentabilidade que digam respeito às especificações do objeto (ou às qualidades do produto) — e não às qualidades da contratada — estas sim podem ser amplamente utilizadas. Se cada contratação pública visa resolver um problema,<sup>78</sup> quando se incluiu o princípio do desenvolvimento nacional sustentável como princípio licitatório, o que se fez foi colocar a “sustentabilidade” como parte do problema a ser resolvido.

Não basta, portanto, comprar um automóvel para resolver o problema de entrega de expedientes. Há de se fazê-lo de forma sustentável. Em outra situação, projete-se uma edificação com aquecimento solar, em vez de aquecimento elétrico, ou preveja-se a utilização de “asfalto borracha”, em substituição aos outros tipos de ligantes em pavimentações.

---

Então, tendo em vista a letra constitucional e o rol exaustivo de condições habilitatórias, a sustentabilidade — como princípio licitatório — deve mirar na especificação dos objetos. Apenas a existência de lei específica autorizará a exigência de requisitos de sustentabilidade para a pessoa dos licitantes.

---

Lembramos, somente, que o princípio do desenvolvimento nacional sustentável deve conviver em harmonia com os demais princípios para a obtenção da melhor proposta, como a isonomia, a eficiência e a economicidade. A proporcionalidade deve estar sempre presente nessa análise. Especificar um “produto sustentável” que somente uma empresa detenha *know-how* para executá-lo pareceria, em princípio, um exagero que não conduziria para a “obtenção da melhor proposta”.

## **128. É possível a participação de consórcios na licitação? Houve alguma inovação? Quais os cuidados?**

O consórcio é a reunião de empresas para atuar em conjunto durante determinado período na execução de determinado objeto, sem que haja a necessidade de formalização de uma nova pessoa jurídica.

---

<sup>78</sup> Vide questão 23.

A redação da Lei nº 8.666/1993 a respeito da matéria, em seu art. 33, levava o leitor à conclusão de que a permissão para consórcio não era regra, visto que iniciava o comando com a expressão “Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio”. A jurisprudência a respeito do tema foi construída no sentido de que o gestor teria a opção da escolha, mas deveria fazer acompanhar as razões técnicas justificadas de sua decisão.

O RDC foi mais objetivo em seu art. 14, parágrafo único, ao estabelecer que “será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento”, ou seja, a regra é a autorização de participação.

Curiosamente, o regulamento incorporou a redação da Lei nº 8.666/1993 em quase todos os comandos. A nosso ver, retomou indevidamente, no art. 51, a expressão: “Quando permitida a participação na licitação de pessoas jurídicas organizadas em consórcio [...]”.

O mesmo artigo registrou, ainda, de forma similar à Lei Geral de Licitações, as seguintes condições necessárias às empresas participantes:

- I – comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
- II – indicação da pessoa jurídica responsável pelo consórcio, que deverá atender às condições de liderança fixadas no instrumento convocatório;
- III – apresentação dos documentos exigidos no instrumento convocatório quanto a cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado;
- IV – comprovação de qualificação econômico-financeira, mediante:
  - a) apresentação do somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração Pública estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até trinta por cento dos valores exigidos para licitante individual; e
  - b) demonstração, por cada consorciado, do atendimento aos requisitos contábeis definidos no instrumento convocatório; e

Outra inovação foi a possibilidade de o instrumento convocatório poder, no interesse da Administração Pública, fixar a quantidade máxima de pessoas jurídicas organizadas por consórcio. Tendo em vista que tal questão envolvia posições jurisprudenciais conflitantes no TCU, como mérito, acreditamos que a positivação dessa possibilidade viabilize uma uniformização do tema em futuros julgamentos da tese.

Observação importante foi feita no inciso V do artigo em comento, ao impedir a participação de determinada empresa, na condição de consorciada, na mesma licitação, em mais de um consórcio ou isoladamente.

## **129. De que maneira será tratada a responsabilidade e a liderança das empresas consorciadas?**

No art. 51, §1º do RDC, houve orientação para que o instrumento convocatório exija cláusula de responsabilidade solidária:

- I – no compromisso de constituição de consórcio a ser firmado pelos licitantes; e
- II – no contrato a ser celebrado pelo consórcio vencedor.

Nos parágrafos seguintes, definiu-se que, caso haja consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira. A substituição de consorciado somente será possível com a expressa autorização do órgão ou entidade contratante.

### 130. Quais fornecedores têm preferência na contratação?

O art. 38 do RDC prevê situações nas quais deverá ser dada preferência nas contratações em função do tipo de fornecedores ou de bens, serviços e obras previstos na legislação, em especial as referidas na Tabela 7.1:

**Tabela 7.1 – Tipos de fornecedores x Preferência na contratação**

Preferência/ Fundamentação	Redação legal
<p><b>Tipo de bens</b> Art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991</p>	<p>Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a:</p> <p>I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;</p> <p>II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.</p>
<p><b>Produtos</b> Art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993</p>	<p>Art. 3º</p> <p>§2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:</p> <p>I – Revogado</p> <p>II – produzidos no País;</p> <p>III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras;</p> <p>IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. §7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no §5º.</p> <p>§8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.</p> <p>§9º As disposições contidas nos §§5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:</p> <p>I – à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou</p> <p>II – ao quantitativo fixado com fundamento no §7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.</p> <p>§10. A margem de preferência a que se refere o §5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul.</p>
<p><b>Fornecedores</b> Arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006</p>	<p>Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.</p> <p>§1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.</p> <p>§2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.</p>

Em verdade, não houve inovação da Lei do RDC; somente uma ratificação do já previsto na Lei Geral de Licitações. Quer dizer que a prática ferramental para fazer valer essas preferências são idênticas às já utilizadas na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 10.520/2002.

De maneira prática, reproduzimos, a seguir, a listagem de decretos do poder executivo federal prolatados em regulamentação ao art. 3º da Lei nº 8.666/93:

Decreto nº 7.546/2011	Regulamenta o disposto nos §§5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas (margem de preferência para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, conforme).
Decreto nº 7.601/2011	Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.709/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de retroscavadeiras e motoniveladoras descritas no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (alterado pelos Decretos nºs 7.841/2012 e 8.002/2013).
Decreto nº 7.713/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de fármacos e medicamentos descritos no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.746/2012	Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP.
Decreto nº 7.756/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Alterado pelo Decreto nº 8.167/2013)
Decreto nº 7.767/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.810/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de papel-moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.812/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de veículos para vias férreas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.816/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Alterado pelo Decreto nº 7.816/2013)
Decreto nº 7.840/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 7.841/2012	Altera o Anexo I ao Decreto nº 7.709, de 03 de abril de 2012, que dispõe sobre a margem de preferência para aquisição de retroscavadeiras e motoniveladores, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Alterado pelo Decreto nº 8.002/2013)
Decreto nº 7.843/2012	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Alterado pelo Decreto nº 8.170/2013)
Decreto nº 8.002/2012	Altera o Decreto nº 7.709, de 03 de abril de 2012, e o Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.167/2013	Altera o Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.170/2013	Altera o Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.171/2013	Altera o Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.184/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.185/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de aeronaves executivas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.186/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
Decreto nº 8.194/2014	Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

## 7.1.1 VEDAÇÕES

### 131. Quem não pode participar da licitação?

Na mesma linha da Lei nº 8.666/1993, o legislador entendeu por bem inserir no art. 36 do RDC a vedação da participação direta ou indireta nas licitações:

- I – da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente;
- II – da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente;
- III – da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou
- IV – do servidor, empregado ou ocupante de cargo em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

O Decreto nº 7.581/2011, no art. 3º, §3º, autoriza a participação das “pessoas jurídicas de que tratam os incisos II e III do *caput* em licitação ou na execução do contrato como consultores ou técnicos, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço do órgão ou entidade pública interessados”.

Importante lembrar que essas restrições se aplicam a todos os casos, à exceção da contratação integrada, visto nesta ser responsabilidade do vencedor a elaboração do projeto básico. Por questão de paralelismo, caso adotado este regime, é vedada a participação direta ou indireta da pessoa que elaborar o anteprojeto de engenharia, conforme art. 3º, §1º, inciso II do Decreto nº 7.581/2011.

### 132. A empresa contratada para executar a obra pode subcontratar a autora do projeto básico para fazer o projeto executivo?

Existem decisões importantes do TCU a respeito dessa matéria, as quais, mesmo que prolatadas sob a ótica da Lei nº 8.666/1993, podem perfeitamente ser aplicadas ao RDC.

De fato, a vedação à subcontratação da autora do projeto básico pela empresa executora da obra não é tema controverso. Está claramente disposta no art. 9º, I, §3º da Lei nº 8.666/1993, e já foi questão enfrentada pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 2.006/2006-TCU-Plenário) justamente em processos relativos a obras em aeroportos. (TCU. Acórdão nº 157/2013. Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. *DOU*, 19 fev. 2013)

Ademais, o art. 9º, §1º da Lei nº 8.666/1993 permite, na licitação de obra, a participação de empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração de projeto básico ou executivo, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento. (TCU. Acórdão nº 3.156/2012. Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. *DOU*, 27 nov. 2012)

Em decisão recente, aparentemente pacificando o tema, o TCU firmou o seguinte entendimento:

- 1 – A subcontratação de autor de projeto básico pela entidade construtora para elaboração de projeto executivo afronta expressa vedação contida no artigo 9º, incisos I e II, c/c o §3º, da Lei nº 8.666/1993.

2 – De acordo com a firme jurisprudência deste Tribunal, os impedimentos às situações típicas descritas no artigo 9º da Lei nº 8.666/1993 aplicam-se não só à licitação como também à execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários. (TCU. Acórdão nº 2.746/2013-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. *DOU*, 16 out. 2013)

Contudo, não há impedimento de que a elaboração do projeto executivo seja feita pelo próprio contratado para a realização do empreendimento, conforme art. 3º, §2º, do Decreto nº 7.581/2011. Nessa situação, é imprescindível que os agentes públicos responsáveis pela condução do processo estejam amparados em projeto básico de boa qualidade, visto que pode haver interesse da empresa em alterar diretrizes de projeto a fim de se beneficiar indevidamente.

### **133. Qual o motivo da vedação da participação de determinadas pessoas em licitações?**

O motivo das restrições está relacionado ao fato de que, por serem pessoas responsáveis pela definição de todas as linhas gerais do empreendimento, bem assim da elaboração dos orçamentos detalhados do custo da obra, ou da condução do processo, poderiam gerenciar o processo em seu benefício, por deterem informações privilegiadas.

Pior ainda é a possibilidade de alterações fraudulentas de especificações e quantitativos de serviços no projeto básico da licitação, a fim de prejudicar as propostas dos demais concorrentes, tornando-as pouco competitivas e, conseqüentemente, impossibilitando a Administração de contratar a proposta mais vantajosa. Portanto, é recomendável a observância do princípio da segregação das funções: quem participa das definições dos elementos da licitação não deve atuar na fase seguinte do certame.

## **7.1.2 SOLIDARIEDADE DE FABRICANTE**

### **134. O que é carta de solidariedade do fabricante?**

Carta de solidariedade representa documento em que o fabricante se responsabiliza solidariamente ao fornecedor pelo adequado padrão de qualidade e de funcionamento do objeto.

Representa vínculo mais forte entre fabricante e vendedor do que o sistema de credenciamento, no qual a empresa credenciada atua por conta própria e promove as vendas diretamente a seus clientes, sem que haja a orientação direta do fabricante.

### **135. É possível exigir carta de solidariedade de fabricante?**

O art. 7º, III, do RDC autoriza em licitação para aquisição de bens a solicitação de carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor, desde que haja motivação a respeito dessa necessidade.

A Lei nº 8.666/1993 não previa esse tipo de exigência na relação dos requisitos suscetíveis de serem exigidos para habilitação. A jurisprudência a esse respeito foi construída com base na própria Constituição Federal que, no art. 37, estabeleceu:

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

Entendia-se que “indispensável” era apenas o que a Lei de Licitações exigia. Portanto, considerando a ausência de previsão legal até a aprovação do RDC, não haveria sentido na exigência de carta de solidariedade, conforme observava o TCU:

4. Com relação à “carta de solidariedade”, tal exigência assemelha-se ao chamado credenciamento que, segundo definição contida na Nota Técnica 3/2009 – Sefti: “é um mecanismo por meio do qual o fabricante (ou seu distribuidor credenciado) elege, mediante algum critério, entre aqueles que comercializam seus produtos, determinadas empresas para representar sua marca perante o consumidor final”.

5. O Tribunal vem rechaçando, via de regra, a exigência do credenciamento, conforme diversas deliberações, a exemplo dos Acórdãos 423/2007, 2.056/2008, 1.281/2009, 889/2010 e 2.081/2013, todos do Plenário, fundamentalmente em função da potencial restrição de competitividade que ele gera, conferindo grande poder aos fabricantes que podem, pelas mais diversas razões, escolher quais empresas podem representar e comercializar seus produtos e serviços, em detrimento de outras com capacidades técnicas equivalentes.

6. Os motivos normalmente invocados pelos gestores para a exigência do credenciamento, e neste caso concreto não foi diferente, conforme se observa nas razões de justificativa apresentadas, é de tentar garantir que a empresa contratada tenha condições efetivas de executar os serviços a contento. Ocorre que a exigência do credenciamento não representa medida eficaz para esse fim, pelos seguintes motivos destacados na Nota Técnica 3/2009-Sefti:

- não há critério técnico objetivo para o credenciamento. Há programas de credenciamento em que são utilizados critérios de natureza econômica, geográfica, de segmento de atuação. Assim, o fato de uma empresa ser credenciada não garante que ela prestará um serviço de melhor qualidade;
- o credenciamento ou não de uma empresa é medida totalmente discricionária do fabricante;
- também não há como se garantir que o contratado vá permanecer credenciado durante todo o contrato.

7. Revela-se impertinente, portanto, a exigência da apresentação de “carta de solidariedade” como requisito de habilitação no certame. (TCU. Acórdão nº 3.034/2013. Plenário. Rel. Min. Benjamim Zymler. *DOU*, 21 nov. 2013)

A restrição à competição por essa exigência está no fato de o próprio fabricante poder definir os licitantes que poderão participar da licitação, pois terão o poder de emitir a declaração para quem quiserem.

Não obstante, o próprio TCU admitia, em casos excepcionais, a exigência do referido documento:

Conforme jurisprudência desta Corte, a exigência de declaração do fabricante, carta de solidariedade, ou credenciamento, como condição para habilitação de licitante em pregão eletrônico, carece de amparo legal, por extrapolar o que determina o art. 14 do Decreto nº 5.450/2005.

Essa exigência tem caráter restritivo e fere o princípio da isonomia entre os licitantes, porque deixa ao arbítrio do fabricante a indicação de quais representantes podem ou não participar do certame. A matéria já foi discutida por este Tribunal em várias ocasiões: Decisão 486/2000 e Acórdãos 808/2003, 1670/2003, 1676/2005, 423/2007, 539/2007, 1729/2008, 2056/2008, do Plenário; 2404/2009, da 2ª Câmara, entre outros.

Não pode ser acatada a alegação dos responsáveis de que a exigência de declaração do fabricante visou a garantir à Embrapa a prestação eficiente dos serviços contratados e a qualidade da assistência técnica. Ressalto que é irregular o estabelecimento de requisitos adicionais para a fase de habilitação, além dos previstos nos arts. 27 a 31, da Lei nº 8.666/93, e 14 do Decreto nº 5.450/2005. Existem outros meios para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas, tais como pontuação diferenciada em licitações do tipo técnica e preço, exigência de garantia para execução contratual, ou ainda multa contratual.

Exigir declaração do fornecedor como requisito de habilitação somente pode ser tolerado, em casos excepcionais, quando se revelar imprescindível à execução do objeto, situação em que deverá ser tecnicamente justificado de forma expressa e pública, por ser requisito restritivo à competitividade.

Como a exigência de declaração do fornecedor não foi tecnicamente justificada de forma expressa e pública nos procedimentos licitatórios do pregão, não acolho os argumentos dos responsáveis nesse sentido. (TCU. Acórdão nº 3783/2013. Primeira Câmara. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. *DOU*, 19 jun. 2013)

O RDC, por sua vez, apesar de autorizar a exigência de carta de solidariedade, exige que a motivação do ato esteja registrada no processo de contratação. Não se trataria, portanto, de autorização ampla que pode ser exigida para qualquer tipo de bem: talvez para aqueles mais simples, como bens de consumo correntes, essa exigência perde o sentido; entretanto, para bens de maior complexidade, essa demanda passa a se inserir em contexto de maior segurança para a Administração, em especial por trazer a responsabilidade solidária do fabricante por eventuais danos causados, inclusive por impacto do mau funcionamento do bem adquirido em outros objetos.

A questão é o momento em que se exige a apresentação dessa solidariedade: na habilitação, na classificação ou após a assinatura do contrato?

Como já dito, existem produtos que, por sua especificidade, podem levar a práticas de mercado regidas por monopólios ou oligopólios, com poucas empresas hábeis a fornecê-lo. Nessa situação, ao exigir o certificado de solidariedade, pode-se estar transferindo a decisão de quem ganhará a licitação ao particular fornecedor. Afinal, é comum empresas, nesse *metier*, terem apenas um representante por região. Existiria, nessas situações, eventual disponibilidade indevida — e ilegal — do interesse público primário. Recomendamos peremptoriamente que se evite a exigência de solidariedades nessas situações.

---

Nesse sentido, de forma a abrandar o “poder” do fabricante na escolha da vencedora do certame, acreditamos que a carta de solidariedade, se imprescindível ao sucesso da contratação, deva constar como documento contratual, mas não habilitatório. Caso não apresentado em momento oportuno, aplicam-se as respectivas sanções decorrentes do inadimplemento contratual.

---

### 7.1.3 CERTIFICAÇÃO DE QUALIDADE DO PRODUTO OU DO PROCESSO DE FABRICAÇÃO

#### 136. O que é certificação de qualidade ou do processo de fabricação?

Certificação é a declaração formal emitida por organização reconhecida como competente para tal, seja por lei ou aceitação de um grupo, que atesta a conformidade de determinado requisito com os padrões esperados de comportamento, podendo ser:

- a) certificação de Processos: reconhecimento de que os processos adotados por determinada organização estão em conformidade com normas e padrões estabelecidos por organismos especializados;
- b) certificação de Produtos: reconhecimento de produtos elaborados por determinada organização estão em conformidade com normas e padrões estabelecidos por organismos especializados, como o selo INMETRO.

A certificação traduz aos consumidores que o produto ou processo ou atende a padrões mínimos de qualidade. Por esse motivo, acaba induzindo a melhoria da qualidade em setores contemplados por esses processos.

As empresas acabam aderindo a processos de certificação por diversos motivos: exigência do mercado para que os produtos atendam a graus mínimos de qualidade; criação de diferenciais competitivos em relação aos concorrentes; melhoria de qualidade de seus processos e produtos; e facilitar a propaganda de sua produção.

#### 137. Quando é possível exigir certificação de qualidade?

O art. 7º, inciso III do RDC permite a exigência de “certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada”.

Essa premissa traduz a vontade do legislador em flexibilizar e otimizar o procedimento licitatório, sem perder de vista a qualidade da contratação. Se as certificações são aceitas pelo mercado, porque não poderia a Administração Pública se valer delas para adquirir bens e serviços?

Em outra via, a exigência de certificação pode levar entidades privadas a decidir sobre quem irá ou não participar de uma licitação, em uma transferência indevida do interesse público primário. Por se tratar de possibilidade alheia ao rol até então existente nas possibilidades da Lei nº 8.666/1993, o TCU considerava ilegal tal prática.

Em verdade, a exigência de certificação de qualidade é um instrumento para conferir certeza da Administração sobre a qualidade dos produtos, em termos de parâmetros objetivos de desempenho. A certificação, apesar de não trazer absoluta certeza, permite uma avaliação antecipada daquilo que será contratado em termos de qualidade. Por esse motivo, facilita o procedimento de aquisição de produtos pela Administração por demandar menos esforço na busca por eventuais falhas daqueles que não estão certificados.

Em objetos mais comuns, como *toners* de impressora, ou canetas esferográficas, para verificar a aderência do objeto ofertado às exigências editalícias, a Administração interpõe a necessidade de apresentação “amostras”, como requisito para classificação dos licitantes; justamente para verificar o atendimento àqueles condicionantes editalícios. Caso se apresente objeto desconforme, a proposta é desclassificada.<sup>79</sup>

<sup>79</sup> Ver questões 162 a 164.

Existem verificações, contudo, em que, mesmo diante de amostras, a Administração não tem condições de realizar a devida avaliação. São exames que, via de regra, exigem equipamentos específicos e apurado rigor técnico para as suas realizações. E é nesses casos, devidamente motivados, que, entendemos, faz-se permissiva a exigência de certificados de qualidade. Em verdade, a sua ausência — e considerando a incapacidade de a Administração, por ela própria, aferir esses parâmetros qualitativos — pode comprometer a obtenção da melhor proposta, pelo oferecimento de objetos com qualidade aquém do desejado.

Embora possa se reaver o “prejuízo” após a aquisição, os procedimentos necessários para tal levarão a anos de litígios; sem que, nesse tempo, a Administração veja atendida a sua necessidade, que é a obtenção do objeto em conformidade com o especificado.

---

Em resumo, entendemos que, nos casos em que a Administração possui mecanismos, por si própria, para avaliar a aderência do produto de acordo com as exigências editalícias, por meio de amostra, não se justifica a solicitação de certificado. De outro modo, caso tal certificação seja fundamental para demonstração de compatibilidade do objeto ofertado com as especificações, e o órgão licitante não detiver os referidos mecanismos para tal verificação, a exigência faz-se fundamental para garantir a melhor proposta.

---

Existe um único contraponto: caso a certificação não seja corriqueira, eventualmente os poucos dias entre a publicação do edital e a disputa de preços não serão suficientes para que boa parte dos licitantes obtenha o documento com as “certificadoras”. Pode haver, nesse caso, um explícito direcionamento da licitação a alguma empresa que já tenha algum certificado específico. Já que outras empresas não terão tempo para obtê-lo (embora, materialmente, o seu produto se “encaixe” nas especificações), na prática, apenas um licitante concorre.

Todos esses detalhes devem ser meticulosamente avaliados pela comissão de licitação, de acordo com cada objeto a ser adquirido. Caso, motivadamente, se avalie que se faz “imprescindível” a certificação, e tal exigência seja, em algum termo, uma novidade, impera conceder prazo suficiente para as empresas obterem a devida documentação.

### **138. O que mudou na exigência de certificação em relação ao previsto na Lei nº 8.666/1993?**

Na mesma linha da carta de solidariedade do fabricante, o RDC acaba por inovar ao prever a possibilidade de exigência de certificações de produtos ou processos. A jurisprudência construída para a Lei nº 8.666/1993 não admitia tal hipótese:

6.1 É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, nos termos do Entendimento III, da Nota Técnica SEFTI/TCU 5/2010, “é vedada a exigência de certificado de qualidade de processo de software — a exemplo de CMMI ou MPS.BR — como requisito para habilitação em licitação, por ausência de previsão legal, por implicar em despesas anteriores à contratação

e desnecessárias à competição e por ferir a isonomia, restringindo injustificadamente a competição”, como se depreende dos Acórdãos nºs 2.521/2008, 1.287/2008, 2.533/2008, e 189/2009, todos do Plenário, e 5.736/2011-1<sup>o</sup>C.

6.1.1 Registro, por sua clareza, trecho do voto condutor do Acórdão nº 2.521/2008-P:

“12. Primeiro, no que se refere à impossibilidade de se exigir certificação de qualidade como requisito para habilitação em procedimentos licitatórios, penso ser correta a compreensão da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação – Sefti e consequentemente, neste ponto, cabe razão ao embargante quando alega a ocorrência de omissão no Acórdão questionado. A Lei das Licitações, no seu art. 27, estabelece que, para a habilitação, é permitido exigir dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação fiscal, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7<sup>o</sup> da Constituição.

13. A certificação de qualidade exigida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes, poderia inserir-se na qualificação técnica. No entanto, o art. 30 da Lei n.º 8.666/93 enumera os documentos que poderão ser exigidos para comprovar tal qualificação, entre os quais não se incluem os certificados de qualidade. Cabe lembrar, ademais, que o §5º do mesmo art. 30 veda exigências não previstas nessa Lei, que inibam a participação na licitação.

14. Poder-se-ia invocar, ainda, o inciso II do artigo 30 da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*: ‘II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos’. No entanto, a comprovação de aptidão para desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação, ali prevista, que possivelmente guardaria maior relação com os certificados, deve ser comprovada mediante atestados fornecidos por pessoas jurídicas devidamente registradas nas entidades profissionais competentes (§1º), nos quais constem declarações de que executaram serviços similares aos do objeto licitado, e não mediante certificados de qualidade.

15. No que tange à possibilidade constante do item IV do mesmo dispositivo legal, ou seja, ‘prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso’, é forçoso considerar que, relativamente a situações similares à presente, no âmbito federal, não foi editada lei especial que obrigue a apresentação do certificado em questão, fato que impede tal adequação.

16. Finalmente, para efeito de habilitação dos interessados, a jurisprudência predominante deste Pretório (a exemplo dos Acórdãos oriundos do Plenário nºs 808/2003 e 1355/2004), estabelece que as exigências não podem extrapolar os limites fixados na Lei n.º 8.666/93”.

6.1.2 Todavia, nos termos do Entendimento V, da Nota Técnica SEFTI/TCU 5/2010, é “possível incluir, na especificação técnica dos serviços a serem realizados, todos os resultados esperados que, segundo modelos de qualidade de processo aderentes à norma ABNT NBR ISO/IEC 15.504, tais como CMMI ou MPS.BR, caracterizam um dado nível de capacidade de processo de software, desde que tal nível reflita as escolhas estratégicas da organização para o seu processo de software e a sua real capacidade de avaliar tecnicamente os artefatos e produtos entregues” (Acórdão nº 5.736/2011-1<sup>o</sup>C).

6.1.3 É também aceita a exigência de certificações de qualidade como critério de pontuação técnica adicional, como foi aludido nos Acórdãos nºs 479/2004, 1094/2004, 2048/2006, 539/2007 e 891/2008, todos do Plenário, porém, ainda sim, como assentado no Acórdão nº 10/2008-P, desde que tais critérios guardem correlação direta com a qualidade dos serviços a serem prestados. (TCU. Acórdão nº 854/2013. Plenário. Rel. Min. José Jorge. *DOU*, 22 abr. 2013)

Vale, aqui, as mesmas ressalvas já empreendidas nos itens anteriores com relação à eventual disponibilidade do interesse público primário. Ao se solicitar certificado de solidariedade de fabricantes em mercados mais monopolistas ou oligopolistas, pode-se estar transferindo ao particular a decisão sobre quem irá ou não participar — e vencer — a licitação. Caso seja essa a característica mercadológica do objeto licitado, não recomendamos, em hipótese alguma, a utilização do novo permissivo.

## 7.2 PROCEDIMENTOS AUXILIARES

### 139. O que são procedimentos auxiliares?

Procedimentos auxiliares são aqueles criados pelo legislador a fim de otimizar os processos licitatórios em geral, mas que não possuem vínculo com apenas uma licitação. O RDC prevê quatro procedimentos auxiliares, em seu art. 29:

- I – pré-qualificação permanente;
- II – cadastramento;
- III – Sistema de Registro de Preços; e
- IV – catálogo eletrônico de padronização.

### 7.2.1 PRÉ-QUALIFICAÇÃO

#### 140. O que é pré-qualificação e como utilizá-la?

Pré-qualificação é um procedimento prévio à licitação criado pelo RDC, em seu art. 30, com o objetivo de identificar:

- I – fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e
- II – bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração Pública.

Importante notar que são dois tipos distintos de pré-qualificação: o primeiro se refere ao sujeito interessado, ou seja, a figura do futuro licitante (pré-qualificação subjetiva); e o segundo, ao objeto que a Administração pretende contratar (pré-qualificação objetiva).

Não se pode confundir a inovadora figura trazida pelo RDC com a pré-qualificação prevista no art. 114 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

A pré-qualificação da Lei Geral de Licitações é procedimento realizado no âmbito de uma licitação específica com o objetivo de antecipar parte da fase habilitatória para

análise acurada da qualificação dos interessados.<sup>80</sup> Já a homônima prevista no RDC tem por objetivo servir de lastro para quantas licitações de objetos semelhantes compatíveis foram necessárias; isto é, não há relação direta e única entre o procedimento de pré-qualificação e a licitação do objeto.

Por esse motivo, o §3º do mencionado artigo prevê que “a pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores”. A vantagem desse procedimento é inegável para a celeridade do procedimento, visto que:

- a) permite ganho de escala na avaliação de parte da documentação dos licitantes, pois é feito de um apenas, ao invés de repetidamente em cada processo;
- b) gera maior rapidez na avaliação da habilitação da proposta vencedora, com redução no prazo entre a seleção da proposta de menor preço e a assinatura do contrato;
- c) cria nas empresas maior certeza de que a aprovação de suas propostas significa uma contratação quase certa, pois grande parte da análise da habilitação já foi realizada anteriormente.

O art. 83 do Decreto nº 7.581/2011 exige a publicidade desse procedimento para que os interessados possam demonstrar o cumprimento das exigências de qualificação técnica ou de aceitação de bens, por meio de:

- I – publicação de extrato do instrumento convocatório no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e
- II – divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de publicidade de licitações ou sítio mantido pelo órgão ou entidade.

De acordo com o RDC, o procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados, sendo o prazo máximo de sua validade de um ano, com a possibilidade de atualização a qualquer tempo.

A Administração poderá optar por pré-qualificação parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação; e, ainda, realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento. Com efeito, o art. 86 do Decreto nº 7.581/2011 estabelece as seguintes exigências para esta opção:

- I – a convocação para a pré-qualificação discrimine que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados;
- II – na convocação a que se refere o inciso I do *caput* conste estimativa de quantitativos mínimos que a Administração Pública pretende adquirir ou contratar nos próximos doze meses e de prazos para publicação do edital; e
- III – a pré-qualificação seja total, contendo todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação.

<sup>80</sup> Vide, em contraponto, o Acórdão nº 2.005/2007-TCU-Plenário (Relator Marcos Bemquerer Costa. *DOU*, 28 set. 2007), em que o TCU julgou que, segundo o teor do art. 114 da Lei nº 8.666/1993, o procedimento da pré-qualificação tem cabimento quando o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, não se limitando aos bens e serviços de alta complexidade.

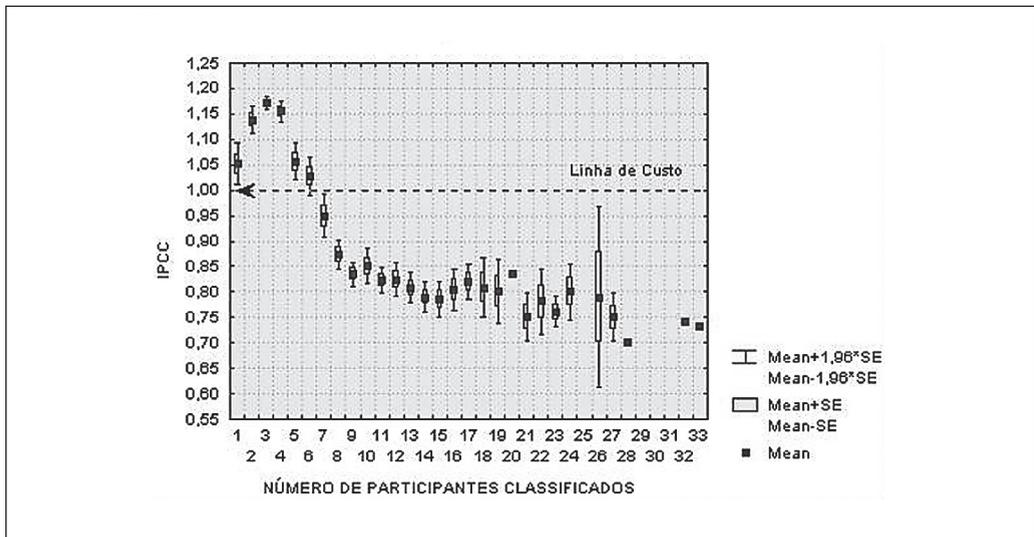
Na licitação restrita, somente será permitida a participação dos licitantes que, na data da publicação do respectivo instrumento convocatório, já tenham apresentado a documentação exigida para a pré-qualificação, ainda que o pedido de pré-qualificação seja deferido posteriormente; e estejam regularmente cadastrados. O Decreto autoriza o envio do convite por meio eletrônico a todos os pré-qualificados no respectivo segmento, sem dispensar, entretanto, o atendimento aos requisitos de publicidade do instrumento convocatório.

### 141. Quais os riscos da pré-qualificação?

Especial cuidado deverá ser adotado pela Administração quando for utilizada a pré-qualificação total e o número de licitantes aprovados for pequeno. Como todos os licitantes sabem de antemão o universo de potenciais participantes, o risco está na possibilidade de haver combinação prévia entre eles em relação a preço, visto a baixa competição e a certeza de que não haverá novos participantes na fase de apresentação de proposta.

Pereira,<sup>81</sup> em análise de mais de mil obras públicas, bem demonstrou a relação entre o número de licitantes e o desconto obtido após certame licitatório, o que pode ser visualizado na Figura 7.2:

**Figura 7.2 – Número de licitantes x Desconto em relação ao orçamento paradigma**



Como se vê, a partir de seis licitantes, com base na amostra colacionada, é que os descontos são reais. Recomendamos, assim, que somente se realizem licitações restritas aos pré-qualificados quando existir um número mínimo de concorrentes que permita a real disputa licitatória.

<sup>81</sup> PEREIRA. Ferramentas auxiliares nas auditorias de tabelas de preços. In: SÁ, Adolfo Luiz Souza de; PEREIRA, Gustavo Pimentel C. (Org.). *Auditoria de engenharia: uma contribuição do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco*. Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, 2005. p. 421.

## 7.2.2 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

### 142. O que é SRP?

O Sistema de Registro de Preços é o conjunto de procedimentos para registro formal de preços para contratações futuras, relativos à prestação de serviços, inclusive de engenharia, de aquisição de bens e de execução de obras com características padronizadas (art. 88, inciso I do Decreto nº 7.581/2011, modificado pelo Decreto nº 8.080/2013).

Jacoby Fernandes, em habilidosa reunião dos conceitos doutrinários sobre o tema, também define:

Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação para a Administração.<sup>82</sup>

O produto desse conjunto de procedimentos será uma (ou mais de uma) “Ata de Registro de Preços”, constituída pela relação de produtos e/ou serviços com quantidades, preços e fornecedores definidos, obtidos após certame licitatório válido. As contratações serão realizadas com as empresas vencedoras da licitação para cada objeto listado, sob os respectivos preços unitários pactuados, até o limite da quantidade pré-fixada, de acordo com as necessidades do órgão contratante.

Os preços registrados visam ao atendimento das necessidades recorrentes e futuras de um ou mais órgãos/entidades. As quantidades dos produtos e serviços registrados, portanto, são formadas a partir da estimativa conjunta das necessidades dos diversos participantes do processo; ou então, no caso do “Registro de Preços Nacional”,<sup>83</sup> a partir dos objetivos e metas a serem atingidos por políticas públicas no atendimento de necessidades de entes federados que vierem a aderir a Ata de Registro de Preços.

Desse modo, novamente citando o mestre Jacoby Fernandes:

- a) a Administração não está obrigada a comprar;
- b) o licitante tem o dever de garantir o preço, salvo supervenientes e comprovadas alterações dos custos dos insumos;
- c) a Administração não pode comprar de outro licitante que não seja aquele que ofereceu a melhor proposta;
- d) o licitante tem a possibilidade de exonerar-se do compromisso assumido na ocorrência de caso fortuito ou força maior, na forma preconizada, inclusive no §2º, art. 13, do Decreto nº 3.931/2001.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 30.

<sup>83</sup> Ver questão 143.

<sup>84</sup> JACOBY FERNANDES. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*, p. 31.

A Figura 7.3 apresenta exemplo de uma Ata de Registro de Preços:

**Figura 7.3 – Exemplo de Ata de Registro de Preços**

PROCESSO \*\*\*/2013

ATA DE REGISTRO DE PREÇO Nº \*\*\*/2013

O órgão \*\*\*, com sede no endereço \*\*\*, neste ato representado pelo \*\*\*, resolve, em face da melhor proposta oferecida no âmbito do Edital RDC nº \*\*\*/2013, registrar o preço da empresa abaixo nominada, classificada em primeiro lugar para o objeto da licitação, doravante denominada Fornecedor, em conformidade com a Lei nº 12.462/2011 c/c o Decreto nº 7.581/2011, mediante as cláusulas e condições a seguir:

Fornecedor: Empresa Vencedora Melhor Proposta Ltda., estabelecida no endereço \*\*\*, telefone \*\*\*, CNPJ \*\*\*, representada neste ato pelo Sr. \*\*\*, CPF \*\*\*, Identidade \*\*\*.

Cláusula Primeira: Do Objeto

Registro de Preços para o fornecimento de material de expediente, conforme especificado do edital de licitações objeto do presente certame, em anexo à presente Ata de Registro de Preços.

Cláusula Segunda: Da Vigência

2.2. A Ata de Registro de Preços terá validade de 12 (doze) meses, a contar a partir da data da sua assinatura.

Cláusula Terceira: Do Preço e Do Quantitativo

Item	Especificação	Quantidade	Preço Unitário (R\$)
1	Resma de papel A4, 75g (500 folhas), nas especificações constantes do edital de licitações RDC em anexo.	1.000	8,50

Cláusula Quarta: Do Fornecimento

4.1. As aquisições serão realizadas de acordo com as necessidades e conveniências da contratante, mediante a emissão de ordem de empenho, correspondente à solicitação de fornecimento.

4.2. O prazo de entrega do material será de 15 (quinze) dias após a emissão da ordem de empenho, no local situado no endereço \*\*\*.

4.4. O material será recebido provisoriamente, no ato da entrega, devidamente acompanhado da nota fiscal, e, definitivamente, após avaliação de conformidade com as especificações constantes do edital de licitações em anexo, em até 5 (cinco) dias úteis após a entrega.

Cláusula Quinta: Do Pagamento, Cancelamento, Penalidades e Demais Considerações

5.1. As condições de pagamento, cancelamento, penalidade de demais considerações serão realizadas nos termos do Edital RDC nº \*\*\*/2013 e da minuta de contrato anexa a esta ata.

Brasília, \*\*\* de \*\*\* de \*\*\*.

Assinam ordenador de despesas e empresa contratante.

A Ata de Registro de Preços no RDC, em razão de muitas das novidades inscritas no novo regime — especificamente quanto à definição da segunda colocada — tornou-se ainda um “cadastro reserva”, na ausência de interesse da vencedora em contratar. Veja-se o disposto no Decreto nº 7.581/2011:

Art. 98. Serão registrados na ata de registro de preços os preços e os quantitativos do licitante mais bem classificado durante a etapa competitiva.

§1º Será incluído na ata de registro de preços, na forma de anexo, o registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, excluído o percentual referente à margem de preferência, quando o objeto não atender aos requisitos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993.

§2º Se houver mais de um licitante na situação de que trata o §1º, os licitantes serão classificados segundo a ordem da última proposta apresentada durante a fase competitiva.

§3º A habilitação dos fornecedores que comporão o cadastro de reserva, nos termos do §1º, será efetuada nas hipóteses previstas no art. 62 e quando da necessidade de contratação de fornecedor remanescente, nas hipóteses previstas no art. 107.

§4º O anexo de que trata o §1º consiste na ata de realização da sessão pública, que conterá a informação dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor do certame. *(Incluído pelo Decreto nº 8.251, de 2014)*

### 143. Quando utilizar o SRP?

O SRP poderá ser utilizado para a contratação de bens, de obras com características padronizadas e de serviços, inclusive de engenharia quando, *em relação não cumulativa* (art. 89 do Decreto nº 7.981/2011):

---

**I** – pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

---

**II** – for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

---

**III** – for conveniente para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; *ou*

---

**IV** – pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração Pública.

---

Pela relevância do tema e pertinência temática com o objetivo desta publicação, a questão 148 tratará com maiores detalhes a possibilidade de utilização de SRP para a contratação de obras públicas.

Ainda com relação às possibilidades do uso do SRP, necessário definir o que vem a ser a “Compra Nacional”. O Decreto nº 8.251/2014 inclui na regulamentação do RDC tal instituto, definindo o instrumento como a “compra ou contratação de bens, serviços e obras com características padronizadas, inclusive de engenharia, em que o órgão

gerenciador conduz os procedimentos para registro de preços destinado à execução descentralizada de programa ou projeto federal, mediante prévia indicação da demanda pelos entes federados beneficiados” (art. 88, inciso VII, do Decreto nº 7.581/2011).

Assim, em exemplo elucidativo, quando alguma pasta ministerial pretender efetuar alguma transferência voluntária para o atingimento dos objetivos inscritos em alguma política pública, de modo a agilizar e padronizar as futuras contratações objeto do recurso a ser liberado, pode promover uma licitação via SRP. O estado/município, deste modo, não carecerá de realizar procedimento licitatório próprio, bastando aderir à ata do órgão federal; o que tanto agilizará a contratação, como facilitará a prestação de contas dos recursos federais repassados. Tal procedimento é recorrente em convênios realizados pelo FNDE, na aquisição de ônibus escolares, materiais didáticos e uniformes; e mesmo para a construção de creches.

#### 144. Quem organiza o SRP e quais as suas obrigações?

É chamado de *gerenciador* o órgão ou entidade pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente (art. 88, inciso III do Decreto nº 7.581/2013).

O órgão gerenciador é responsável pela prática de todos os atos de controle e administração do Sistema de Registro de Preços. Outras responsabilidades do gerenciador (arts. 92, 93 e 95 do Decreto nº 7.581/2011) estão listadas na Tabela 7.2:

**Tabela 7.2 – Obrigações do gerenciador da Ata de Registro de Preços**

(Continua)

Obrigações do gerenciador
<p>I – promover os atos preparatórios à licitação para registro de preços, o que envolve:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- a divulgação da intenção de registrar os preços com a finalidade de permitir a participação de outros órgãos ou entidades públicas;</li> <li>- caso haja interessados, a consolidação das informações relativas às estimativas individuais de demanda de cada órgão ou entidade;</li> <li>- a adequação dos termos de referência ou projetos básicos às necessidades de cada interessado, como também em termos de padronização e racionalização;</li> <li>- a realização do estudo e a pesquisa dos preços de mercado;</li> <li>- a apresentação das especificações, termos de referência, projetos básicos, quantitativos e preços estimados aos órgãos ou entidades públicas interessados, para confirmação da intenção de participar do registro de preço;</li> <li>- o estabelecimento, quando for o caso, do número de participantes, em conformidade com sua capacidade de gerenciamento;</li> <li>- a aceitação ou recusa, de forma justificada, dos quantitativos considerados ínfimos ou a inclusão de novos itens; e</li> <li>- deliberação quanto à inclusão posterior de participantes que não manifestarem interesse durante o período de divulgação da intenção de registro de preços.</li> </ul>
<p>II – verificar a possível subdivisão do objeto em lotes, sempre que comprovada a viabilidade técnica e econômica, de forma a possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.</p>
<p>III – definir os itens a serem registrados, os respectivos quantitativos e os órgãos ou entidades participantes.</p>
<p>IV – realizar todo o procedimento licitatório.</p>

(Conclusão)

V – providenciar a assinatura da ata de registro de preços.
VI – encaminhar cópia da ata de registro de preços aos órgãos ou entidades participantes.
VII – gerenciar a Ata de Registro de Preços, indicando os fornecedores que poderão ser contratados e os respectivos quantitativos e preços, conforme as seguintes regras:  - quando solicitado, o órgão gerenciador indicará os fornecedores que poderão ser contratados pelos órgãos ou entidades participantes ou aderentes, e os respectivos quantitativos e preços, conforme a ordem de classificação (art. 103);  - o órgão gerenciador observará a seguinte ordem quando da indicação de fornecedor aos órgãos participantes: a – o fornecedor registrado mais bem classificado, até o esgotamento dos respectivos quantitativos oferecidos; b – os fornecedores registrados que registraram seus preços em valor igual ao do licitante mais bem classificado, conforme a ordem de classificação; e c – os demais fornecedores registrados, conforme a ordem de classificação, pelos seus preços registrados.  OBS: No caso de solicitação de indicação de fornecedor por órgão aderente, o órgão gerenciador indicará o fornecedor registrado mais bem classificado e os demais licitantes que registraram seus preços em valor igual ao do licitante mais bem classificado.  OBS: Os órgãos aderentes deverão propor a celebração de contrato aos fornecedores indicados pelo órgão gerenciador seguindo a ordem de classificação.  OBS: Os órgãos aderentes deverão concretizar a contratação no prazo de até trinta dias após a indicação do fornecedor pelo órgão gerenciador, respeitado o prazo de vigência da ata.
VIII – manter controle do saldo da quantidade global de bens e serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes, observado o limite estabelecido no instrumento convocatório. <sup>85</sup>
IX – aplicar eventuais sanções que decorram do processo licitatório, do descumprimento da ata ou dos respectivos contratos.
X – conduzir eventuais negociações dos preços registrados, quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, oportunidade em que se convocarão os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado (art. 105).  OBS: Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.  OBS: A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação original.
XI – anular ou revogar o registro de preços.
XII – realizar todos os atos de controle e administração do SRP.
XIII – avaliar, trimestralmente, a compatibilidade entre o preço registrado e o valor de mercado aplicado.  OBS: Caso constatado que o preço registrado é superior ao valor de mercado, ficarão vedadas novas contratações, até a negociação com os fornecedores, para abaixamento do preço (art. 105).
XIV – No caso de compra nacional, o órgão gerenciador promoverá a divulgação da ação, a pesquisa de mercado e a consolidação da demanda dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 92, §3º, do Decreto nº 7.581/2011).
XV – autorizar, excepcional e justificadamente, a prorrogação do prazo previsto no §4º do art. 103 do Decreto nº 7.581/2011, <sup>86</sup> respeitado o prazo de vigência da ata, quando solicitada pelo órgão aderente.
XVI – realizar pesquisa de mercado para identificação do valor estimado da licitação e consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes, inclusive nas hipóteses previstas no §3º do art. 92 e no §2º do art. 96 do Decreto nº 7.581/11.

<sup>85</sup> Ver tópico “Existe uma quantidade máxima para os ‘coronas’?”.

<sup>86</sup> §4º Os órgãos aderentes deverão concretizar a contratação no prazo de até trinta dias após a indicação do fornecedor pelo órgão gerenciador, respeitado o prazo de vigência da ata.

## 145. Quem são os órgãos participantes no RDC e quais suas responsabilidades?

*Participante* é o órgão ou entidade da Administração Pública que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integre a ata de registro de preços (art. 88, inciso IV do Decreto nº 7.581/2011). A presença de outros órgãos/entidades na licitação, para aquisição das mesmíssimas especificações, é, na realidade, um dever de eficiência e economicidade. Eficiência porquanto minimiza a burocracia necessária às contratações; em vez de três licitações, para três órgãos, faz-se apenas uma (afora a possibilidade de prever *aderentes*);<sup>87</sup> e economicidade em face do esperado ganho de escala, capaz de viabilizar melhores preços à contratante. Daí a necessidade de, anteriormente à publicação do edital, o gerenciador divulgar sua intenção de registrar os preços; justamente para permitir a participação de outros órgãos ou entidades públicas com mesmas necessidades.

Nos termos do art. 96 do Decreto nº 7.581/2011, os participantes possuem as obrigações relacionadas na Tabela 7.3:

**Tabela 7.3 – Obrigações do participante da Ata de Registro de Preços**

Obrigações do participante
I – consultar o órgão gerenciador para obter a indicação do fornecedor e respectivos quantitativos e preços que poderão ser contratados;
II – fiscalizar o cumprimento dos contratos que celebrarem;
III – aplicar eventuais sanções que decorrerem: - do descumprimento da ata de registro de preços, no que se refere às suas demandas; e - do descumprimento dos contratos que celebrarem, ainda que não haja o correspondente instrumento;
IV – realizar todo o procedimento licitatório (à exceção de compra nacional, quando poderá aderir à “Ata de Registro de Preços Nacional”); e
V – informar ao órgão gerenciador: - as sanções que aplicarem; e - o nome do responsável pelo acompanhamento e fiscalização dos contratos que celebrarem.

No caso de uma demanda de inclusão de novo item por órgão participante, na anuência do gerenciador, caberá ao participante demandante a elaboração da especificação ou termo de referência objeto da solicitação como, ainda, a respectiva pesquisa de mercado (§4º do art. 96 do Decreto nº 7.581/2011).

Nas “compras nacionais”, utilizadas em programas e políticas federais, os entes federados equivalem-se a participantes, apesar de não se obrigarem a adesão da ata no uso de recursos federais repassados. Eis o novo conceito albergado pelo Decreto nº 8.251/2014:

VI – órgão participante de compra nacional – órgão ou entidade da administração pública que, em razão de participação em programa ou projeto federal, é contemplado no registro de preços independentemente de manifestação formal;

<sup>87</sup> Ver tópico “O que são os não participantes, aderentes ou ‘coronas’?”.

Em razão de tais peculiaridades, o Decreto nº 8.251/2014 incluiu novos dispositivos no Decreto nº 7.581/2011:

§3º Os entes federados participantes de compra nacional poderão utilizar recursos de transferências legais ou voluntárias da União, vinculados aos processos ou projetos objeto de descentralização e de recursos próprios para suas demandas de aquisição no âmbito da ata de registro de preços de compra nacional. (...)

§5º Caso o órgão gerenciador aceite a inclusão de novas localidades para entrega do bem ou execução do serviço, o órgão participante responsável pela demanda elaborará, ressalvada a hipótese do §3º do art. 92,<sup>88</sup> pesquisa de mercado que contemple a variação de custos locais ou regionais.

## 146. O que é o órgão “aderente”, “não participante” ou “carona”?

*Aderente* é o órgão ou entidade da Administração Pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, adere a uma ata de registro de preços (art. 88, inciso V). No regulamento geral (Decreto nº 7.892/2013) é o chamado “*não participante*”, com mesmíssima definição. No jargão comum, é o chamado “carona”.

Na prática, quando um órgão ou entidade deseja realizar uma aquisição ou contratar um serviço, deve promover a pesquisa sobre a existência de atas de registro de preços, ainda válidas, com especificações que atendam seus interesses. Feito o estudo acerca da vantagem do preço registrado, em comparação com a realidade do mercado local, o “carona” solicita autorização ao gerenciador para aderir à Ata. O órgão gerenciador, por sua vez, conforme a previsão editalícia e de acordo com o controle de quantitativos já contratados por outros aderentes,<sup>89</sup> autorizará ou não a adesão (art. 95, inciso VII). Finalmente, quando autorizada a contratação pelo gerenciador, as responsabilidades do aderente são as mesmas dos órgãos participantes.

## 147. Existe alguma diferença entre o Registro Preços no RDC e no regime geral?

O Registro de Preços no RDC é regido pelo Decreto nº 7.581/2011, em regulamentação à Lei nº 12.462/2011. Por sua vez, o Decreto nº 7.892/2013 regulamenta a Lei nº 8.666/1993. Embora muitíssimo semelhantes, existem algumas nuances em um e outro regulamento a exigir máxima atenção.

Primeiramente, a própria lei que lastreará toda a licitação (Lei Geral de Licitações, Lei do Pregão ou RDC), como também as responsabilidades por todo o transcorrer dos contratos será distinta. Em exemplo de consequência direta, já com impacto editalício, algumas novidades em matéria licitatória, como o sigilo do orçamento, os regimes aberto ou fechado, a contratação integrada, a remuneração variável, entre outras, só poderão ser utilizadas nos Registros de Preços regidos pelo RDC. Aliás, só poderá se utilizar do regime nas situações delineadas no art. 1º da Lei nº 12.462/2011.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> §3º No caso de compra nacional, o órgão gerenciador promoverá a divulgação da ação, a pesquisa de mercado e a consolidação da demanda dos órgãos e entidades da Administração Direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

<sup>89</sup> Ver tópico “Existe uma quantidade máxima para ‘caronas’?”.

<sup>90</sup> Ver tópico “Para quais licitações o RDC poderá ser utilizado?”.

Até a edição do Decreto nº 8.251/2014, existiam, todavia, quatro diferenças que, pelo maior impacto, destacamos nesta publicação, de acordo com a Tabela 7.4:

**Tabela 7.4 – Diferenças entre o SRP no Decreto nº 7.581/2011 e no Decreto nº 7.892/2013**

Decreto nº 7.581/2011 (RDC)	Decreto nº 7.892/2013 (Geral)	Consequência
<p>Art. 88. [...]</p> <p>I – Sistema de Registro de Preços – SRP – conjunto de procedimentos para registro formal de preços para contratações futuras, relativos à prestação de serviços, <i>inclusive de engenharia</i>, de aquisição de bens e de <i>execução de obras</i> com características padronizadas.</p>	<p>Art. 2º [...]</p> <p>Sistema de Registro de Preços – conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras.</p>	<p>O Decreto nº 8.080/2013, que alterou o Decreto nº 7.581/2011, incluiu diretamente a possibilidade de se licitarem obras de engenharia pelo regime de preços. Tal possibilidade, pelo menos formalmente, não consta do rol de possibilidades inscritas no Regime Geral.</p>
<p>Art. 88.</p> <p>IV – órgão participante – órgão ou entidade da Administração Pública que participe dos procedimentos iniciais do SRP e integre a ata de registro de preços.</p>	<p>Art. 2º</p> <p>IV – órgão participante – órgão ou entidade da Administração Pública Federal que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços</p>	<p>No RDC, faz-se permitido que um ente municipal (ou estadual, ou distrital) seja considerado como participante; no Regime geral, não.</p>
<p>Art. 102. [...]</p> <p>§3º A quantidade global de bens ou de serviços que poderão ser contratados pelos órgãos <i>aderentes e gerenciador</i>, somados, não poderá ser superior a <i>cinco</i> vezes a quantidade prevista para cada item e, no caso de <i>obras</i>, não poderá ser superior a <i>três</i> vezes.</p>	<p>Art. 22. [...]</p> <p>§4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das <i>adesões</i> à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, <i>ao quántuplo</i> do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem.</p>	<p>No RDC, a quantidade total de itens a serem adquiridos (aderentes + gerenciador) não pode ultrapassar cinco vezes a quantidade editalícia. No Regime Geral, a limitação de “cinco vezes” é somente para os “caronas” (não incluindo as quantidades da gerenciadora). A consequência prática é que o fornecedor, no RDC, venderá “5x” a quantidade do edital; e no regime geral “6x”. No caso de obras do RDC, “3x”.</p>
<p>Art. 90. A licitação para o registro de preços:</p> <p>I – poderá ser realizada por qualquer dos modos de disputa previstos neste Decreto, combinados ou não;</p> <p>II – ocorrerá utilizando-se critério de julgamento menor preço ou maior desconto; e</p> <p>III – será precedida de ampla pesquisa de mercado.</p>	<p>Art. 7º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, ou na modalidade de pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado.</p> <p>§1º O julgamento por técnica e preço poderá ser excepcionalmente adotado, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade.</p>	<p>No regulamento mais novo (o Decreto nº 7.892/2013), admite-se, mesmo que excepcionalmente, a utilização do critério de julgamento “técnica e preço”. No RDC especifica-se, unicamente, o menor preço ou maior desconto.</p>

A primeira questão refere-se à participação direta de entes municipais e estaduais nos Registros de Preços. No decreto mais moderno, o de nº 7.892/2013, tal possibilidade era vedada — e o regulamento do RDC é silente sobre o assunto. A relevância dessa questão está na possibilidade de haver impacto nos certames então realizados no âmbito dos órgãos federais que recorrentemente registram preços para o adimplemento de políticas públicas (nas áreas de educação, por exemplo, em convênios para fornecimento de uniformes, material escolar, ônibus, computadores, etc.; ou na saúde, no registro de remédios; ou na área de segurança, ao se registrar coletes a prova de balas, viaturas, etc.). Entendemos que no regime geral as aquisições pelos entes que não fossem da União só se fazia possível na qualidade de “não participantes” — ou “aderentes no RDC”; ou simplesmente “caronas”.

O Decreto nº 8.251/2014 veio a corrigir tal paradoxo. Imprimiu novo texto ao inciso IV do Decreto nº 7.892/2013, definindo como participante “o órgão ou entidade da administração pública que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços” (exclui o termo “administração pública federal” pelo termo “administração pública”). Tal providência foi necessária para conferir legalidade às “compras nacionais” (feitas ou não por meio do RDC).

A segunda questão impactante é a previsão de contratação de obras pelo Sistema de Registro de Preços, incluída pelo Decreto nº 8.080/2013. Até então a jurisprudência do TCU era assente no sentido de que a Lei nº 12.462/2013 somente poderia especificar a utilização do Registro de Preços para a contratação de serviços ou aquisição de bens (*vide* Acórdãos nºs 296/2007-Segunda Câmara e 2006/2012-Plenário). O Decreto nº 7.892/2013 alinhava-se a essa orientação. Desse modo, pode-se aventar eventual novidade regulamentar ou, até mesmo, ilegalidade do Decreto nº 8.080/2013. Pela especificidade do assunto, discutiremos a matéria na questão 148 — “É permitida a licitação de obras pelo SRP?”.

Quanto à terceira questão, sobre as quantidades máximas que serão vendidas pelo vencedor da licitação, o Regime Geral posterior ampliou as possibilidades do RDC. No Regime Diferenciado de Contratações Públicas, as quantidades somadas dos “caronas” e da gerenciadora não podiam ultrapassar cinco vezes o total constante de cada item na ata (para obras, três vezes). No Decreto nº 7.892/2013, tal limite foi especificado somente para as adesões. Na prática, no Regime Geral o fornecedor poderá vender até “6x” a quantidade licitada. No RDC, apenas “5x” (“3x” para obras).

Finalmente, sobre a pretensa inviabilidade de utilizar a técnica e preço nos regimes de preço do RDC, abordaremos o tema na questão 157 — “Pode-se licitar um SRP por técnica e preço?”.

## 148. É permitida a licitação de obras mediante o SRP?

Até agosto de 2013, o Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta o RDC, trazia a seguinte redação:

Art. 89. O SRP/RDC poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I – quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II – quando for mais conveniente a *aquisição de bens* com previsão de entregas parceladas ou *contratação de serviços* remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

- III – quando for conveniente a *aquisição de bens* ou a *contratação de serviços* para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e
- IV – quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração Pública. (grifos nossos)

A letra do regulamento nada falava sobre obras. Especificava, somente, a viabilidade da contratação de serviços ou aquisição de bens sob o Sistema de Registro de Preços. Mesma limitação é trazida no Decreto nº 7.892/2013:

Art. 1º As *contratações de serviços e a aquisição de bens*, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços – SRP, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I – Sistema de Registro de Preços – conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras; [...]

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I – quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II – quando for conveniente a *aquisição de bens* com previsão de entregas parceladas ou *contratação de serviços* remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III – quando for conveniente a *aquisição de bens* ou a *contratação de serviços* para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV – quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração. (grifos nossos)

Não existia, portanto, previsão alguma da utilização desse instituto para a contratação de obras.

Como novidade, em 20 de agosto de 2013, publicou-se o Decreto nº 8.080/2013, que modificou o Decreto nº 7.581/2011, de forma decisiva. Eis a nova redação conferida ao regulamento do RDC, em seu art. 88:

I – Sistema de Registro de Preços – SRP – conjunto de procedimentos para registro formal de preços para contratações futuras, relativos à prestação de serviços, *inclusive de engenharia*, de aquisição de bens e de *execução de obras* com características padronizadas

Houve, ainda, o acréscimo do parágrafo único ao art. 89:

Parágrafo único. O SRP/RDC, no *caso de obra*, somente poderá ser utilizado:

I – nas hipóteses dos incisos III ou IV do *caput*; e

II – desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) as licitações sejam realizadas pelo Governo federal; (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

b) as obras tenham projeto de referência padronizado, básico ou executivo, consideradas as regionalizações necessárias; e

c) haja compromisso do órgão aderente de suportar as despesas das ações necessárias à adequação do projeto padrão às peculiaridades da execução.

É pertinente, nesse contexto, a discussão a respeito da legalidade do novo dispositivo. Para tanto, fundamental se empreender um viés teleológico. Quando se delineou a “aquisição de bens” ou a “prestação de serviços” para a utilização do SRP, o princípio albergado não foi outro, senão o da “obtenção da melhor proposta”. Quando existem outros órgãos participantes no certame — e principalmente quando se autoriza a participação dos “caronas” — há de caber uma padronização no objeto capaz de tanto viabilizar uma uniformização das propostas dos fornecedores, quanto atender as diversas necessidades dos múltiplos adquirentes possivelmente interessados em realizar contratações a partir da ata licitada.

Conforme destacado durante toda esta publicação, toda contratação visa atender a uma necessidade específica. A economicidade da contratação, inclusive, decorrerá dessa necessidade. A melhor proposta será, então, em função do caso concreto, o menor preço, a melhor técnica, ou a melhor técnica e preço, que atenda a um problema específico. Possivelmente, um automóvel popular não atenderá a demanda de transportar a autoridade máxima de um órgão para compromissos oficiais. Diante de um objeto padronizado, com especificações bem conhecidas, os interessados poderão, de acordo com aquelas particularidades do objeto, avaliar se suas necessidades serão atendidas. Aquisições de papel, canetas, microcomputadores, móveis de escritório, grampeadores, lâmpadas, *toners* de impressora, todos são típicos de objetos licitados mediante o SRP. Em qualquer localidade, o adquirente tem condições de verificar se suas demandas serão atendidas; e o fornecedor de manter o seu preço.

Se, todavia, em razão de tamanha elasticidade de condições, o fornecedor não tiver condições, com margem aceitável de riscos, de oferecer preço para diversos adquirentes, não se faz adequada a utilização do SRP. Quando os preços forem oferecidos para uma condição muito específica, do mesmo modo, não há como garantir que aquela licitação particular redundará na melhor proposta para outra contratação, em outras condições distintas. Como consta do voto condutor das discussões no âmbito do TCU:

De outro modo, objetos não padronizáveis ensejam uma altíssima imponderação em termos de satisfação das necessidades pelo adquirente. Seja porque o problema é muito específico, seja porque não viabiliza a oferta de um justo preço que atenda a todos os interessados. Em consequência, uma “licitação universal” não oferecerá uma contratação geral vantajosa. (TCU. Acórdão nº 2.600/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 04 out. 2013)

É certo, nesse diapasão, que uma obra, em razão das características do terreno, clima, preços dos materiais, distâncias de transporte, dentre outros intervenientes, não possuem essa padronização imediata. Por isso, sabiamente, não se previu inicialmente a utilização do SRP para obra, até a inovação trazida pelo Decreto nº 8.080/2013.

Em caso concreto debatido no TCU, todavia, discutiu-se registro de preços promovido pelo Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação (FNDE) para a construção de creches em todo o país. Na licitação em escopo, segundo a Egrégia Corte Federal de Contas, concebeu-se um engenhoso modelo que, em seu mérito, tanto viabilizou uma padronização de propostas capaz de possibilitar a formação de preços dos particulares, como permitiu que os possíveis adquirentes analisassem a vantagem da escolha, frente a suas necessidades específicas. Adequado, mais uma vez, continuar a transcrição do voto emitido no acórdão que cuidou desse caso concreto:

A novidade no caso concreto é que a modelagem da licitação foi engenhosamente concebida, de maneira a possibilitar, sim, uma padronização de propostas para as creches. Todos os componentes do objeto que pudessem variar irrelevantemente de um terreno para outro foram expurgados da obra em si, transmutando-se em itens individuais na ata licitada. Muros, momentos de transporte para mobilização, vias de acesso, furos de sondagens, etc., foram licitados mediante quantitativo global estimado, “por fora” das creches tipo “B” e “C”. Significa que para cada contrato a ser firmado, serão avaliados o quanto desses serviços individuais da ata serão necessários; e a adesão far-se-á, somente, com o suficiente para a execução de cada obra em si. Logo, cada contratação, de fato, terá um valor diferente.

Pela regionalização dos lotes, ainda, os problemas ambientais foram mitigados. Também não haverá grandes volumes de terraplenagem — principal componente de variação — tendo em vista que para o repasse de recursos pelo Governo Federal deve se demonstrar que o terreno encontra-se, já, terraplenado. Para as fundações, considerando que se trata de edificações térreas, com cargas bastante moderadas provindas da superestrutura, a regra deve ser um radier, independentemente do tipo de terreno. Se não o for, o risco é pequeno, em termos de custos globais, o que, por sua vez, está limpidamente inscrito nas regras do certame, como responsabilidade da contratada. Creio, então, que se faz viável precificar de forma justa as edificações — até mesmo em razão de sua baixa complexidade e porte —, mesmo em face dessa imponderação geotécnica existente.

Aliás, entendo que esse maior direcionamento de riscos para os particulares — *viabilizada pela utilização da contratação integrada*, o que comentarei mais adiante neste voto — foi o determinante para que se pudesse falar em “padronização da obra”. Em verdade, licitou-se um anteprojeto. Caberá à contratada (por meio de um projeto de compatibilização), elaborar as soluções relativas à metodologia construtiva e aplicar o seu diferencial tecnológico para tirar vantagens competitivas no certame. E a presente licitação realmente propicia a competição metodológica e tecnológica entre as empresas.

Logo, no caso em estudo, não tenho dúvidas que se demonstrou a viabilidade de se estabelecer uma padronização de contratação, que autorize uma vantajosidade global aos futuros interessados. Nesse teor, penso que o mens legis do dispositivo questionado foi plenamente atendido. A licitação em escopo teve o poder de escolher a melhor proposta para as contratações que fruem desse processo.

Se foi demonstrado, nesta situação específica, a viabilidade de se padronizar uma obra (em verdade, se padronizar um anteprojeto), de modo que diversos adquirentes, em diferentes localidades, possam se certificar que se trata de uma proposta vantajosa, em outros casos — pelo menos em tese — esse fim igualmente pode ser atendido. Reconheço, de novo, que a matéria ainda será esmerilhada pela própria evolução jurisprudencial deste Tribunal. Pelo menos com relação ao caso concreto, todavia, *não identifico uma ilegalidade direta e inequívoca a justificar a anulação das presentes licitações por ausência de previsão legal*. (TCU. Acórdão nº 2.600/13. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 04 out. 2013, grifos nossos)

Na situação específica analisada pelo TCU, o relator avaliou que a utilização da contratação integrada foi essencial na viabilização de uma distribuição de riscos objetiva e específica para permitir a realização da licitação com o anteprojeto de engenharia. Certamente que se a obra fosse executada em outro local, soluções de engenharia específicas haveriam de ser tomadas, com a mudança no projeto inicial. Em verdade, o projeto, nessas condições, adquire feições de um anteprojeto; e nenhum dos outros regimes de execução contratual — que não a contratação integrada — permite a licitação de obras com base, somente, no anteprojeto.<sup>91</sup>

<sup>91</sup> Vide Parte II desta publicação: “A contratação integrada”.

## 149. Existe uma quantidade máxima para os “caronas”?

A indefinição de quantidades para aquisições provenientes de entes não participantes no certame já vinham sendo recorrentemente repreendidas pelo TCU. Em alguns casos, os fornecedores poderiam multiplicar por cem as quantidades para as quais ofereceram preço. Não havia, para a Administração, o respectivo ganho de escala dessa reprodução ilimitada de fornecimentos. Essa delimitação, além de afrontosa à isonomia do certame, atenta para a eficiência e moralidade exigidas da disputa. Eis algumas decisões sobre o assunto:

Num sistema de registro de preços, a Administração estima quantidades máximas e mínimas. Posteriormente, estará autorizada a contratar as quantidades que forem adequadas à satisfação das necessidades coletivas. Isso não significa discricionariedade na fixação de quantitativos, tal como se apontará abaixo. *Não se admitem quantificações indeterminadas nem a remessa da fixação do quantitativo à escolha subjetiva da Administração.* [...]

Ou seja, o sistema de registro de preços não pode gerar a ampliação dos custos de transação para o particular. A incerteza sobre quantitativos mínimos e máximos se reflete no afastamento dos empresários sérios e na elevação dos preços ofertados à Administração. Basta um pequeno exemplo para evidenciar o problema. É possível formular um juízo aplicável a qualquer objeto, numa sociedade industrial razoavelmente desenvolvida. Trata-se do princípio da escala, que significa que quanto maior a quantidade comercializada tanto menor o preço unitário dos produtos fornecidos. Assim, o preço unitário não será o mesmo para fornecer um quilo de açúcar ou dez toneladas. Se não for estabelecido um lote mínimo para requisição, o particular se verá num dilema econômico invencível. Seus custos serão diversos em função das quantidades. O resultado será a formulação de preços médios. Logo, sempre que a Administração formular requisição de lotes de maior dimensão, acabará pagando valor superior ao que poderia ter obtido — se o licitante dispusesse da informação sobre a dimensão dos lotes. (TCU. Acórdão nº 1.100/2007. Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. *DOU*, 11 jun. 2007)

9.2. Determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que: [...]

9.2.2. Adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão. (TCU. Acórdão nº 1.487/2007. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 03 ago. 2007, grifos nossos)

Em regulamentação aderente à jurisprudência do TCU, assim, a orientação do Decreto nº 7.581/2013 RDC foi vazada nos seguintes termos:

Art. 102. O órgão ou entidade pública responsável pela execução das obras ou serviços contemplados no art. 2º que não tenha participado do certame licitatório, poderá aderir à ata de registro de preços, respeitado o seu prazo de vigência. [...]

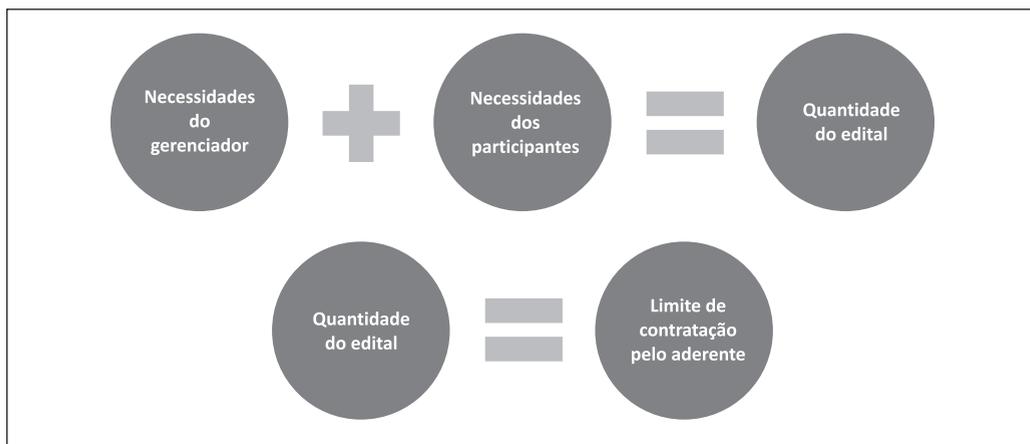
§2º Os órgãos aderentes não poderão contratar quantidade superior à soma das estimativas de demanda dos órgãos gerenciador e participantes.

§3º A quantidade global de bens ou de serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes e gerenciador, somados, não poderá ser superior a cinco vezes a quantidade prevista para cada item e, no caso de obras, não poderá ser superior a três vezes. (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013, grifos nossos)

Quer dizer que, em regra, a quantidade editalícia, para cada item, será o somatório das necessidades do órgão aderente e dos demais participantes. Para os “caronas”, o fornecedor poderá vender, no máximo, quatro vezes essa quantidade (considerando que o §3º limitou as quantidades somadas de “aderentes e gerenciador” a cinco vezes); e a responsabilidade pelo zelo desse limite será do órgão gerenciador (art. 95 do Decreto nº 7.892/2011). Para cada órgão ou entidade aderente, ainda, o volume máximo a ser contratado é a quantidade editalícia — ou seja, a soma das expectativas do gerenciador e dos participantes.<sup>92</sup>

O edital de licitações, finalmente, deve prever *explicitamente* se serão ou não autorizados órgãos aderentes, como também a quantidade máxima permitida para essas novas adesões, conforme ilustra a Figura 7.4:

**Figura 7.4 – Limites para adesão de “caronas”**



## 150. Qual o prazo de validade de uma Ata de Registro de Preços?

No RDC, como também no regime geral, regulamentado pelo Decreto nº 7.892/2013, o prazo de validade da ata é de 12 meses. Os contratos dela decorrentes devem ser assinados dentro desta validade:

Art. 99. A ata de registro de preços obriga os licitantes ao fornecimento de bens ou à prestação de serviço, conforme o caso, observados os preços, quantidades e demais condições previstas no instrumento convocatório.

<sup>92</sup> Chamamos atenção, aqui, para a diferença de limites de quantidades no “Regime Geral” (Decreto nº 7.892/2013) e no RDC (Decreto nº 7.581/2011), como visto na questão 147. No primeiro, a quantidade total que poderá ser vendida pelo vencedor da ata é de “6x” a quantidade editalícia. No segundo, “5x” (ou “3x” para obras”).

Parágrafo único. O prazo de validade da ata de registro de preços será definido pelo instrumento convocatório, *limitado ao mínimo de três meses e ao máximo de doze meses*. (grifos nossos)

A novidade no RDC, com relação ao então regulamentado pelo Decreto nº 7.892/2013, é o prazo de validade mínimo de três meses.

### **151. Os quantitativos contratados mediante o SRP poderão sofrer acréscimos?**

Os contratos decorrentes do SRP *não poderão sofrer acréscimos*. Eis o teor do art. 100 do decreto regulamentador:

§1º Os contratos decorrentes do SRP/RDC não poderão sofrer acréscimo de quantitativos.

§2º Os contratos decorrentes do SRP/RDC poderão ser alterados conforme as normas da Lei nº 8.666, de 1993, ressalvado o disposto no §1º.

Aqui, nenhuma novidade, também, ao regulamentado no art. 12 Decreto nº 7.892/2013, no regime geral:

§1º É vedado efetuar acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o §1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Fazemos uma ressalva para fatos supervenientes que, por imprevisíveis (ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis), na ausência de culpa da contratada, tenham o potencial de ensejar o inadimplemento do contrato. Neste caso, mesmo que se imponha uma revisão contratual quantitativa, a revisão do contrato — entendemos — far-se-á obrigatória. A possibilidade é real; ainda mais com a abertura regulamentar para a contratação de obras sob o SRP. Nessas situações, não verificamos interesse público que se sustente na limitação da regra. O peso constitucional da revisão contratual será imposto à limitação regulamentar.

### **152. É obrigatória a contratação via SRP quando houver ata de Registro de Preços?**

Vale, aqui, uma visão do que caracteriza o poder discricionário do gestor. Tal poder envolve, dentre os múltiplos caminhos que se inserem em determinada solução, a perseguição daquele que atenda da melhor forma o maior interesse público. E a trilha para atingir esse dever de finalidade percorre uma demonstração de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. Como “poder-dever”, significa que, uma vez demonstrado esse “melhor caminho”, a conduta deixa de ser discricionária para tornar-se vinculada.

Nesse sentido, caso haja a necessidade e interesse em licitar determinada aquisição ou contratação de serviço, há de se perquirir se existem atas de registro de preços com especificações que atendam o interesse daquele ente público específico; porque se houver, a depender da vantajosidade de preço (em estudo obrigatório), em dever de eficiência, a solicitação de adesão torna-se obrigatória; a não ser que se demonstre o impeditivo específico que motive a desvantagem da adesão.

Nos casos de “participantes de compra nacional”, os entes federados *poderão* utilizar recursos de transferências legais ou voluntárias da União, vinculados aos processos ou projetos objeto de descentralização e de recursos próprios para suas demandas de aquisição no âmbito da Ata de Registro de Preços de compra nacional. Apesar da “possibilidade”, acreditamos valer na íntegra as considerações que aqui fizemos. A opção por licitação própria deve ser motivada (ainda mais nos casos em que resultarem objetos mais onerosos que os especificados na ata da “compra nacional”).

### **153. Órgãos da Administração municipal e estadual podem aderir à ata de SRP federal? E o contrário?**

A dicção do Decreto nº 7.581/2011 responde diretamente essa questão, em seu art. 106, *caput*. Órgãos ou entidades da Administração Pública Federal *não poderão participar* ou aderir à Ata de Registro de Preços cujo órgão gerenciador integre a Administração Pública de Estado, do Distrito Federal ou de Município, ressalvada a faculdade de a Autoridade Pública Olímpica aderir às atas gerenciadas pelos respectivos consorciados.

Os órgãos ou entidades públicas estaduais, municipais ou do Distrito Federal, todavia, poderão participar ou aderir à ata de registro de preços gerenciada pela Administração Pública Federal, desde que a ata esteja em seu prazo de vigência e desde que manifestem sua concordância com o objeto do registro de preços; além de indicarem a sua estimativa de demanda e seu cronograma de contratações, nos termos do art. 106, parágrafo único.

### **154. É possível realizar licitação unicamente para “caronas”?**

O questionamento provém de inúmeras licitações realizadas pela União, no âmbito de seus Ministérios, visando o adimplemento de uma ou outra política pública, por meio de convênio. Até a edição do Decreto nº 8.251/2014, ainda não se havia positivado a “compra nacional”, e os “aderentes” se comportavam como se “participantes” fossem.

Em um processo convencional, em extrato, manifestado o interesse harmônico da União e do convenente em celebrar um acordo, o órgão federal repassa o dinheiro para, posteriormente, sob responsabilidade do convenente, realizarem-se as licitações e decorrentes contratações. Em muitos casos, a crônica deficiência técnica e de pessoal dos estados e municípios em bem licitar afeta diretamente as metas para o adimplemento das ditas políticas públicas.

Em dever de orientação, desse modo, a União tem realizado licitações por meio de Registro de Preços sem mesmo o interesse de, ela própria, realizar qualquer contratação. São certames para aquisição de medicamentos, material escolar, ônibus, uniformes, coletes à prova de bala, mobiliário, e até obras. As vantagens são elevadas: ganha-se escala, facilitam-se as prestações de contas, e agilizam-se as contratações.

Surgia o questionamento, então, tendo em vista o vácuo regulatório (anteriormente ao Decreto nº 8.251/2014), se tal possibilidade se fazia legal. Tendo em vista o ineditismo da decisão, como também o seu viés orientador, reproduzimos excerto do voto apreciado pelo TCU que *autorizou* o uso desse expediente pelo FNDE:

Para o deslinde da questão, primeiramente, faz-se necessário avaliar se é legal a utilização do SRP com previsões de aquisição, somente, por “aderentes”. Caso positivo, deve-se perquirir se é possível estabelecer a obrigação de fornecimento nessas situações, e não mera possibilidade.

De início, resgato que uma licitação busca, sempre, obter a contratação mais vantajosa. Tal vantagem perpassa pela qualidade do objeto que atenda as necessidades do contratante, executada por uma empresa hábil e pelo melhor preço possível. É um dever de eficiência e economicidade.

Tais princípios, que permeiam toda a Administração Pública, também se vislumbram nas transferências voluntárias (convênios, contratos de repasse e afins). Em todos os casos busca-se fazer mais, com menos. Intenta-se aplicar o dinheiro público (seja em contrato, seja em convênio) de modo a maximizar o benefício à sociedade.

Nessa seara de garantir boas contratações em recursos provindos de transferências voluntárias, a licitação por regime de preços é ferramenta poderosa de gestão. Por meio desta, padronizam-se aquisições; facilitam-se as prestações de contas; agilizam-se as contratações; barateiam-se custos; potencializam-se bons fornecimentos. Tanto os mandamentos licitatórios são mantidos, como também os valores fundamentais da Administração nessas transferências. Não verifico óbice valorativo, portanto, que inviabilize a utilização do SRP nesses moldes. Ao contrário, vedar tal possibilidade seria obstar uma ferramenta eficaz de gestão e governança. (TCU. Acórdão nº 2.600/13. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 04 out. 2013)

Acreditamos que a decisão tenha sido um alerta ao executivo federal. O Decreto nº 8.251/2014 veio justamente a cobrir as lacunas regulatórias, definindo o que vem a ser a “compra nacional”. As licitações, antes realizadas somente para “caronas”, passaram a ser realizadas para os “participantes de compra nacional”.

Em âmbito de RDCs estaduais, todavia, avaliamos que o raciocínio esposado no Acórdão nº 2.600/2013-TCU-Plenário se faça inteiramente aplicável. Procedimento semelhante pode ser realizado em convênios estaduais com respectivos municípios.

## **155. As vencedoras das licitações mediante SRP são obrigadas a fornecer as quantidades registradas?**

O art. 102 do Decreto nº 7.581/2011 preceitua que:

Art. 99. A ata de registro de preços *obriga os licitantes* ao fornecimento de bens ou à prestação de serviço, conforme o caso, observados os preços, quantidades e demais condições previstas no instrumento convocatório. (grifos nossos)

Para os aderentes, contudo, a regra é diferente:

102. O órgão ou entidade pública responsável pela execução das obras ou serviços contemplados no art. 2º que não tenha participado do certame licitatório, poderá aderir à ata de registro de preços, respeitado o seu prazo de vigência.

§4º Os fornecedores registrados *não serão obrigados* a contratar com órgãos aderentes. (grifos nossos)

---

A regra geral, portanto, é que, para as quantidades editalícias, o fornecimento pelo licitante vencedor é obrigatório. Para as quantidades que extrapolem aquele dever licitatório, o fornecedor não será obrigado a contratar.

---

Existirão casos, entretanto, tal qual visto no tópico anterior, em que a licitação será realizada unicamente para órgãos aderentes. Algumas importantes políticas públicas, implementadas por meio de convênios, são resolvidas por meio de Atas de Registro de Preços realizadas pela União sem nenhuma expectativa de contratação pela esfera federal (é o caso das “Compras Nacionais”, por exemplo). As licitações visam, exclusivamente, a atender as demandas de estados e municípios.

Usualmente, quando o órgão tem interesse em contratar um objeto licitável mediante o SRP (necessidade de contratação frequente; conveniência de entrega parcelada; atendimento de mais de um órgão ou entidade; ou indefinição prévia de quantitativos), tendo em vista o benefício em escala (em dever de economicidade e eficiência), ele publica sua intenção de licitar. Outros entes que têm as mesmas necessidades poderão, então, consorciar-se para, com maior vantagem, contratar os mesmos serviços ou adquirir os mesmos materiais. As quantidades licitadas serão, assim, o somatório das necessidades do gerenciador, órgão que inicialmente publicou sua intenção de licitar, e dos demais participantes. Quer dizer que os licitantes, para atender àquelas necessidades, devem fornecer na íntegra as quantidades licitadas. Até porque foi para elas que houve a comprovação da capacidade de fornecimento. O fornecimento dos quantitativos licitados é, desse modo, *obrigatório*.

Para os “caronas”, o Decreto nº 7.581/2011 permite a adesão — desde que autorizada pelo gerenciador. *Caso o fornecedor aceite* e as quantidades não extrapolem o previamente autorizado no edital (até cinco vezes o valor licitado), a contratação pode ser realizada.

Na situação em que a licitação vise, unicamente, o atendimento dos “caronas”, todo o raciocínio esposado perde o sentido. Todas as quantidades incluídas no edital de licitações não provieram do levantamento de quantidades do gerenciador e dos participantes, mas sim, exclusivamente, das expectativas de interesse dos “caronas”. A licitação foi realizada somente para adimplir àquelas quantidades! Logo, nesse tipo de situação, os fornecedores *não podem se recusar ao fornecimento*, e tal condição deve estar expressa nos instrumentos convocatórios.

Esse entendimento foi prestigiado pelo TCU:

Ora, significa que o fornecedor, considerando que existem apenas “aderentes”, pode tender a contratar apenas a “boa fatia” da licitação. Para aqueles lotes mais onerosos, pode decidir não contratar. Visivelmente que a possibilidade macula a “boa proposta”. Essa viabilidade editalícia, em verdade, avilta todo o processo. [...]

A consequência, em termos formais da licitação, é que quando não existem quantidades de “gerenciadores” e “participantes”, o edital trará as quantidades estimadas unicamente dos “aderentes”. Logo, para aquelas quantidades é que os licitantes devem apresentar qualificação técnica, econômica e financeira, tendo em vista que o certame foi idealizado para adimpli-las. Em consequência, para assegurar o objetivo dessa licitação — que, afinal, é o que guarda o art. 99 do Decreto nº 7.581/2011, ao obrigar o fornecimento para o

gerenciador e participantes — o fornecimento não pode ser optativo, para a vencedora. Tem de ser obrigatório. O fornecedor, uma vez contactado pela interessada e previamente aprovado pela gerenciadora, não pode recusar o contrato. Tal condição tem de estar estampada nos instrumentos convocatórios nesse modelo, como condição para garantia da melhor proposta.

#### Acórdão

9.2. Notificar o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), com base no art. 179, §6º, do Regimento Interno do TCU, acerca das seguintes impropriedades identificadas na presente fiscalização que, embora, excepcionalmente, pela proteção ao interesse público primário, não tenham ensejado a suspensão da presente licitação, se repetidas, podem redundar na anulação de futuros certames:

9.2.1. Opção conferida à vencedora do certame de não contratar a integralidade dos quantitativos licitados na Ata de Registro de Preços, em desconformidade com o mens legis estabelecido no art. 96 c/c art. 99 do Decreto nº 7.581/2011. (TCU. Acórdão nº 2.600/13. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 04 out. 2013)

### **156. É possível exigir, como condição para celebração de convênios, que os Estados, Distrito Federal e Municípios adiram à ata previamente licitada pela União?**

O TCU enfrentou a questão por meio do Acórdão nº 1.717/2012-Plenário, que, por ser realizada em sede de consulta, possui caráter normativo (art. 1º, §2º, da Lei nº 8.443/1992). Embora a decisão se refira ao Registro de Preços do instituto geral — regido pela Lei nº 8.666/1993 —, entendemos que as considerações fazem-se perfeitamente aplicáveis ao caso do RDC. Na ocasião, assim se decidiu:

9.2. Com fundamento no art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92, responder ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) que *não é possível exigir, como condição para celebração de convênios*, que as entidades públicas (Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive suas autarquias e fundações públicas) a serem beneficiadas com verbas federais se utilizem, sempre que houver e desde que atendidas as exigências legais e regulamentares, de *Atas de Registro de Preços gerenciadas por órgãos ou entidades federais*, quando da aquisição de bens ou serviços com recursos oriundos da transferência voluntária, ante a ausência de amparo nas normas constitucionais e legais vigentes;

9.3. A título de orientação, esclarecer ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) que a legislação vigente possibilita a adoção de alternativas ao procedimento objeto de consulta quando da celebração de convênios com entidades públicas (Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive suas autarquias e fundações públicas) visando à execução de programas de governo, entre outras:

9.3.1. Alternativa 1: com fundamento no art. 10, §6º, do DL 200/67, no art. 15, §4º, da Lei nº 8.666/93 e nos arts. 15, I, da Lei nº 8.666/1993 e 14 do Decreto nº 6.170/2007, a instituição de cláusulas no convênio para:

9.3.1.1. Recomendar a adesão à ata de registro de preços vinculada ao programa de governo executado, licitada sob responsabilidade ou supervisão do Ministério com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto nº 3.931/2001 para atender especificamente ao programa, e que contemple os quantitativos máximos necessários a seu atendimento, consoante orientado no Acórdão nº 1.233/2012-Plenário;

9.3.1.2. Estabelecer que, caso o ente público conveniente decida pela realização de procedimento licitatório próprio em detrimento à recomendação referida no item 9.3.1.1 retro, fica obrigado a demonstrar ao Ministério a vantajosidade das propostas assim obtidas

quanto ao preço e à qualidade em relação àqueles constantes da ata vinculada ao programa e, na hipótese de verificadas condições iguais ou desvantajosas em qualquer desses fatores, deverá aderir à ata vinculada ao programa concedendo preferência ao beneficiário do registro para fins de padronização ou adotar providências para obter novas propostas em conformidade com os padrões estabelecidos pelo Ministério;

9.3.1.3. No caso de as normas locais vigentes obstarem a adesão nos moldes recomendados no convênio conforme referido no item 9.3.1.1 retro, estabelecer que as condições propostas para a contratação sejam previamente submetidas pelo ente público conveniente à apreciação do MCTI, o qual somente autorizará que a contratação seja custeada pelos recursos federais do convênio se verificadas condições de preço e qualidade iguais ou mais vantajosas do que as constantes da ata vinculada ao programa executado;

9.3.2. Alternativa 2: a realização de licitação pelo Ministério para registro de preços destinado a atender ao programa de governo, contemplando o quantitativo máximo de bens ou serviços necessários à execução dos convênios que serão celebrados com as demais esferas, com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto nº 3.931/2001 e consoante orientado no Acórdão nº 1.233/2012-Plenário, podendo os demais entes públicos convenientes figurar como participantes devidamente incluídos no processo de planejamento da aquisição, conforme previsto no art. 3º do mencionado regulamento;

9.3.3. Alternativa 3: a realização de licitação pelo Ministério para registro de preços destinado a atender ao programa de governo, contemplando o quantitativo máximo de bens ou serviços necessários à execução dos convênios que serão celebrados com as demais esferas, com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto nº 3.931/2001 e consoante orientado no Acórdão nº 1.233/2012-Plenário, podendo o MCTI utilizar a ata resultante para adquirir e distribuir os bens constantes do registro aos convenientes, com fulcro na padronização prevista no art. 15 do Decreto nº 6.170/2007. (TCU. Acórdão nº 1.717/2012. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. *DOU*, 11 set. 2012)

## 157. É possível licitar um SRP por “técnica e preço”?

O Decreto nº 7.581/2011 excluía o critério de julgamento por “técnica e preço” das possibilidades do edital:

Art. 90. A licitação para o registro de preços:

I – poderá ser realizada por qualquer dos modos de disputa previstos neste Decreto, combinados ou não;

II – ocorrerá utilizando-se critério de julgamento *menor preço* ou *maior desconto*;

Na realidade, tendo em vista a necessidade de padronização dos objetos, somente aquisições ou serviços mais simples poderiam ser licitados mediante um SRP. Tanto que, na massiva maioria dos casos, é utilizado o Pregão como modalidade licitatória.

É possível, todavia, que existam contratações mais complexas, igualmente padronizáveis. Se ungiada, ainda, das demais características alcançáveis ao SRP, como contratações frequentes, necessidade de entrega parcelada, conveniência de atendimento de mais de um órgão ou entidade e indefinição prévia de quantitativos (art. 89 do Decreto nº 7.581/2011), a melhor proposta pode não ser (e, via de regra, não é), simplesmente, o menor preço. Seria um contrassenso com a lógica do RDC, em que, numa miríade de possibilidades, cabe à discricionariedade do gestor motivar os critérios que levarão à melhor proposta.

O Decreto nº 7.892/2013, nessa linha, mais moderno, autoriza a utilização do critério de julgamento “técnica e preço” — embora excepcionalmente:

Art. 7º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, ou na modalidade de pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado. §1º O julgamento por técnica e preço poderá ser excepcionalmente adotado, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade.

Tal qual discutido na questão “É permitida a licitação de obras mediante o SRP?”, não nos parece que a Lei nº 12.462/2011 tenha excluído, peremptoriamente, as obras do SRP. Houve, sim, um prestígio à padronização dos objetos, como requisito para a obtenção da melhor proposta. No Acórdão nº 2.600/2013-Plenário, como visto, o TCU considerou que o RDC, com suas novéis soluções para obtenção do desiderato licitatório de obter a maior vantagem, viabilizou uma padronização de obra (em verdade, uma padronização de anteprojetos) capaz de resolver tal objetivo.

Tanto o foi que, no caso concreto apreciado pela Corte Federal de Contas, haja vista se tratar de construções de creches mediante a contratação integrada, houve julgamento pela irregularidade da licitação sem a utilização de “técnica e preço”, mesmo se tratando de um Registro de Preços sob a égide do RDC:

9.2. Notificar o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), com base no art. 179, §6º, do Regimento Interno do TCU, acerca das seguintes impropriedades identificadas na presente fiscalização que, embora, excepcionalmente, pela proteção ao interesse público primário, não tenham ensejado a suspensão da presente licitação, se repetidas, podem redundar na anulação de futuros certames:

9.2.2. Licitação de obra executada por meio do regime de contratação integrada sem a utilização da modalidade técnica e preço, em contrariedade ao disposto no art. 9º, inciso III, da Lei nº 12.462/2011. (TCU. Acórdão nº 2.600/13. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 04 out. 2013)

Nesse sentido, em sintonia com a tendência jurisprudencial, o Decreto nº 8.251/2014 alterou a redação do art. 90 do Decreto nº 7.581/2011, do seguinte modo:

II – poderá utilizar os critérios de julgamento menor preço, maior desconto ou *técnica e preço*.

## 7.2.3 CADASTRAMENTO

### 158. O que são os registros cadastrais?

---

O cadastramento representa procedimento para criação de banco de informações relativas a requisitos de habilitação de potenciais licitantes com o objetivo de dispensar a apresentação de documentos em todos os processos licitatórios realizados.

---

Sua previsão está no art. 29, inciso II da Lei nº 12.462/2011. Aliás, a própria lei prevê a existência de uma comissão de cadastramento em seu art. 34, §1º, com remessa de sua operacionalização a regulamento. Apesar dessa remissão, o Decreto nº 7.581/2011 acabou por não tratar da matéria, preocupando-se apenas com a comissão de licitação.

Justen Filho trata com propriedade o tema ao distinguir os requisitos de habilitação absolutos e relativos: o primeiro não varia em função do que será licitado, enquanto o segundo depende das características do objeto. O autor complementa:

Os requisitos de habilitação absolutos podem ser comprovados e verificados de modo muito mais simples, eis que seu conteúdo não depende do objeto licitado. Assim, por exemplo, o sujeito deve comprovar a regularidade de sua situação perante Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o que se faz mediante um documento específico e determinado. Logo, o cadastramento pode fazer-se de modo muito mais simples, mediante a mera apresentação do documento apropriado para o órgão mantenedor do sistema.

Já os requisitos de habilitação relativos são muito mais complexos, na acepção que variam proporcionalmente à complexidade e às características do objeto licitado. Isso não impede que o cadastramento abranja informações pertinentes. Nesse ponto, é indispensável diferenciar os requisitos de qualificação econômico-financeira daqueles de cunho técnico. Assim, se passa porque os requisitos de qualificação econômico-financeira são comprovados mediante documentos predeterminados e limitados. Essas informações constam necessariamente do balanço e das demonstrações contábeis, tal como do estatuto e do contrato social.

Ainda que diversas licitações possam exigir níveis de qualificação econômico-financeira distintos, a sua apuração far-se-á sempre segundo a mesma documentação. Portanto, o cadastramento pode ser útil, eis que haverá a apresentação das informações contábeis pertinentes. Mas se deve observar a atualidade dos dados cadastrados.<sup>93</sup>

De acordo com o art. 31 do RDC, “os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo”.

Nada há de novo em relação ao que já vinha sendo feito sob o comando da Lei nº 8.666/1993. De acordo com o art. 78 do Decreto nº 7.581/2011, os registros cadastrais serão feitos por meio do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), conforme disposto Decreto nº 3.722/2001.

## 7.2.4 CATÁLOGO ELETRÔNICO DE PADRONIZAÇÃO

### **159. O que é catálogo eletrônico de padronização?**

A busca da padronização sempre permeou os debates para a melhoria dos procedimentos licitatórios. Sempre houve as seguintes perguntas de agentes responsáveis pela contratação: “Onde posso conseguir um bom modelo de edital?”; “Existe algum modelo de padronização que funcione bem na Administração Pública?”; ou “Quem tem bons termos de referência ou de projetos para contratação segura?”.

<sup>93</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*.

O catálogo eletrônico procura suprir soluções a essas questões. De acordo com o art. 33 do RDC, “O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração Pública que estarão disponíveis para a realização de licitação” e “poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterá toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos”.

Nos termos do art. 110 do Decreto nº 7.581/2011, o catálogo de padronização conterá:

- I – a especificação de bens, serviços ou obras;
- II – descrição de requisitos de habilitação de licitantes, conforme o objeto da licitação; e
- III – modelos de:
  - a) instrumentos convocatórios;
  - b) minutas de contratos;
  - c) termos de referência e projetos referência; e
  - d) outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados.

O gerenciamento desse catálogo será conduzido de forma centralizada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

## **160. Qual a vantagem da implementação desse catálogo?**

---

---

Em uma época marcada pela gestão do conhecimento, é essencial que a Administração Pública registre as boas práticas implementadas por cada um de seus órgãos ou entidades para que os demais possam ter acesso rápido e fácil a essas informações.

---

---

A dimensão atual da Administração Pública Nacional é extraordinária. As diferenças entre seus órgãos e entidades também. Se, por um lado, existem unidades muito bem aparelhadas, com equipe técnica de excelente nível, por outro, ainda encontramos órgãos com significativas oportunidades de melhoria. O catálogo representa um meio para que estes possam se beneficiar da boa prática daqueles em tempo mais curto.

## **161. Como fazer valer o princípio da padronização no RDC?**

De forma pragmática, nada mudou com relação à prática já consolidada no âmbito da Lei nº 8.666/1993.

Reproduzimos, aqui, alguns entendimentos já firmados no âmbito do Tribunal de Contas da União, de aplicação cabível no âmbito do RDC:

Faça constar do respectivo procedimento, na hipótese de optar pela padronização de produtos, justificativa respaldada em comprovação inequívoca de ordem técnica, apresentando estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o interesse da Administração, considerando as condições de operação, manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas. (TCU. Acórdão nº 539/2007. Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. *DOU*, 10 abr. 2007)

Abstenha-se de indicar preferência por marcas, e na hipótese de se tratar de objeto com características e especificações exclusivas, a justificativa para a indicação de marca, para fins de padronização, deverá ser fundamentada em razões de ordem técnica, as quais precisam, necessariamente, constar no processo respectivo. (TCU. Acórdão nº 62/2007. Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. *DOU*, 02 fev. 2007)

Efetuem, nas contratações que considere inexigível o procedimento licitatório por padronização, estudos técnicos que justifiquem tal situação, atentando para a existência prévia de objeto a ser padronizado e da necessidade futura de permanência de utilização do mesmo. (TCU. Acórdão nº 740/2004. Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. *DOU*, 25 jun. 2007)

Não obstante a indicação de marca, desde que circunstanciadamente motivada, possa ser aceita em observância ao princípio da padronização, este como aquela não devem ser obstáculo aos estudos e à efetiva implantação e utilização de software livre no âmbito da Administração Pública Federal, vez que essa alternativa poderá trazer vantagens significativas em termos de economia de recursos, segurança e flexibilidade. (TCU. Acórdão nº 1.521/2003. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler *DOU*, 25 jun. 2003)

## 7.3 AMOSTRA

### 162. É possível solicitar amostra? Em que momento?

Sempre que houver justificativa da necessidade de apresentação de amostra do bem, a Administração poderá exigí-la, conforme art. 7º, inciso II, do RDC:

- a) no procedimento de pré-qualificação;
- b) na fase de julgamento das propostas; ou
- c) na fase de lances.

Cuidado relevante nesta exigência é que o órgão ou entidade responsável pela licitação esteja capacitado para avaliar de forma objetiva as amostras entregues, caso contrário, tornaria a demanda inócua.

Outro ponto a ser lembrado é que até antes do RDC, o TCU abrigava o entendimento de que a exigência de amostra deveria ser feita ao licitante classificado em primeiro lugar para evitar ônus desnecessários aos demais licitantes:

16. Nessa modalidade de licitação, cuja característica principal é a agilidade, após o encerramento da etapa competitiva, que como visto contou com 19 licitantes na fase de lances, examina-se a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e ao valor, verificando-se se o produto ofertado atende as exigências do edital e se seu preço é compatível com o valor de mercado. Caso a proposta atenda as exigências do edital, o licitante é declarado vencedor e, então, o objeto da licitação lhe é adjudicado.

17. Faça essa breve descrição do procedimento para ilustrar que não é a regra a exigência de amostras em pregão. Atendida pela proposta as especificações do objeto estabelecidas no edital, considerada sua natureza de “bem comum”, o objeto da licitação é adjudicado ao vencedor. A propósito, a Lei nº 10.520/2002 e o Decreto nº 3.555/2004 não mencionam a exigência de amostras.

18. Este Tribunal, conforme sua jurisprudência recente, considera que, caso não seja prejudicada a celeridade do pregão, pode ser exigida a apresentação de amostras dos bens a serem adquiridos, desde que o encargo seja imposto somente ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar (Acórdãos nºs 1.182/2007, 1634/2007, ambos do Plenário). Todavia, como se vê, o Tribunal também não considera impositiva a exigência de amostra no pregão, cabe ao órgão licitante a decisão sobre a necessidade da medida. (TCU. Acórdão nº 2.558/2007. Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. *DOU*, 30 nov. 2007)

No caso da pré-qualificação,<sup>94</sup> considerando expressa previsão da Lei nº 12.462/2011, esse entendimento deverá ser relativizado.

### **163. Por que solicitar amostras?**

Em princípio, é responsabilidade da Administração definir o objeto da licitação de forma clara e precisa no instrumento convocatório; portanto, a exigência de amostras seria desnecessária. Entretanto, em algumas situações, apenas a perfeita definição não é suficiente para garantir que o produto atenda a expectativa do órgão contratante.

Existem diversas empresas no mercado que não entregam o que prometem e, por isso, a amostra pode ser relevante instrumento para que, antes da assinatura do contrato, seja verificada a conformidade do produto às especificações desejadas.

Outra utilidade das amostras é a referência objetiva para a comparação dos produtos entregues, em maior quantidade, em momento futuro com a peça inicial apresentada pela empresa.

### **164. Podem ser exigidas amostras para fins de habilitação?**

O art. 7º, inciso II da Lei nº 12.462/2011 autoriza a Administração, no caso de licitação para aquisição de bens, a exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação.

A exigência de amostras, porém, não é um procedimento para averiguação de qualidade dos licitantes, e sim dos produtos a serem entregues por ele. Objetiva-se assegurar que o objeto ofertado é aderente às especificações editalícias. Por se tratar de instrumento para garantia da aderência da oferta, representa mecanismo para aferir a classificação das propostas e não para habilitação dos licitantes.

Não poderá, desse modo, ser prevista a apresentação de amostras de produtos para exames na fase de habilitação. Porém, essas exigências podem ocorrer para propostas, mesmo em licitação de menor preço.

<sup>94</sup> Ver questões 140 e 141.



## REGRAS PARA EXECUÇÃO CONTRATUAL

Existem duas preocupações em relação ao contrato. A primeira trata das regras que serão inseridas na minuta do contrato, portanto no momento de elaboração do edital, para que os licitantes possam ter a dimensão das exigências que serão feitas durante a execução; enquanto a segunda se refere aos cuidados que a Administração Pública deverá adotar na fiscalização dos serviços após a assinatura do instrumento.

Por esse motivo, trataremos de questões contratuais em momentos distintos nesta obra, capítulos 8 e 11, a fim de que o leitor possa acessar as informações pertinentes de forma estruturada e segmentada.

### 8.1 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

#### **165. É possível estabelecer remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada? Quais diretrizes devem ser observadas?**

O desempenho do contratado até a aprovação do RDC sempre foi visto sob a ótica do cumprimento do mínimo esperado. Com efeito, o “modelo mental” da contratação pública registrava a necessidade da observância das especificações estabelecidas no edital, caso contrário, a legislação previa as sanções a serem aplicadas.

Mas e se o contratado tivesse condições de superar as exigências postas no edital? Dizia o modelo antigo: “Não fez mais do que a obrigação!”. Nesse contexto, qual seria a motivação do contratado em superar o esperado?

É com essa mudança de paradigma, típica da iniciativa privada, que se espera alteração do comportamento do contratado na busca de superar as metas e especificações superadas. Duas foram as novidades nessa diretriz: a remuneração variável e o contrato de eficiência.<sup>95</sup> É o jogo “ganha-ganha”, no qual a Administração concorda em ceder ao contratado parte dos benefícios auferidos por conta de sua atuação.

No que se refere à primeira diretriz, o art. 10 do RDC trouxe o seguinte comando:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas,

---

<sup>95</sup> Ver questões 102, 103 e 165-167.

padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

Importa destacar que obras e serviços poderão ter seus contratos com previsão de cláusula de remuneração variável e que ainda existe o limite orçamentário como balizador para os valores a serem pagos como bônus pela superação das expectativas. O Decreto nº 7.581/2011, no art. 70, exige a motivação dos valores definidos quanto:

- I – aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;
- II – ao valor a ser pago; e
- III – ao benefício a ser gerado para a Administração Pública.

Por fim, o valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a Administração Pública e não poderá contemplar eventuais ganhos provenientes de ações da Administração Pública.

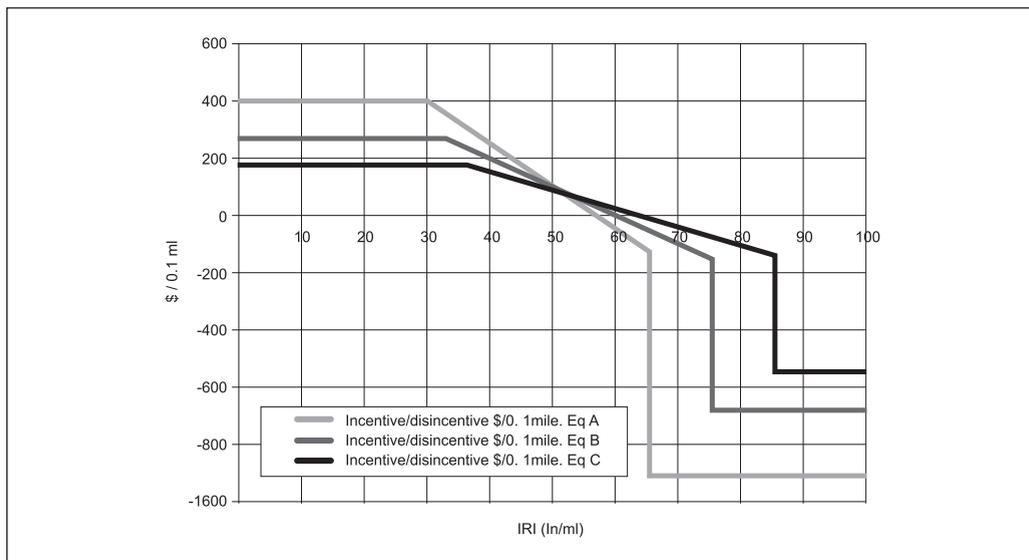
As construções de pavimentos betuminosos funcionam como bom exemplo para esta análise. Quanto maior a qualidade do pavimento entregue (medida em termos de ondulação, por meio do índice IRI – *International Roughness Index*), maior a remuneração. A Figura 7.5 ilustra exemplo de tabela utilizada pelo Estado de Missouri, nos Estados Unidos, para remuneração de pavimentos betuminosos. Para IRI entregue acima do valor mínimo aceitável, a remuneração pode chegar a 105% do inicialmente previsto:

**Figura 7.5 – Remuneração variável em Missouri em função do conforto da via**

<b>Potential IRI (mm/km) (in/mi) Pay Factors</b>			
<b>Table I. Pay Factors for roads with speed limit of &gt;45mph</b>			
<u>IRI (mm/km)</u>	<u>Percent</u>	<u>IRI (in/mi)</u>	<u>Percent</u>
0 - 634	105%	0 - 40	105%
637 - 845	103%	40.1 - 54	103%
847 - 1266	100%	54.1 - 80	100%
1267 +	100%*	80.1 +	100%*
* After Correction to 1267 or less		*After Correction to 80 or less	
<b>Table II. Pay Factors for roads with speed limit of &lt;=45mph</b>			
<u>IRI (mm/km)</u>	<u>Percent</u>	<u>IRI (in/mi)</u>	<u>Percent</u>
0 - 1055	103%	0 - 67	103%
1058 - 2108	100%	67.1 - 134	100%
2111 +	100%*	134.1 +	100%*
* After Correction to 2111 or less		*After Correction to 134 or less	

No Estado de Minnesota, existe um índice mínimo de aceitação, com penalizações ou bonificações, conforme a faixa de rugosidade do pavimento entregue, em termos do IRI, tal qual demonstra a Figura 7.6:

**Figura 7.6 – Remuneração variável em Minnesota em função do conforto da via**



Tais pagamentos qualitativos variáveis amoldam-se bem ao regime de execução por contratação integrada, de acordo com as definições estabelecidas no anteprojeto. Tais cuidados serão dissecados na Parte II desta obra.

## 166. Quais cuidados tomar na remuneração variável?

Todo novo paradigma de contratação exige cuidados. A apuração de benefícios a serem gerados é muito simples em alguns casos, mas complexa em outros, em especial pela necessidade de se considerar uma série de fatores futuros e incertos.

Por esse motivo, o primeiro cuidado está na preocupação em se definir metodologia segura para a quantificação dos referidos benefícios, bem como no registro desses cálculos no processo licitatório que fundamentou os comandos do edital.

Em algum termo, o processo se assemelha ao Acordo de Nível de Serviço estabelecido na IN-MPOG nº 02/2008, na forma definida no Anexo I do normativo:

XXI – Acordo de Nível de Serviço – ANS, para fins desta Instrução Normativa, é um ajuste escrito, anexo ao contrato, entre o provedor de serviços e o órgão contratante, que define, em bases compreensíveis, tangíveis objetivamente observáveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento.

No art. 16 da Instrução normativa, também se extrai:

VIII – os pagamentos deverão ser proporcionais ao atendimento das metas estabelecidas no ANS, observando o seguinte:

- a) as adequações nos pagamentos estarão limitadas a uma faixa específica de tolerância, abaixo da qual o fornecedor se sujeitará às sanções legais; e
- b) na determinação da faixa de tolerância de que trata a alínea anterior, considerar-se-á a relevância da atividade, com menor ou nenhuma margem de tolerância para as atividades consideradas críticas.

IX – o não atendimento das metas, por ínfima ou pequena diferença, em indicadores não críticos, poderá ser objeto apenas de notificação nas primeiras ocorrências, de modo a não comprometer a continuidade da contratação.

No art. 8º do regulamento do RDC consta:

§1º Integram o instrumento convocatório como anexos: [...]

III – o acordo de nível de serviço, quando for o caso;

O segundo está na preocupação em que o contratado busque apontar superação em determinados quesitos que estão sendo considerados em detrimento de outros, por exemplo, reduzir o prazo de entrega em detrimento da qualidade de execução. Para tanto, a fiscalização da Administração deve estar suficientemente estruturada para garantir padrões aceitáveis de desempenho em todas as áreas.

O terceiro consiste na fixação de critérios materialmente relevantes para a bonificação do contratado, ou seja, não se coadunaria com o princípio da eficiência a remuneração extra com base em metas irrelevantes.

O quarto é o cuidado em não estabelecer valores de remuneração para metas que, caso alcançadas, superem o limite orçamentário disponível.

Por último, é necessária a adoção de metodologia que separe de modo claro os benefícios gerados pela atuação do contratado e do contratante. Por vezes, o sucesso no alcance de alguma meta decorre da participação concorrente dos dois agentes e, por isso, será importante a definição de critério que possa distribuir equilibradamente esse benefício.

## **167. Como definir os critérios para a remuneração variável?**

Essa inovação traz enorme leque de possibilidades para que a Administração possa trabalhar critérios no edital que permitam o compartilhamento de vantagens com a empresa, caso o desempenho dela traga benefícios ao erário.

Neste campo de possibilidade, cabe imaginar o seguinte caso hipotético: determinado órgão irá construir seu prédio sede, pois se utiliza de edifício alugado pelo valor de R\$400.000,00 mensais. O orçamento-base da licitação foi avaliado em R\$50.000.000,00, valor compatível com o limite orçamentário obtido. O prazo previsto para a obra é de 24 meses. A empresa venceu a licitação com o valor de R\$48.000.000,00.

O que ganharia a empresa na sistemática da Lei nº 8.666/1993 caso adiantasse o prazo de 5 meses? Absolutamente nada. E a Administração? R\$2.000.000,00 relativos aos 5 meses de aluguel. Nesse cenário, não havia motivação da empresa em aprimorar seu desempenho, visto inexistir previsão legal para a criação de mecanismos de incentivo.

O novo regime traz a possibilidade da referida criação. Poder-se-ia, de forma resumida, pensar nos seguintes critérios relacionados na Tabela 7.5:

**Tabela 7.5 – Critérios para a definição de remuneração variável**

Art. 70 do Decreto nº 7.581/2011	Critério
§1º A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação e será motivada quanto:	Limite Orçamentário
I – aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;	Prazo
II – ao valor a ser pago;	% do aluguel economizado
III – ao benefício a ser gerado para a Administração Pública.	Economia de aluguel
§3º O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a Administração Pública.	30%

Nessa linha, o edital conteria cláusula estabelecendo que a redução mensal no prazo previsto para a entrega da obra geraria um bônus para a empresa de R\$120.000,00, ou seja, 30% do valor mensal do aluguel pago pela Administração.

Esse tipo de incentivo pode estar atrelado a diversas variáveis da obra, além do prazo, como qualidade, inovação, e soluções que permitam a economia na conservação ou manutenção.

Finalmente, entendemos cabíveis as disposições relacionadas ao “Acordo de Nível de Serviço”, definido na IN-SLTI nº 02/2008, do MPOG. A diferença seria a necessidade de se adotarem, também, parâmetros objetivos para a definição da bonificação. Na letra do dispositivo mencionado:

#### ANEXO I (...)

I – ACORDO DE NÍVEL DE SERVIÇO – ANS: é o ajuste escrito, anexo ao contrato, entre o provedor de serviços e o órgão contratante, que define, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento.

#### Art. 11. (...)

§4º Para a adoção do Acordo de Nível de Serviço é preciso que exista critério objetivo de mensuração de resultados, preferencialmente pela utilização de ferramenta informatizada, que possibilite à Administração verificar se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas, e adequar o pagamento aos resultados efetivamente obtidos. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.) (...)

#### Art. 15. (...)

X – a unidade de medida utilizada para o tipo de serviço a ser contratado, incluindo as métricas, metas e formas de mensuração adotadas, dispostas, sempre que possível, na forma de Acordo de Níveis de Serviços, conforme estabelece o inciso XVII deste artigo; (...)  
XVII – o Acordo de Níveis de Serviços, sempre que possível, conforme modelo previsto no anexo II, deverá conter:

- a) os procedimentos de fiscalização e de gestão da qualidade do serviço, especificando-se os indicadores e instrumentos de medição que serão adotados pelo órgão ou entidade contratante;
- b) os registros, controles e informações que deverão ser prestados pela contratada; e
- c) as respectivas adequações de pagamento pelo não atendimento das metas estabelecidas. (...)

Art. 17. Quando for adotado o Acordo de Níveis de Serviços, este deverá ser elaborado com base nas seguintes diretrizes:

I – antes da construção dos indicadores, os serviços e resultados esperados já deverão estar claramente definidos e identificados, diferenciando-se as atividades consideradas críticas das secundárias;

II – os indicadores e metas devem ser construídos de forma sistemática, de modo que possam contribuir cumulativamente para o resultado global do serviço e não interfiram negativamente uns nos outros;

III – os indicadores devem refletir fatores que estão sob controle do prestador do serviço;

IV – previsão de fatores, fora do controle do prestador, que possam interferir no atendimento das metas;

V – os indicadores deverão ser objetivamente mensuráveis, de preferência facilmente coletáveis, relevantes e adequados à natureza e características do serviço e compreensíveis.

VI – evitar indicadores complexos ou sobrepostos;

VII – as metas devem ser realistas e definidas com base em uma comparação apropriada;

VIII – os pagamentos deverão ser proporcionais ao atendimento das metas estabelecidas no ANS, observando-se o seguinte:

- a) as adequações nos pagamentos estarão limitadas a uma faixa específica de tolerância, abaixo da qual o fornecedor se sujeitará às sanções legais; e
- b) na determinação da faixa de tolerância de que trata a alínea anterior, considerar-se-á a relevância da atividade, com menor ou nenhuma margem de tolerância para as atividades consideradas críticas. (...)

## 8.2 CONTRATAÇÃO SIMULTÂNEA

### 168. O que é contratação simultânea?

Mais uma novidade do RDC! Em seu art. 11, autorizou a Administração Pública, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:

- I – o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou
- II – a múltipla execução for conveniente para atender à Administração Pública.

Não se trata de parcelamento, visto que naquele modelo os objetos são separados antes da licitação e cada fornecedor tem delineado claramente o objeto a ser executado. Na simultânea, o mesmo objeto possuirá a potencialidade de ser executado por qualquer dos contratados.

Esse tipo de contratação não pode ser utilizado para serviços de engenharia de acordo com o RDC. O Decreto nº 7.581/2011, em seu art. 71, parágrafo único, ampliou essa vedação também para as obras públicas.

Interessante destacar que o referido decreto regulamentador substituiu a conjunção alternativa “ou” do texto da lei pela conjunção aditiva “e”, ou seja, acabou por exigir que as duas condicionantes para a adoção da contratação simultânea estejam presentes de forma concomitante.

Mas para qual tipo de objeto essa forma de contratação se mostra interessante? A doutrina, quase em sua totalidade, tem mencionado um único exemplo: a prestação de serviços de telefonia a longa distância. Como as tarifas de cada operadora são variáveis, em termos de destino da ligação e horário, o Administrador pode utilizar para cada caso específico a mais vantajosa.

Por essa unicidade de exemplos, e pela pequena magnitude de recursos envolvidos em telefonia, podemos notar que há um campo vasto e ainda não explorado de discussão para a ampliação do uso da contratação simultânea.

Sugerimos, assim, outra oportunidade de ampla utilização: a aquisição de material betuminoso para obras e serviços em pavimentação urbana. Em municípios em que haja mais de um fornecedor de asfalto, como o custo do material varia relevantemente conforme a distância de transporte, nem sempre a vencedora de uma licitação será a proposta mais vantajosa para qualquer ponto da cidade. Conforme a localização de cada usina, é comum que, a depender da rua a se executar um tapa-buraco, por exemplo, o preço do fornecimento da empresa perdedora seja mais vantajoso que o da vencedora da licitação — justamente por conta desses custos de transporte. Neste caso, pode ser mais vantajoso contratar-se mais de uma empresa. O fornecimento propriamente dito será realizado pela empresa que oferecer a melhor vantagem em cada serviço em específico, de acordo com a sua localização.

Contudo, se a contratação for simultânea para todas as praças, com a alocação das atividades a serem executadas por cada contratado, o mau desempenho de determinada empresa poderá ser suprido por uma readequação da distribuição inicial dos serviços.

## **169. Como fazer o controle dos contratos simultâneos?**

Toda inovação exige maneiras diferenciadas de controle. Não é diferente na contratação simultânea. Se uma parte do objeto pode ser executada por duas ou mais empresas, é imprescindível que a Administração construa uma metodologia de acompanhamento que detecte exatamente a parcela realizada por cada contratado. Por esse motivo, o §1º do art. 11 do RDC estabelece a necessidade da manutenção do “controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada uma das contratadas”.

Também será provável a disputa entre os contratados para a execução do maior conjunto de itens possível do objeto. Como deixar clara essa questão para que a fase contratual não traga excessivas disputas entre eles?

O art. 72, parágrafo único do Decreto nº 7.581/2011 preceitua que o “instrumento convocatório deverá disciplinar os parâmetros objetivos para a alocação das atividades a serem executadas por contratado”.

Como sempre no RDC, as possibilidades são muitas e caberá ao gestor, em seu poder discricionário, definir e motivar tais metodologias.

## 8.3 SUBCONTRATAÇÃO

### 170. É possível a subcontratação no RDC?

A subcontratação representa a transferência de parte do objeto pela empresa contratada para um terceiro a fim de que este execute obra ou serviço sob a responsabilidade e coordenação da primeira. É procedimento usual nos dias de hoje em face da especialização de diversas empresas menores que conseguem atuar com custos mais baixos.

A figura da subcontratação não deve ser confundida com a da sub-rogação, visto ser esta prevista no Código Civil, art. 346 a 351, e não na Lei nº 8.666/1993. O TCU firmou entendimento no sentido de que:

[...] em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93. (TCU. Decisão nº 420/02. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. *DOU*, 08 maio 2002)

A subcontratação estava prevista no art. 72 da Lei Geral de Licitações, com a restrição de que poderia acontecer até o limite admitido, em cada caso, pela Administração, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais da empresa vencedora da licitação. “A faculdade conferida à contratada pelo art. 72 da Lei nº 8.666/93 para subcontratar partes do objeto evita que a Administração venha a ter de promover outras tantas licitações a fim de complementar a execução do contrato que não pôde ser realizado, na sua integralidade, pela contratada. Não se pode perder de perspectiva que realizar licitação demanda tempo e acarreta custos para o Poder Público”. (TCU. Acórdão nº 3.378/2012. Plenário. Rel. Min. José Jorge. *DOU*, 12 dez. 2012)

O RDC não fez menção à subcontratação em seu texto. Essa figura somente foi lembrada no art. 10 do Decreto nº 7.581/2011: “A possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia deverá estar prevista no instrumento convocatório”.

A entrada da subcontratada no canteiro está condicionada à prévia autorização da Administração, conforme se pode depreender do §2º do mencionado artigo, cujo comando se inicia pela expressão “quando permitida a contratação”. O motivo dessa autorização é bem simples: a subcontratada deverá comprovar habilitação jurídica, regularidade fiscal e qualificação técnica necessária à execução da parcela da obra ou do serviço subcontratado.

Mas seria possível a subcontratação de qualquer parte da obra? O TCU, ao analisar caso com base na Lei nº 8.666/1993, deliberou que não é possível a subcontratação das parcelas tecnicamente mais complexas ou de valor mais significativo do objeto, que motivaram a comprovação de capacidade financeira ou técnica:

19. É necessário, ainda, examinar a divergência existente entre os pareceres do auditor federal de controle externo e do secretário de controle externo substituto acerca da exigência de qualificação técnica de eventuais subcontratadas.

20. O auditor propõe que o Tribunal fixe o entendimento de que “não é aplicável a exigência de comprovação, por parte de eventuais subcontratadas, da mesma qualificação técnica

exigida no edital para habilitação dos licitantes”, por entender possível que a administração autorize a subcontratação de parcela de alta complexidade técnica ou de valor significativo do objeto.

21. Já o secretário substituto, por considerar que tal parcela relevante não pode ser subcontratada, propôs a formulação de determinação ao Dnit para que não incluía, em seus editais-padrão, cláusula “que permita a subcontratação do principal do objeto, esse entendido como os itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, fora exigida a apresentação de atestados que comprovem a execução de serviços com características semelhantes”.

22. Não obstante a argumentação do auditor federal de controle externo, acompanho o posicionamento do secretário substituto.

23. A licitação se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. E a proposta mais vantajosa não é apenas a de menor preço, mas igualmente a que contempla a técnica adequada e a execução por empresa apta para tanto. Ou seja, busca-se com o certame licitatório também selecionar o contratado que melhor atenda às necessidades da administração.

24. Para assegurar a boa execução do objeto, é exigida do futuro contratado a demonstração de capacidade financeira e sua capacidade técnico-profissional e técnico-operacional, de forma a comprovar sua aptidão mediante desempenho de tarefas semelhantes.

25. Tal comprovação de aptidão, obviamente, está relacionada às frações tecnicamente complexas e financeiramente relevantes do objeto, sob pena de serem absolutamente descabidas as exigências de habilitação.

26. Assim, não faria sentido admitir que tais parcelas cruciais do objeto, para cuja execução foi selecionado o licitante mais apto, fossem posteriormente transferidas a terceiro por este escolhido. Isso tornaria completamente desnecessário o procedimento de habilitação e, conseqüentemente, esvaziaria de qualquer significado ou finalidade os dispositivos da lei que o preconizam, o que não pode ocorrer.

27. Conclui-se, pois, que não é possível a subcontratação das parcelas tecnicamente mais complexas ou de valor mais significativo do objeto, que motivaram a comprovação de capacidade financeira ou técnica. (TCU. Acórdão nº 3.144/2011. Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. *DOU*, 09 dez. 2011)

## **171. Qual a responsabilidade do contratado no caso de subcontratação?**

O art. 10, §1º do Decreto nº 7.581/2011 registra que “a subcontratação não exclui a responsabilidade do contratado perante a Administração Pública quanto à qualidade técnica da obra ou do serviço prestado”. Essa posição apenas reitera toda a jurisprudência adotada na utilização da Lei nº 8.666/1993:

De acordo com o que consta das citadas normas, nos é possível afirmar que qualquer forma (subcontratação, cessão, transferência, fusão, cisão, incorporação) pela qual se opte para transmitir direitos e obrigações a outrem:

1. Não pode isentar a contratada de suas responsabilidades contratuais e legais;
2. Somente pode-se lançar mão de tais mecanismos se previamente autorizados pela Administração, para o quantitativo e para as partes do objeto contratado que essa especifique; e
3. A previsão da transmissão de direitos e obrigações, para que possa ser levada a efeito, precisa estar prevista tanto no edital quanto no contrato. (TCU. Acórdão nº 153/2002. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. *DOU*, 10 maio 2002)

Realmente, careceria de sentido que a empresa contratada pela Administração utilizasse o mecanismo da subcontratação para se livrar da responsabilidade assumida no curso do processo licitatório.

## **AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS DOS LICITANTES**

### **9.1 A AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS**

#### **172. Qual o papel da Comissão?**

A comissão de licitação é peça chave no processamento das propostas. Ousamos dizer que seu papel é muito mais importante e difícil com o uso do RDC do que era com a Lei nº 8.666/1993 por diversos motivos: a dinâmica do certame, com fase de lances, o sigilo do orçamento, e a possível necessidade de negociação. Acresça-se, ainda, a utilização da contratação integrada,<sup>96</sup> oportunidade em que os membros terão apenas orçamento estimativo e anteprojeto em mãos para avaliar as propostas de todos os licitantes.

De acordo com o art. 17 do Decreto nº 7.501/2011, a comissão de licitação verificará a conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório quanto ao objeto e ao preço e deverá desclassificar, mediante decisão motivada, os licitantes cujas propostas não estejam em conformidade com os requisitos.

O desafio da comissão é elevado diante do novo contexto trazido pelo RDC. Não é à toa que o art. 6º, §1º do referido decreto exige que sua composição tenha, “no mínimo, três membros tecnicamente qualificados, sendo a maioria deles servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos ou entidades responsáveis pela licitação”. Apesar de não haver uma definição objetiva para caracterizar os requisitos que asseguram a adequada qualificação, espera-se que todos os componentes conheçam adequadamente os procedimentos definidos no RDC e apresentem, no conjunto, conhecimentos técnicos na área do direito, da engenharia, da negociação ou próprios ao objeto que está sendo licitado.

O treinamento constante desses profissionais é requisito essencial para que possam desempenhar a contento suas tarefas e, conseqüentemente, garantir que a Administração consiga realizar licitações que envolvam vultosos recursos de modo a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa.

A seguir, serão apresentadas as principais questões para a apreciação das propostas.

---

<sup>96</sup> Ver questões 238.

### 173. Quando desclassificar uma proposta?

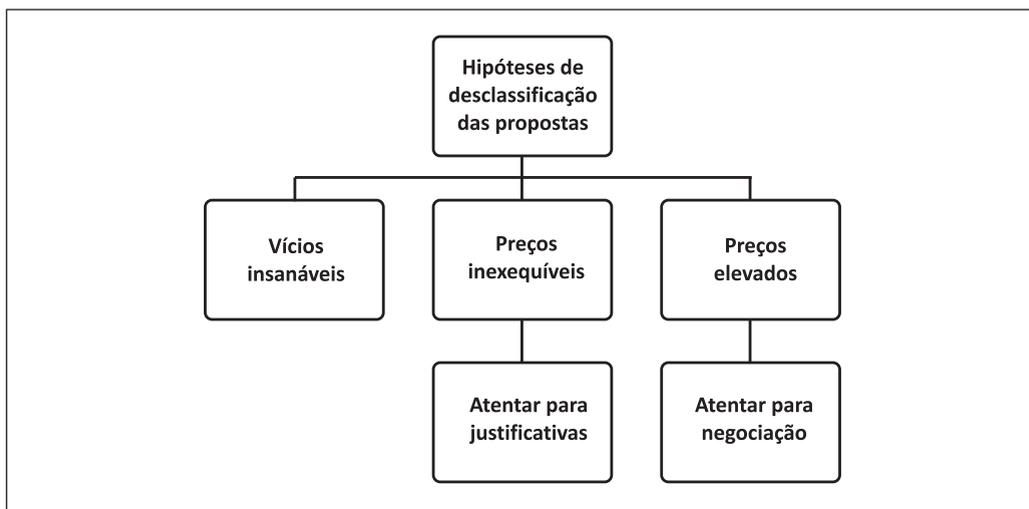
O art. 24 do RDC, reproduzido pelo art. 40 do Decreto nº 7.581/2011, estabelece que serão desclassificadas as propostas que:

- I – contenham vícios insanáveis;
- II – não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;
- III – apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;
- IV – não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração Pública; ou
- V – apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

De plano, cabe registrar que o objetivo da licitação é selecionar a proposta mais vantajosa. Nesse desiderato, a jurisprudência tem firmado entendimento de que não há razão de desclassificação de licitante se for possível o saneamento das informações apresentadas. Nessa linha, o art. 7º, §2º do mencionado decreto faculta “à comissão de licitação, em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a substância da proposta, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo”.

Uma análise mais detalhada das hipóteses de desclassificação nos demonstra três hipóteses básicas que podem ensejar a retirada do licitante do certame, conforme demonstra a Figura 7.7:

**Figura 7.7 – Hipóteses de desclassificação das propostas**



A primeira está relacionada a vícios insanáveis, prevista nos incisos I, II e V. Exemplo categórico seria o esquecimento da empresa em anexar seu orçamento no envelope das propostas. Incluímos aqui, ainda, o oferecimento de proposta para objeto que não

atenda às exigências editalícias; por exemplo, a oferta de valor para outro objeto, que não o especificado.

A segunda está atrelada à inexecuibilidade de preços, ou seja, os valores ofertados pelo licitante são tão baixos que ele não conseguirá entregar o objeto na forma pretendida pela Administração, trazendo enormes prejuízos à sociedade, como obras inacabadas. Nesse ponto, o legislador buscou destacar a possibilidade de que o órgão forneça a chance para que o licitante possa esclarecer a realidade dos seus preços em comparação ao mercado. Esse entendimento já havia sido incorporado na jurisprudência do TCU em casos avaliados sob o prisma da Lei nº 8.666/1993:

O critério definido no art. 48, inciso II, §1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. (Súmula TCU nº 262)

Já a última hipótese, relacionada a preços elevados, guarda algumas peculiaridades em relação aos procedimentos que vinham sendo adotados quando da análise de processos regidos pela Lei nº 8.666/1993. O principal detalhe está no fato de o orçamento-base da Administração poder estar acobertado pelo sigilo.

Nesse caso, é muito difícil para os licitantes terem a dimensão dos limites de preços que serão aceitos pelo órgão ou entidade contratante. Agrava a situação a necessidade de fixação de critérios de aceitabilidade de preços unitários ou por etapa, em função do regime de execução escolhido,<sup>97</sup> além daquele de preço global.

Por esse motivo, foi prevista pelo legislador, no art. 26 do RDC, a fase de negociação, a fim de que seja possível tentar conformar as propostas às fronteiras estabelecidas pela Administração, inicialmente com o primeiro colocado, ou, caso ele permaneça acima do orçamento estimado após a negociação, com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação estabelecida. Com efeito, vale atentar para a expressão “permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação” utilizada no inciso III do art. 24 do RDC.

Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a Administração Pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado.

## **174. Como avaliar a economicidade das propostas nas licitações de obras e serviços de engenharia?**

O art. 42 do Decreto nº 7.581/2011 esclarece que, nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários, ou seja, não basta que o licitante apresente apenas o menor valor global; é preciso que sua estrutura de custos dos serviços que serão realizados também esteja compatível com o mercado para evitar que ela pratique o “jogo de planilhas”.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> Ver questão 43.

<sup>98</sup> Ver questão 8.

Por esse motivo, o decreto regulamentador do RDC exigirá a observância de dois critérios de análise:

- a) o primeiro, afeto ao limite de valor global, no qual o preço do licitante não poderá:
  - a.1) superar o orçamento estimado pela Administração Pública, com base nos parâmetros previstos nos §§3º, 4º ou 6º do art. 8º da Lei nº 12.462/2011; e,
  - a.2) no caso da contratação integrada, ultrapassar o valor estimado da contratação na forma estabelecida no art. 9º, §2º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011.
- b) o segundo, relativo aos valores das parcelas que compõem o preço final da obra em função do regime de execução:
  - b.1) para o regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, os custos unitários ofertados dos itens materialmente relevantes não poderão superar os do orçamento-base;
  - b.2) para o regime de empreitada por preço global ou de empreitada integral, o valor de cada etapa prevista no físico-financeiro do licitante deve ser igual ou inferior ao valor calculado a partir do sistema de referência utilizado;
  - b.3) para o regime de contratação integrada, deverão ser previstos no instrumento convocatório critérios de aceitabilidade por etapa, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado, na forma prevista no art. 9º da Lei nº 12.462/2011, e compatíveis com o cronograma físico do objeto licitado.

A Tabela 7.6 ilustra melhor a questão:

**Tabela 7.6 – Regime de execução x Aceitabilidade em relação ao orçamento-base**

Aceitabilidade em relação ao orçamento-base	Regime de execução		
	Preço unitário ou tarefa	Preço global ou integral	Contratação integrada
Preço global	Sim	Sim	Sim
Preço unitário	Sim	*	*
Preço por etapa	*	Sim	Sim, mas de forma estimada no edital

## 175. Preciso avaliar a conformidade de todas as propostas?

Não é necessário. O art. 24, §1º do RDC autoriza a verificação da conformidade das propostas exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

Essa autorização é absolutamente pertinente com o intuito do RDC de otimizar os prazos de contratação. Afinal, se apenas uma empresa será contratada, qual o sentido de realizar a avaliação de todas?

O trabalho da comissão estará adstrito, em um momento inicial, à proposta da empresa que apresentar a proposta de menor preço. Claro que ele não se esgota aí. A análise deverá ser aprofundada em relação a todos os valores apresentados na planilha e, caso haja motivo para a desclassificação desse licitante, na avaliação das propostas dos licitantes seguintes na ordem de classificação.

## 176. O que é a “fase de negociação”?

De acordo com Wanderley, “negociação é o processo de alcançar objetivos por meio de um acordo nas situações em que existem interesses comuns, complementares e opostos, isto é, conflitos, divergências e antagonismos de interesses, ideias e posições”.<sup>99</sup>

Em uma licitação, esta fase é aquela em que a comissão de licitação, de posse das propostas, percebe a necessidade de conversar com uma ou mais empresas para que os preços possam ser ajustados ou corrigidos a patamares que materializem de modo definitivo a proposta mais vantajosa para a Administração.

Claro que esse processo precisará ser documentado e contar com a anuência das empresas envolvidas.

## 177. Qual a diferença entre “negociar”, “solucionar conflito” e “barganhar” em uma licitação?

Em apertada síntese, “solucionar conflito” e “barganhar” representam espécies do gênero “negociar”.

Wanderley faz uma boa síntese das diferenças desses conceitos:

Existem duas formas de conduzir uma negociação. Uma é a barganha de propostas. Outra é a solução de problemas. Quem faz barganha de propostas não está interessado em conhecer a fundo o que está sendo negociado. Procura defender os seus interesses sem se preocupar com os da outra parte. Tem uma proposta ou solução para questão e preocupa-se em defender sua posição. Não se propõe chegar a um entendimento comum e compartilhado da questão com o outro negociador.

A solução de problemas tem outro enfoque. Antes de apresentar solução, é preciso entender a essência e os méritos da questão ou problema. Desta forma, seguem-se as etapas do processo de solução de problemas e tomada de decisão. Portanto, antes de apontar uma solução, é preciso fazer um diagnóstico, compreender a situação sob óticas variadas. Depois, procurar alternativas de solução, identificar critérios adequados e só então escolher uma que seja adequada. Assim, antes de chegar a um acordo, é preciso entender a questão pelas várias óticas das pessoas envolvidas.

Qual a melhor forma de conduzir uma negociação? Depende de cada situação. Existem situações em que a barganha de propostas pode ser perfeitamente válida. Por exemplo, ao comprar uma roupa ou eletrodoméstico, pode-se utilizar a barganha. Não é preciso agir como um solucionador de problemas, isto é, necessário conhecer os problemas do dono da loja, seu mercado, seus custos fixos e variáveis, o sistema de remuneração do vendedor. Mas, se o objetivo da negociação for a compra da mesma loja ou uma sociedade com o proprietário, há necessidade de agir como solucionador de problemas. [...]

Existem situações cuja única forma correta de procedimento é a solução de problemas. Imaginemos as divergências entre dois setores de uma mesma empresa. Os procedimentos do tipo barganha de propostas costumam levar ao perde/perde, ao enfraquecimento e à destruição da própria organização.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> WANDERLEY. *Negociação total: encontrando soluções, vencendo resistências, obtendo resultados*, p. 21.

<sup>100</sup> WANDERLEY. *Negociação total: encontrando soluções, vencendo resistências, obtendo resultados*, p. 26.

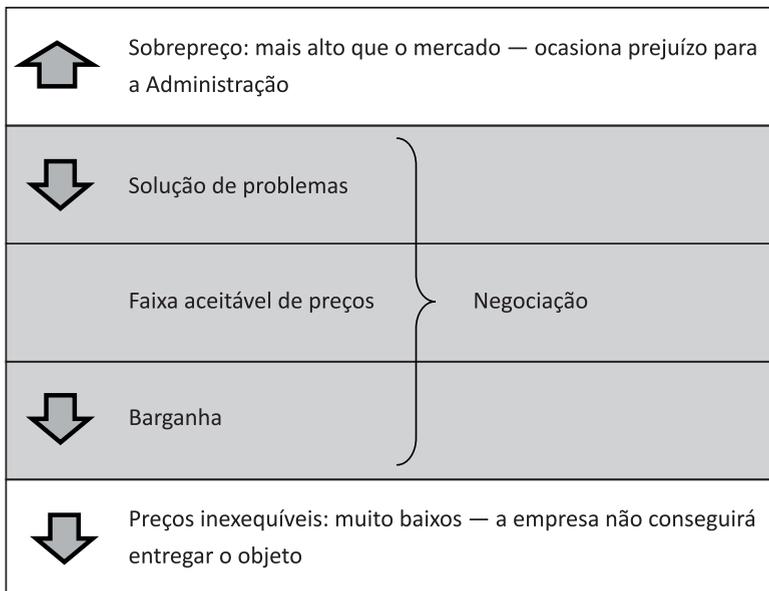
## 178. De que forma se dá a solução de problemas e a barganha em uma licitação?

Conforme já relatado, o RDC tem um enorme diferencial de flexibilização em relação aos demais procedimentos licitatórios, em especial pela possibilidade de a Administração não divulgar o seu orçamento-base no momento da licitação. Isso faz com que os licitantes tenham que apresentar suas propostas sem conhecer os limites impostos pelo órgão ou entidade.

Por esse motivo, o art. 24, inciso III da Lei nº 12.462/2011 já prevê a possibilidade de negociação com as empresas que permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação. Entendemos que o legislador esteja aqui antevendo a necessidade de uma solução de problema, não de barganha. E o motivo é simples: se, após um procedimento licitatório demorado e custoso, não for encontrada proposta que se adapte aos limites fixados para contratação do objeto, nada mais razoável do que buscar encontrar um caminho de ajuste das propostas apresentadas, ao invés de repetir todo o procedimento.

Não se trata, todavia, de barganha, que teria como objetivo reduzir o preço além dos limites razoáveis impostos pela Administração, conforme ilustra a Figura 7.8:

**Figura 7.8 – Faixa de aceitação de preços x Barganha (ver questão 105)**



## 179. Como avaliar e negociar o preço fornecido pelos licitantes?

Nos casos em que a Lei nº 8.666/1993 é utilizada, a avaliação do preço global fica extremamente simples, em especial pelo fato de todos os licitantes já o conhecerem quando da publicação do edital. Caso haja alguma discordância, existe a possibilidade de impugnação antes mesmo da apresentação das propostas.

Conforme já explanado, com o advento do RDC e a possibilidade de utilização de orçamento sigiloso, a situação se complica, pois nenhum dos licitantes terá a dimensão de valor utilizada pela Administração Pública. Isso significa que a probabilidade de todos os participantes do certame apresentarem preços acima dos estimados para contratação é maior.

Por esse motivo, o art. 26 do RDC autoriza a negociação de condições mais vantajosas. Haverá um leque de alternativas de negociação em função do caso concreto:

- 1ª Possibilidade: a proposta de menor preço situa-se em patamar igual ou inferior ao valor estimado pela Administração; e
- 2ª Possibilidade: a proposta de menor preço situa-se em patamar superior ao valor estimado pela Administração.

De plano, vale lembrar que a análise de preço global é necessária, mas não suficiente. Depois de vencida esta etapa, será imprescindível a avaliação da estrutura da planilha de custos em função do regime de execução.<sup>101</sup>

De volta à análise do preço global, na primeira possibilidade, a situação é mais confortável, visto que as condicionantes definidas para contratação foram observadas no que se refere ao preço global. Nada impede que a Administração busque uma redução do valor ofertado, mas as negociações devem ser concentradas apenas com a empresa que apresentou o melhor preço. Caso ela não concorde, não há como negociar com as demais licitantes.

Já na segunda, a situação deve ser tratada de forma mais sofisticada. É preciso iniciar a negociação com a empresa de menor preço, com vistas a estabelecer uma redução do valor ofertado que se enquadre no limite definido pela Administração.

Entretanto, caso a negociação não tenha sucesso, o RDC, em seu art. 26, autoriza a comissão de licitação a buscar acordo com as demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida.

## **180. É possível que a Administração modifique seu orçamento-base para um valor maior na fase de negociação?**

Esta é uma questão relevante, visto que existe a possibilidade de a Administração, no curso da negociação, perceber que existe falha no seu orçamento-base sigiloso. Quando o orçamento é divulgado na publicação do edital, essa possibilidade é menor, visto que os licitantes têm a oportunidade de apresentar impugnação antes da data de apresentação das propostas.

O art. 15, §4º do RDC, a exemplo de comando contido na Lei nº 8.666/1993, estabeleceu que “As eventuais modificações no instrumento convocatório serão divulgadas nos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas”.

A pergunta essencial em relação à necessidade da reabertura de prazo por alteração do orçamento é se existe algum prejuízo na formulação das propostas.

Se o orçamento foi divulgado na publicação do edital, é clara a existência desse prejuízo, visto que os licitantes tomaram por base os valores divulgados. Talvez alguns tenham desistido do certame por entenderem que os preços limites apresentados eram

<sup>101</sup> Ver questões 105 e 106.

insuficientes para garantir uma remuneração condizente. Nesse caso, acreditamos ser necessária a retomada dos prazos iniciais.

Todavia, se o orçamento-base foi sigiloso, qual o prejuízo na formulação da proposta pelos licitantes? Absolutamente nenhum. Eles não tinham qualquer chance de orientar seus preços ou decisões nos valores estimados pela Administração porque não tinham acesso a esses elementos. Neste caso, considerando ausência de prejuízo para as partes e ganho de tempo pela Administração, entendemos possível o ajuste para maior na estimativa, desde que ela não ultrapasse os valores orçamentários de aprovação do empreendimento.

Um único cuidado deve ser tomado. Trata-se do necessário fornecimento tempestivo do orçamento “correto” aos órgãos de controle, para não frustrar o princípio fiscalizatório denominado “expectativa do controle”. Caso se crie a rotina de, em todo momento, o orçamento ser corrigido, pode-se abrir uma porta para que exista a alteração do preço estimado unicamente nos casos em que o empreendimento seja auditado. O TCU tratou dessa questão:

Já com relação à revisão da planilha orçamentária após a publicação do edital, a Secob-1 anotou que, instada pela equipe de auditoria, a Infraero não disponibilizou os preços editais à fiscalização. A empresa justificou que o orçamento da obra estava sendo revisado, em detrimento do Acórdão nº 163/2012-Plenário. A decisão alertava ao Presidente da Infraero — em virtude de irregularidades identificadas em outras fiscalizações — que novas inconsistências na avaliação dos quantitativos de serviços poderiam ensejar a apenação dos responsáveis.

A Secob-1, em contraponto, concluiu que “o fato de o orçamento ser mantido sob sigilo até a data de recebimento das propostas não autoriza a constante atualização dos preços unitários dos serviços”. Acrescentou, ainda, que “a constante atualização prejudica a atuação dos órgãos de controle prevista no art. 6º, §3º, da Lei nº 12.462/2011”. Entendeu, deste modo, pela “vedação de revisão de orçamento na fase externa do certame, nos termos do Decreto nº 7.581/2011, a estabelecer, em seu art. 4º, inciso II, alínea ‘b’, que o orçamento e o preço de referência devem ser providenciados na fase interna da licitação”.

Em um juízo da questão, de fato, não obstante o exercício da autotutela administrativa — em rever seus próprios atos quando eivados de vício — entendo que a fluidez da peça orçamentária, na fase externa da licitação, possa trazer prejuízos graves ao princípio do controle.

O porte constitucional do controle externo, ao potencialmente julgar os atos tomados na gestão da coisa pública, impõe o dever de cuidado ao administrador. Sua conduta como “guardador” da res publica será potencialmente auditada e julgada, em um ciclo autoalimentado que, tanto visa o aperfeiçoamento da Administração, como tende a inibir condutas ilícitas e desvinculadas do interesse coletivo.

Essa “expectativa de controle” dá também efetividade ao poder fiscalizatório, mesmo sem a sua presença onisciente. Tal obrigação, de bem gerir os valores confiados, associada à perspectiva da ação fiscalizatória (em caráter inibidor), são essenciais ao controle de conformidade.

Se, no entanto, diante de fiscalização — e imediatamente antes do seu início — admitirem-se repetidas modificações nos atos administrativos para então “conformá-los” para a auditoria, o potencial de benefícios da expectativa do controle faz-se esvaziado. Podem-se cometer ilegalidades; basta reparar-lhes o vício, sempre — e antes — que sejam auditadas. Essa probabilidade de policiamento de todos os atos é elemento fulcral para o exercício do controle, princípio de porte constitucional.

Logo, no que se refere a irregularidade mencionada, o orçamento deve estar disponível e apostado no respectivo processo administrativo que deu origem à licitação; e isso deve ser realizado ainda na fase interna, tal qual dispõe o art. 4º, inciso II, alínea “b”, do Decreto nº 7.581/2011. (TCU. Acórdão nº 3.366/2012. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 12 dez. 2012)

## 181. E se houver empate?

O RDC, em seu art. 25, estabelece os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

- I – disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação;
- II – a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;
- III – os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no §2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e
- IV – sorteio.

A possibilidade de apresentação de nova proposta fechada pelos licitantes empatados é interessante, mas nos parece que a grande inovação foi prevista no inciso II com a avaliação prévia de desempenho contratual dos licitantes. Não que seja de imediata implantação; contudo semeia procedimento esquecido no âmbito da Administração que é o registro do desempenho das empresas enquanto fornecedoras ou prestadoras de serviços. Aliás, a esse respeito, vale lembrar que o art. 36, §2º da Lei nº 8.666/1993 previa que “a atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral”.

Caso o empate persista, o Decreto nº 7.581/2011 prevê preferência:

- I – em se tratando de bem ou serviço de informática e automação, nesta ordem:
  - a) aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;
  - b) aos bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico definido pelo Decreto nº 5.906, de 26 de setembro de 2006;
  - c) produzidos no País;
  - d) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e
  - e) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; ou
- II – em se tratando de bem ou serviço não abrangido pelo inciso I do §2º, nesta ordem:
  - a) produzidos no País;
  - b) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e
  - c) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Na hipótese de, mesmo assim, o empate persistir, a opção é o sorteio.

## **182. Como proceder no caso de participação de empresas de pequeno porte na licitação?**

A Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 139/2011, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (EPP),<sup>102</sup> com o objetivo de definir regras que objetivam beneficiar a criação, estruturação e manutenção dessas empresas por meio de condições especiais de tratamento e recolhimento de tributos (Simples nacional), além de fornecer vantagens específicas na participação de procedimentos licitatórios públicos, por exemplo, a preferência de contratação em casos de empate, assim considerados: situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada; e, na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido for de até 5% superior ao melhor preço.

O RDC destaca, em seu art. 25, parágrafo único, que as regras previstas no caso de empate entre 2 (duas) ou mais propostas não prejudicam a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Apesar de desnecessária tal lembrança, entendemos que a afirmação da preferência para as EPPs é importante para reiterar a diretriz legislativa para todos os que lidam com licitações e contratos.

## **183. Quais as providências da Comissão para a análise dos preços licitatórios em um regime de execução por preços unitários? E nas contratações por tarefa?**

Vimos na questão Tabela 7.7 que a avaliação do preço global das empresas é condição necessária para a seleção da proposta mais vantajosa; mas não suficiente. Dependendo do regime de execução escolhido, haverá a necessidade de aprofundamento da análise.

No caso do regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, o art. 42, §2º do Decreto nº 7.581/2011 estabelece que “os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas não podem exceder os custos unitários estabelecidos no orçamento estimado pela Administração Pública”, entendidos como tal “aqueles que representem pelo menos oitenta por cento do valor total do orçamento estimado ou sejam considerados essenciais à funcionalidade da obra ou do serviço de engenharia”.

Esse percentual advém do conceito de curva ABC, tabela ou gráfico que demonstra a participação percentual de cada componente de custo no valor total da obra. Em geral, qualquer empreendimento apresenta grupo de insumos ou serviços que, embora em menor percentual, representa valor significativo, conforme ilustra a Tabela 7.7. Para esses

<sup>102</sup> Art. 3º, LC nº 123. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$360.000,00; e

II – no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$360.000,00 e igual ou inferior a R\$3.600.000,00.

itens pertencentes ao grupo A, especial atenção deve ser dedicada quando da análise de custos. Por esse motivo, a elaboração da curva é de extrema importância no estudo do orçamento de uma obra, pois permite a visualização clara dos itens relevantes.

Contudo, apesar da importância dada ao grupo A e B, os itens de menor relevância não devem ser desprezados na avaliação da peça orçamentária, visto que poderão existir aditivos futuros a serem celebrados que ocasionem o aumento de seus quantitativos e valores e, conseqüentemente, alterem suas posições na curva. O RDC, apesar de desconsiderar essa possibilidade, exigirá a manutenção do desconto da proposta original.<sup>103</sup>

**Tabela 7.7 – Curva ABC**

<b>Grupo</b>	<b>% dos itens de serviços ou insumos</b>	<b>% do custo de serviços ou insumos</b>
A	10	70
B	20	20
C	70	10

Mas a presunção para desclassificação de licitantes em função da aceitabilidade de preços unitários mais relevantes é relativa, ou seja, admite prova em contrário. Tanto que o inciso II do artigo em comento reconhece que, “em situações especiais, devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado aprovado pela Administração Pública, poderão ser aceitos custos unitários superiores àqueles constantes do orçamento estimado em relação aos itens materialmente relevantes”.

O RDC, porém, informa que, se o referido relatório técnico não for aprovado, será dada oportunidade de o licitante adequar seus custos unitários aos limites da Administração, sem alterar o valor global da sua proposta, ou seja, promovendo a compensação entre a redução dos valores unitários excessivos e o acréscimo de outros valores que estavam inferiores à base.

Caso o licitante não aceite essa compensação, deverá ser aplicado o disposto no art. 62:

Art. 62. É facultado à Administração Pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato, ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente, no prazo e condições estabelecidos:

I – revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei nº 8.666, de 1993 e neste Decreto; ou

II – convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

<sup>103</sup> Ver questão 204.

## 184. Quais as providências da Comissão na análise de valores em licitação que contemple regime de preço global?

Na empreitada por preço global ou empreitada integral também não deve ser considerada apenas a aceitabilidade do preço global. O legislador foi mais flexível para esses regimes do que para o unitário. E com razão, visto que a lógica de pagamento é diferenciada.

Nesses regimes, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles previstos no orçamento-base, desde que o valor global da proposta e o valor de cada etapa prevista no cronograma físico-financeiro seja igual ou inferior ao valor calculado a partir do sistema de referência utilizado.

O exemplo é simples! Basta imaginar determinado caso concreto em que o licitante apresentou preços diferentes daqueles previstos pela Administração para a etapa 1 do cronograma, conforme a Tabela 7.8:

**Tabela 7.8 – Comparação entre preços unitários e globais**

Serviços para etapa 1	Quantidade	Orçamento-base		Orçamento empresa	
		P.U	P.T	P.U	P.T
X	100	30,00	3.000,00	32,00	3.200,00
Y	50	20,00	1.000,00	22,00	1.200,00
Z	80	30,00	2.400,00	20,00	1.600,00
Total			6.400,00		6.000,00

Se o regime de contratação fosse por preço unitário, a empresa só poderia ser classificada se houvesse relatório técnico circunstanciado aprovado pela Administração Pública aceitando os valores para os serviços X e Y. Por outro lado, caso fosse regime global, os preços seriam aceitos sem problemas, uma vez que o valor cobrado pela empresa para a etapa 1 é inferior ao previsto no cronograma da Administração.

## 185. Como definir o valor da inexecutabilidade?

Se, por um lado, preços elevados trazem danos ao erário, por outro, preços baixos acabam por inviabilizar a execução do objeto, ocasionando prejuízo ao interesse público pela impossibilidade de seu atendimento.

Não é tarefa simples afirmar a partir de qual valor determinado preço é muito baixo e quando, portanto, a empresa não terá condições de executar os serviços.

O Decreto nº 7.581/2011 adotou fórmula idêntica àquela utilizada pela Lei nº 8.666/1993 para a identificação desse limite inferior. Em seu art. 41, esta regulamentação estabeleceu que, nas licitações de obras e serviços de engenharia, consideram-se inexequíveis as propostas com valores globais inferiores a setenta por cento do menor dos seguintes valores:

- I – média aritmética dos valores das propostas superiores a cinquenta por cento do valor do orçamento estimado pela Administração Pública, ou
- II – valor do orçamento estimado pela Administração Pública.

Altounian<sup>104</sup> apresenta exemplo que ilustra a forma de cálculo definida em lei para aceitabilidade do preço global: em determinado certame, a Administração estabeleceu, com base em projeto bem elaborado, o preço global máximo de R\$9.000.000,00 para a contratação. Foram apresentadas as seguintes propostas: empresa A = R\$9.000.000,00; empresa B = R\$7.200.000,00; empresa C = R\$4.800.000,00; empresa D = R\$4.000.000,00; empresa E = R\$10.000.000,00. Qual o procedimento da comissão para a identificação da proposta mais vantajosa sob o aspecto do preço global?

- a) Análise 1 – desclassificar as empresas que não atenderam as condições fixadas no edital, ou seja, critério de aceitabilidade de preço global máximo:<sup>105</sup> estará desclassificada a empresa E por ter apresentado valor elevado (R\$10.000.000,00).
- b) Análise 2 – verificar a exequibilidade, nos termos do art. 48, II e §1º da Lei de Licitações:
  - b.1) 1º passo: calcular a média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração, definida no art. 48, §1º, “a”: deverá ser excluída a proposta de R\$4.000.000,00 visto ser inferior a 50% do valor estipulado pela Administração.

$$V = \frac{9.000.000 + 7.200.000 + 4.800.000}{3} = 7.000.000,0$$

- b.2) 2º passo: considerar o valor orçado pela Administração, nos termos do art. 48, §1º, “b”.  
 $V = 9.000.000,00$
- b.3) 3º passo: definir o valor equivalente a 70% do menor dos seguintes montantes calculados nos 1º e 2º passos, nos termos do art. 48, §1º.  
 $V = 70\% \text{ do menor dos valores} = R\$(0,7) \times 7.000.000,00 = R\$4.900.000,00$
- b.4) 4º passo: classificar as empresas que apresentaram preços superiores ao limite mínimo calculado na forma da lei (R\$4.900.000,00): devem ser desclassificadas, em virtude de apresentar o preço menor que o limite mínimo, as empresas C e D. Restam, portanto, as empresas A e B.<sup>106</sup>
- b.5) 5º passo: B foi o vencedor com menor preço (R\$7.200.000,00) do que A (R\$9.000.000,00).

## 186. O que fazer quando as propostas estiverem abaixo do valor do limite de exequibilidade?

O mero fato de o licitante apresentar preço inferior ao valor calculado pela fórmula do art. 41 do Decreto nº 7.581/2011 não enseja sua imediata desclassificação. O critério de desclassificação é relativo, ou seja, admite prova em contrário. Tal condição encontra-se pacificada pelo TCU por meio da Súmula nº 262, ainda na análise da Lei nº 8.666/1993:

<sup>104</sup> ALTOUNIAN. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*, p. 278.

<sup>105</sup> As propostas acima do limite de aceitabilidade fixado pela Administração devem ser desclassificadas antes do cálculo da média, caso contrário, valores excessivos apresentados por licitantes desvirtuariam o critério legal previsto na art. 48, §1º, alínea “a”, da Lei nº 8.666/1993.

<sup>106</sup> Cabe aqui um cuidado: conforme será descrito ao final deste capítulo, o TCU orienta os gestores que, antes da desclassificação por inexecutabilidade de preços, deve ser esclarecido junto ao licitante acerca da sua capacidade de cumprimento do objeto no preço ofertado.

O critério definido no art. 48, inciso II, alíneas “a” e “b” da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. (Súmula TCU nº 262)

Por esse motivo, o próprio regulamento fixa os procedimentos para o saneamento dos autos:

§1º A Administração deverá conferir ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

§2º Na hipótese de que trata o §1º, o licitante deverá demonstrar que o valor da proposta é compatível com a execução do objeto licitado no que se refere aos custos dos insumos e aos coeficientes de produtividade adotados nas composições de custos unitários.

§3º A análise de exequibilidade da proposta não considerará materiais e instalações a serem fornecidos pelo licitante em relação aos quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração, desde que a renúncia esteja expressa na proposta.

A única diferença da análise pelo RDC em relação àquela exigida por força da Lei nº 8.666/1993 está no fato de que o novo regramento estabelece a necessidade de que a renúncia de parcela da remuneração afeta a materiais e instalações a serem fornecidos pelo licitante esteja expressa na proposta.

## 187. Como manter o sigilo na fase de negociação?

O orçamento sigiloso traz desafios interessantes para a comissão de licitação. Existe uma grande possibilidade, como vimos na questão 176, de ser necessária negociação para que os limites previstos na contratação sejam obedecidos. Se o referido sigilo só pode ser aberto após o processamento da licitação,<sup>107</sup> na fase de negociação a comissão estará impedida de revelar o valor limite ao licitante. Convenhamos, árdua tarefa!

O problema já foi analisado pelo TCU, que reconheceu a necessidade da relativização do sigilo durante a fase de negociação. O voto do relator ilustra com clareza a questão:

Em outro questionamento, o supervisor da fiscalização aventou uma possível quebra de sigilo no certame. No núcleo da argumentação — transcrita, *in totum*, no relatório antecessor —, apontou-se possível quebra do sigilo depois de sucessivas tratativas negociais, diante do pífio desconto obtido (0,023%).

Nos exatos termos da Lei nº 12.462/2011:

“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.”

O Decreto nº 7.581/2011, ao regulamentar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, prevê o seguinte:

“Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.”

<sup>107</sup> Ver questão 74.

A questão merece cautela, notadamente por se tratar de novidade em matéria licitatória. De modo objetivo — e novamente com as vênias de praxe — existem situações em que não vislumbro como manter, de modo judicioso e a estrito rigor, o sigilo na fase de negociação. Se a “menor proposta” (em casos de licitações pelo menor preço) for superior ao valor máximo admitido, existem duas possibilidades: a primeira é de, na fase de negociação, o licitante abaixar sucessivamente seu preço para tentar atingir a “cota” permitida, em um processo de tentativas e erros — quase um jogo de “quente e frio”. Na prática, o “sigilo” seria quebrado no exato momento em que o preço atingir o teto de contratação. Nessa hipótese, a manutenção do sigilo só tornou o processo mais moroso, situação que, na busca pela eficiência (princípio explícito do RDC), inclusive no que se refere ao tempo para contratação, parece-me um contrassenso.

A outra hipótese é que, após consecutivas tentativas, o licitante não atinja o preço máximo admitido. A licitação restar-se-ia, então, fracassada. O próximo passo, por óbvio, seria empreender uma nova análise do orçamento, de modo a verificar-lhe a exequibilidade. Caso se decida, porém, pela manutenção do preço paradigma, a Administração correrá o risco de, novamente, ter o certame mal sucedido.

Quantas licitações, no âmbito da Lei nº 8.666/93, contudo, não foram “salvas” por argumentos pertinentes porfiados pelos licitantes na fase de impugnações — inclusive com relação ao orçamento-base? Ademais, a desclassificação decorrente de preço global superior ao estimado (art. 42, §1º, do Decreto nº 7.581/2011) deve se basear em uma presunção relativa (*juris tantum*). Por corolário processual, o licitante tem o direito de provar a factibilidade de sua proposta. Nesse contraditório, por que não poderia, também, provar que o orçamento da administração é que está inexecuível? Faria sentido repetir todo o ritual licitatório baseado em um orçamento irreal (pelo menos em potencial)? As respostas, acredito, serão dadas de acordo com as nuances de cada contratação.

Poder-se-ia aventar que o art. 24, inciso VII, da Lei nº 8.666/93 (aplicável para as contratações diretas no RDC) prevê a dispensa quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais. Logo, desclassificadas todas as propostas em repetidas oportunidades, estaria “autorizada” a contratação direta (abaixo do orçamento-base, obviamente). De certo, todavia, que se o orçamento-base estiver subestimado, a “boa contratação” pode estar em risco. Para justamente minimizar tal possibilidade é que pode ser mais interessante, antes de contratar diretamente, “depurar” o orçamento publicamente; ou seja, em nova licitação com orçamento aberto.

Quero dizer que, como ponto de partida, deve-se escrutinar se o orçamento sigiloso é sempre uma vantagem. Recorro, nesse sentido, ao que aludi no voto condutor do Acórdão nº 3.011/2012-Plenário:

“Quanto mais os serviços tenham previsão direta nesses sistemas referenciais, maior a previsibilidade do preço paradigma editalício. Obras rodoviárias, por exemplo, possuem, tradicionalmente, mais serviços referenciados pelo Sicro. São menos encargos possíveis e maior a previsibilidade do preço-base.

Obras portuárias e aeroportuárias, ao contrário, têm a característica de possuírem, via de regra, serviços relevantes — e complexos — não passíveis de parametrização direta com o Sinapi. A Administração, então, promove adaptações aos serviços similares, ou motiva estudos e pesquisas próprias, para estimar o valor razoável daquele item orçamentário. Da mesma maneira, na ausência de composição referencial, cada licitante promoverá a mesma avaliação. Estaria, nesse caso, em tese, melhor justificado o sigilo do orçamento.

Existe um contraponto. Esses estudos podem resultar em preços maiores ou menores que os do edital; e isso é tão mais verdade, quanto mais complexo e mais oneroso for o serviço. Se o mercado entender como maiores aqueles encargos, existirá uma grande possibilidade de fracasso do certame licitatório, por preços ofertados superiores aos valores paradigma. Muitas vezes, a licitação é “salva” por um argumento pertinente oferecido por um dos

interessados; inclusive no que se refere à viabilidade do preço estimado. Concluo, então, que, como o sigilo no orçamento-base não é obrigatório, e pelo dever de motivação de todo ato, se possa recomendar à Infraero que pondere a vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e em que parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referência explícita no Sinapi/Sicro, em face da possibilidade de fracasso das licitações decorrente dessa imponderabilidade de aferição de preços materialmente relevantes do empreendimento.

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade... Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida. O sigilo do orçamento, como optativo, é uma dessas portas a serem devidamente motivadas. Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha. O que ora apresentamos, deste modo, é que a extrema urgência no término da obra é um dos fatores a serem ponderados, em face do risco de licitações fracassadas.”

Alerto que esta conclusão parte da premissa que o orçamento sigiloso não é obrigatório. Eis os exatos termos da Lei nº 12.462/2011:

“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.

§1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o *caput* deste artigo constará do instrumento convocatório.

§2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no *caput* deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.”

Observada a condição disposta no §3º para a aplicação do *caput* (ou seja, se não constar do instrumento convocatório o orçamento da Administração), tal peça será sigilosa, tornada pública apenas ao final da licitação. Somente após desvendar se a peça orçamentária é sigilosa é que a estimativa realizada pela Administração seria publicada, após o encerramento da licitação. Em inverso, se constar do instrumento convocatório, tal orçamento não será sigiloso; será público.

Existem as obrigatoriedades do orçamento público definidas nos §§1º e 2º — *in casu*, para as licitações cujo critério de julgamento for o de maior desconto ou melhor técnica. A questão é sondar se essas duas hipóteses são exaustivas; ou seja, se podem existir outras circunstâncias, devidamente motivadas, que autorizem a “abertura” do orçamento.

Acredito que sim. Considero, aliás, que interpretação diversa seria a contrario sensu de toda a lógica do regime. O RDC delineou uma vasta gama de soluções para que o gestor definisse como obter a melhor proposta. Basta motivá-las, considerando as particularidades e idiossincrasias de cada contratação. Se demonstrada a vantagem em abrir o orçamento, que assim se faça.

Veja-se, em contraponto, o que prevê o Decreto nº 7.581/2011, ao regulamentar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas:

“Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento

convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.”

Regrou-se no decreto, sempre, o orçamento sigiloso; mas não extraio tal conclusão após uma interpretação lato da Lei nº 12.462/2011. Entendo o orçamento fechado como uma possibilidade — talvez uma preferência — mas não uma meta compulsória. Tal conclusão é a que mais se aproxima do espírito geral do Regime. Novamente, em se tratando das múltiplas possibilidades para definir o que vem a ser a melhor proposta, basta motivar o caminho de maior conveniência, dentro dos novos regramentos e dos ideais de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade.

Feita a digressão, se tomada a condição de o orçamento sigiloso ser uma plausibilidade, pode-se questionar se o fato de todas as propostas terem sido superiores ao paradigma não seriam condição para abertura dos preços. No caso concreto, afinal, existe uma meta de tempo a ser atingida, que é o término tempestivo da obra para a Copa do Mundo. Se mesmo após a abertura do orçamento na fase de negociação não restar proposta classificada (dentre os licitantes chamadas à negociação), a próxima licitação poderia ser feita com orçamento público.

Em arremate, não obstante a letra do Decreto nº 7.581/2011 regulamentar que somente ao fim do certame é que deve o orçamento ser publicado (a Lei estabelece a adjudicação como condição), para fazer valer a real possibilidade de negociar, desde que em ato público e devidamente justificado, não vejo, em princípio, reprovabilidade em abrir o sigilo na fase de negociação.

Especificamente com relação ao caso concreto, assim, e em razão de todas as controvérsias que rodeiam o tema, não extraio desabono de condutas que ensejem a dita instauração de processo administrativo. Até porque, *stricto sensu*, faltam-lhe elementos materiais mínimos para corroborar a real “quebra de sigilo”. Deixo de acolher, portanto, a proposta da unidade instrutiva nesse sentido. (TCU. Acórdão nº 306/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 07 mar. 2013)

Vale registrar que o art. 43 do Decreto nº 7.581/2011 sofreu alteração, por meio do Decreto nº 8.080/2013, em que foi definida a possibilidade de, encerrada a etapa competitiva do processo, serem 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”.

### **188. Como a Comissão deve agir caso um licitante na “técnica e preço” tenha maior pontuação global, mas esteja acima do valor orçado sigiloso; enquanto outro de menor pontuação tenha preço dentro do limite estabelecido?**

Objetivamente, a questão é a seguinte: o edital estabeleceu uma ponderação de 50% para a nota técnica e 50% para o preço, bem como uma nota mínima para a técnica de 60 em 100 pontos possíveis e preço limite de R\$100 milhões. A empresa A apresentou preço de R\$105 milhões e a B de R\$90 milhões. Após a avaliação e pontuação das propostas, foram encontrados os resultados apresentados na Tabela 7.9:

**Tabela 7.9 – Notas técnicas x Preço**

Critério	Empresa A		Empresa B	
	Técnica	Preço	Técnica	Preço
Nota item	100	80	80	90
Nota ponderada	90		85	

A empresa A tem maior pontuação ponderada, mas está com valor acima do limite fixado no edital. Caso ela concordasse em, na fase de negociação, reduzir seu preço para o limite fixado pela Administração, sua nota de preço até aumentaria e, conseqüentemente, sua proposta se tornaria mais vantajosa ainda. Como deveria proceder a Comissão neste cenário?

Entendemos que a empresa A não poderia ser chamada para negociação, pois não apresentou valor suficiente para sua proposta ser considerada válida. O art. 26 só reconhece a negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado, no caso, a empresa B. A negociação só poderia ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, caso o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, fosse desclassificado por sua proposta e permanecesse acima do orçamento estimado.

## **FASE RECURSAL E ADJUDICAÇÃO DO OBJETO**

### **189. Como serão processados os recursos? O que é a fase recursal única?**

Se o desafio atual é reduzir o tempo demandado no processo licitatório, é preciso criar mecanismos para reduzir a quantidade de recursos possíveis de serem interpostos, sem prejudicar o direito de defesa dos licitantes.

Na Lei nº 8.666/1993, considerando a existência de fase inicial de habilitação e posterior de análise de propostas restrita aos habilitados, era necessária a oportunidade de recurso para as empresas que não lograram êxito na primeira fase. O motivo é simples: a decisão afeta à inabilitação implicava diretamente na saída do licitante do certame.

Já na Lei nº 10.520/2002, diante da inversão de fases (análise de preços e depois habilitação), foi possível simplificar significativamente a questão recursal, em especial com a criação de fase única após a identificação da melhor proposta e o reconhecimento de sua habilitação. Caso algum interessado se sentisse prejudicado, não haveria prejuízo na interposição de recurso que, caso reconhecido procedente, levaria a avaliação das condições do licitante classificado em posição imediatamente posterior. Outra enorme vantagem nesta situação é acelerar os trabalhos da comissão de licitação, visto que, na sistemática da Lei nº 8.666/1993, empresas que tinham preços pouco competitivos, e logicamente não sabiam disso, interpunham elevada quantidade de recursos contra propostas que também não apresentavam preços interessantes.

Como a regra procedimental do RDC se aproximou daquela estabelecida no pregão, ou seja, análise de preços em primeiro plano e de habilitação apenas para o menor preço,<sup>108</sup> o art. 27 da Lei nº 12.462/2011 estabeleceu que, “salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor”. Nesta fase, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

### **190. Posso ter mais de uma fase recursal no RDC?**

No RDC ainda existe a possibilidade da opção pelo gestor de antecipar a fase de habilitação à análise das propostas, nos termos do art. 12, parágrafo único. Neste caso,

---

<sup>108</sup> Ver questão 80.

será necessária a existência de duas fases recursais, uma para habilitação e a outra para preços, a exemplo do que ocorre com a adoção dos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/1993.

Por esse motivo, o art. 27 do regime se utiliza da expressão “salvo no caso de inversão de fases” ao se reportar à utilização de fase recursal única. Por sua vez, o decreto regulamentador estabelece, em seu art. 58, que, no caso da inversão de fases, os licitantes poderão apresentar recursos após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas.

### 191. Quais os prazos para pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos?

O art. 45 da Lei nº 12.462/2011 estabelece os prazos a serem observados para a apresentação de pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos, conforme ilustra a Tabela 10.1.

De acordo com o art. 55 do Decreto nº 7.581/2011:

- a) na contagem dos prazos, exclui-se o dia do início e inclui-se o do vencimento; e
- b) os prazos se iniciam e expiram exclusivamente em dia útil no âmbito do órgão ou entidade responsável pela licitação.

**Tabela 10.1 – Prazos para pedidos e recursos**

Momento	Pedidos/recursos	Prazo
Fase externa antes da apresentação das propostas	Pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de:	Até 2 (dois) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens
		Até 5 (cinco) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços
Fase externa após a apresentação das propostas	Recursos em face do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados	5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata
	Recursos em face do ato de habilitação ou inabilitação de licitante	
	Recursos em face do julgamento das propostas	
	Recursos em face da anulação ou revogação da licitação	
	Recursos em face do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento	5 (cinco) dias úteis contados a partir do encerramento do prazo da interposição do recurso
Contrarrazões do recurso		
Na fase contratual	Recursos em face da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993	5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação
	Recursos em face da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública	
Qualquer fase	Representações relativas a atos de que não caiba recurso hierárquico	No prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação

Por fim, vale lembrar que o RDC, em seu art. 46, faz menção expressa à aplicação do art. 113 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

### **192. Qual o momento para o licitante manifestar a intenção de recorrer?**

Com vistas à celeridade no processamento dos recursos, o art. 45 do RDC preceitua que os licitantes que desejarem apresentar recursos de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II de seu *caput* deverão manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão. Medida acertada para otimizar o trabalho da comissão. Caso contrário, seria necessário aguardar todo o prazo disponível para recurso para, só então, dar prosseguimento ao processo.

### **193. Qual o processamento a ser dado pela Administração aos recursos interpostos?**

De acordo com o §6º do art. 45 do RDC, “o recurso interposto será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de 5 (cinco) dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão do recurso ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade”.

### **194. Quais os efeitos do acolhimento do recurso?**

Nos termos do art. 57 do Decreto nº 7.581/2011, o acolhimento de recurso implicará invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento. Esta regra advém dos princípios da economia e da instrumentalidade das formas, relacionados à busca da melhor relação custo-benefício do processo.

Enquanto o princípio da economia tem sua orientação ligada à obtenção do melhor resultado da aplicação do direito com o mínimo dispêndio, o da instrumentalidade, previsto no art. 244 do Código de Processo Civil, reza que nenhuma nulidade seja declarada sem que ocorra efetivo prejuízo a uma das partes.

## 195. Como manter a fase recursal única em licitações por técnica e preço?

A estrutura recursal do RDC foi pensada para licitações em que a análise das propostas tivesse como foco o menor preço. No caso do critério de julgamento ser de técnica e preço, a situação se complica um pouco quando houver a opção pelo modo de disputa aberto.

Vejamos os motivos!

A utilização do modo de disputa aberto depende de um sistema eletrônico que permita o processamento dos lances. Por esse motivo, o art. 13, §2º, do decreto regulamentador prevê a possibilidade do uso de “sistema eletrônico utilizado para a modalidade pregão, de que trata o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005”. Se o critério de julgamento objetivar a seleção do menor preço, não haverá maiores dificuldades: o passo a passo é idêntico ao do pregão.

Contudo, no caso da técnica e preço será necessário ponderar os dois critérios, mas o sistema existente não foi construído para essa ponderação. Surgem então as perguntas: o edital deve estabelecer qual ordem de procedimentos? A comissão de licitação iniciará com a fase de lance de preços ou verificará a nota técnica em primeiro lugar?

Todos os caminhos apresentam vantagens e desvantagens!

---

---

Se o início for pela técnica, e a fase de lances só for autorizada para quem tiver alcançado pontuação mínima, será obrigatória fase recursal intermediária para aqueles licitantes que se sentirem prejudicados com a exclusão do certame por conta da avaliação da comissão no quesito técnica.

---

---

Se, ao contrário, o início se der pela fase de lances, os licitantes não terão todas as informações necessárias para a oferta de preços. Aqueles que forem contemplados futuramente com melhores notas no quesito técnica não saberão, obviamente, desse fato no momento presente dos lances. Talvez desistam de fornecer descontos, pois não detêm informações a respeito de qual seria o valor necessário para vencer o certame, mesmo que menos atrativo do que o melhor preço.

Cabe lembrar que, diferentemente da habilitação, que pode ser analisada apenas para a melhor proposta, a avaliação da nota técnica deverá ser feita para todos os licitantes, pois a ponderação com o preço é que definirá a proposta mais vantajosa.

Outra questão não pensada: existe a possibilidade de “lances” que melhorem a nota técnica, por exemplo, prazo proposto para execução. O licitante poderia apresentar a redução de prazo, caso fosse critério de pontuação, para alcançar melhor nota.

Diante desse cenário, e até que seja desenvolvido sistema que permita o processamento concomitante de lances afetos a técnica e preço, entendemos que o melhor procedimento para manter uma fase recursal para a avaliação da nota técnica e outra para a habilitação.

## **196. Quais os procedimentos depois de encerrada a fase recursal?**

Após o exaurimento dos recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá, nos termos do art. 28 do RDC:

- I – determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;
- II – anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável;
- III – revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou
- IV – adjudicar o objeto e homologar a licitação.

Vale lembrar que o decreto regulamentador do RDC estabelece, em seu art. 59, a possibilidade de negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado depois de finalizada a fase recursal.

Para a anulação e revogação das licitações, aplicam-se as normas previstas no art. 49 da Lei nº 8.666/1993.

## **197. E se o licitante convocado não comparecer para firmar contrato?**

Neste caso, o RDC abre duas possibilidades em seu art. 40:

- I – revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nesta Lei; ou
- II – convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

Mas há uma novidade interessante: caso nenhum dos licitantes aceite a contratação nos termos do inciso II, a Administração Pública poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.



## EXECUÇÃO CONTRATUAL E SANÇÕES

### 11.1 FASE CONTRATUAL

#### **198. A Lei nº 12.462/11 é suficiente para orientar a execução contratual? O que mudou em relação à Lei nº 8.666/1993?**

Diferentemente da fase de licitação, as mudanças na fase contratual do RDC em relação à Lei nº 8.666/1993 foram pequenas. Aliás, com rigor, poderíamos dizer que a Lei nº 12.462/2011 está mais para RDL (Regime Diferenciado de Licitações) do que para RDC (Regime Diferenciado de Contratações) pela grande quantidade de inovações trazidas para a fase licitatória em relação à contratual.

Na verdade, o legislador preocupou-se mais com a aceleração dos procedimentos licitatórios do que com a melhoria gerencial da fiscalização dos contratos.

De plano, o art. 39 da Lei nº 12.462/2011 registrou que “os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei”. Podemos destacar as seguintes novidades em termos destas regras:

- a) restrição de aditivos para contratação integrada;<sup>109</sup>
- b) possibilidade de contratação de remanescente de obra com o segundo colocado, nas condições ofertadas por ele na licitação, e não mais com base nos preços do licitante vencedor;<sup>110</sup>
- c) exigência de projeto executivo para a realização dos serviços e obras.<sup>111</sup>

Sem dúvida alguma, o maior desafio da fase contratual está no acompanhamento da contratação integrada, visto que a Administração viverá uma nova realidade de fiscalização de contratos quando a própria empreiteira fizer o projeto básico. Esta fase de aprovação de projeto exigirá maior preparo dos servidores públicos para que evitem a autorização de soluções ou metodologias que possam comprometer a qualidade do empreendimento. Por esse motivo, essa questão terá trato especial na Parte II desta publicação.

---

<sup>109</sup> Ver questão 248.

<sup>110</sup> Ver questão 207.

<sup>111</sup> Ver questão 55.

## 199. Quem deve fiscalizar o empreendimento?

Continua valendo a mesma regra estabelecida no art. 67 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Todo contrato administrativo deve contar com um “fiscal de contrato”, que preenche a figura legal do representante da Administração especialmente designado. Nos casos de obra ou serviço de engenharia, é necessário um acompanhamento técnico por parte de profissional habilitado — engenheiro ou arquiteto. Caso o fiscal de contrato não preencha este requisito, deverá avaliar a conveniência de solicitar a seus superiores a contratação de apoio especializado a fim de lhe garantir o adequado suporte nas medições de serviços.

A propósito, é fundamental que o órgão ou entidade “esteja dotado de aparelhamento e de pessoal capacitado e em quantidade suficiente para proceder à fiscalização de obras ou parcelas de obras terminadas, com o objetivo de detectar desvios quantitativos e qualitativos em serviços medidos e/ou pagos”. (TCU. Acórdão nº 1.999/2009. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. *DOU*, 04 set. 2009)

Sobre o assunto, ainda, especialmente sobre o “poder x dever” de se contratar empresa para auxiliar a fiscalização (e no fornecimento do ferramental necessário à verificação de conformidade do objeto executado), é dever do ordenador de despesas providenciar a contratação de empresa especializada na fiscalização e supervisão do empreendimento, sempre que não dispuser de servidor habilitado (fática e legalmente) para fazê-lo.

## 200. O projeto executivo é obrigatório?

O art. 66 do Decreto nº 7.581/2011 estabelece que, “nos contratos de obras e serviços de engenharia, a execução de cada etapa será precedida de projeto executivo para a etapa e da conclusão e aprovação, pelo órgão ou entidade contratante, dos trabalhos relativos às etapas anteriores”.

O regulamento permitiu certa flexibilidade no desenvolvimento do referido projeto, ao permitir seu progresso concomitantemente com a execução das obras e serviços de etapa anterior, desde que autorizado pelo órgão ou entidade contratante. Vale aqui um cuidado da Administração para não autorizar a execução de etapa que sofra influência de estudos que ainda serão elaborados.

Para a contratação integrada, a análise e a aceitação do projeto deverão limitar a sua adequação técnica em relação aos parâmetros definidos no instrumento convocatório, devendo ser assegurado que as parcelas desembolsadas observem ao cronograma financeiro apresentado pelo licitante. Importa notar que a responsabilidade técnica é toda da empresa contratada, que deverá recolher as devidas anotações de responsabilidade

técnica (ARTs), não havendo por parte do órgão ou entidade contratante qualquer responsabilidade técnica sobre os estudos. O assunto, especificamente quanto à contratação integrada, será mais bem desenvolvido na Parte II desta obra.

### **201. A documentação “as built” é obrigatória?**

O RDC não faz menção expressa à necessidade de documentação “as built”, mas é tecnicamente recomendável que a Administração detenha em suas mãos ao final da obra todo o conjunto de informações dos serviços realizados para que a manutenção ocorra de modo tranquilo.

O ideal é que a incumbência do preparo da referida documentação fique com a empreiteira, uma vez que é a responsável pela real execução dos serviços e, logicamente, a que melhor conhece os detalhes de todo o desenvolvimento da obra.

### **202. Como são realizadas as medições nos regimes de execução por preço global e por preço unitário?**

Os principais conceitos afetos a regime de execução já foram tratados nas questões 38 a 46 deste livro.

A questão que se põe neste momento é a metodologia a ser empregada pela fiscalização quando da medição dos serviços em função do regime de execução contratual.

As medições nos regimes de execução por preço unitário têm por foco a aferição *in loco* dos quantitativos dos serviços que foram realmente executados. Esse comportamento da fiscalização decorre da própria definição legal desse tipo de regime, no art. 2º, inciso III: “empreitada por preço unitário: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas”.

Já no regime global, a lógica é outra, pois se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total. Nesse caso, a Administração está focada na verificação do cumprimento da etapa acordada com o contratado e não nos reais quantitativos executados.

Claro que, em ambos os regimes, as medições também devem estar atentas à qualidade e ao prazo de execução de todos os serviços. Em termos de aditivos, haverá maior probabilidade de que ocorram no regime unitário, mas nada obsta sua existência no regime global, conforme veremos na questão seguinte.

### **203. As regras para a celebração de termos aditivos mudaram?**

As regras contratuais afetas a aditivos deverão seguir as mesmas linhas previstas na Lei nº 8.666/1993.

A única menção expressa e direta a aditivos do RDC que se afasta da Lei Geral de Licitações, feita no art. 9º, §4º, refere-se à contratação integrada. Mesmo assim, os limites estabelecidos neste tipo de contratação continuam adstritos ao teto previsto no art. 65, §1º da Lei nº 8.666/1993.

A Tabela 11.1 ilustra a situação dos aditivos em função do regime de execução:

**Tabela 11.1 – Quadro resumo dos aditivos em função do regime de execução**

Regime de execução	Aditivos			
	Regra	Hipótese	Fundamento legal	Limite máximo
Preço global ou empreitada integral	Não há aditivo, mas poderá alcançar até 10% do valor total do contrato	Alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico	Art. 42, §4º, inciso III, do Decreto nº 7.581/2011	Art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993: até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos
Preço unitário	Até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos	Quantitativos executados e medidos superiores aos previstos no contrato	Art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993	
Contratação integrada	Não há aditivo	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	Art. 9º, §4º, inciso I, da Lei nº 12.462/2011	Dependerá da situação
		Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior	Art. 9º, §4º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011	

## 204. Como estabelecer preços de aditivos?

A linha a ser adotada, tanto pelos agentes responsáveis pela execução, quanto pelo *controle* “em contrato inicialmente equilibrado, que sofreu aditivos, deve pautar-se, prioritariamente, pela busca da manutenção da vantagem obtida pela Administração na contratação original” (TCU. Acórdão nº 865/2006. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. *DOU*, 09 jun. 2006). A preocupação da fiscalização deve ser evitar o pagamento de serviços aditivados, sejam novos ou estabelecidos no contrato inicial, com preços elevados.

Por esse motivo, o Decreto nº 7.581/2011, a exemplo do comando contido nas sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias — LDOs — e no Decreto nº 7.983/2013, prevê, no art. 42, §6º, que “a diferença percentual entre o valor global do contrato e o 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”. Objetivamente, o comando exige que o desconto original fornecido pelo licitante seja mantido ao longo de todo o contrato.

Por exemplo, a Tabela 11.2 demonstra uma obra pública em que a planilha de custos diretos prevê quatro serviços inicialmente contratados A, B, C e D, mais um do item novo E, com alteração de quantitativos dos demais serviços após termos aditivos:

**Tabela 11.2 – Exemplo de jogo de planilhas**

Serviço	Quant. inicial	Preço unitário contratado (R\$)	Preço unitário de referência Sicro ou Sinapi (R\$)	Preço total contratado (R\$)	Preço total contratado de referência Sicro ou Sinapi (R\$)	Quant. após aditivo	Preço após aditivo (R\$)	Preço após aditivo de referência Sicro/Sinapi (R\$)
A	10000	10,00	16,00	100.000,00	160.000,00	0	0,00	0,00
B	1500	15,00	12,00	22.500,00	18.000,00	2000	30.000,00	24.000,00
C	2000	60,00	50,00	120.000,00	100.000,00	2300	138.000,00	115.000,00
D	500	30,00	28,00	15.000,00	14.000,00	600	18.000,00	16.800,00
E	0	25,00	15,00	0,00	0,00	3000	75.000,00	45.000,00
TOTAL				257.500,00	292.000,00		261.000,00	200.800,00

*Desconto absoluto inicial de R\$34.500,00*

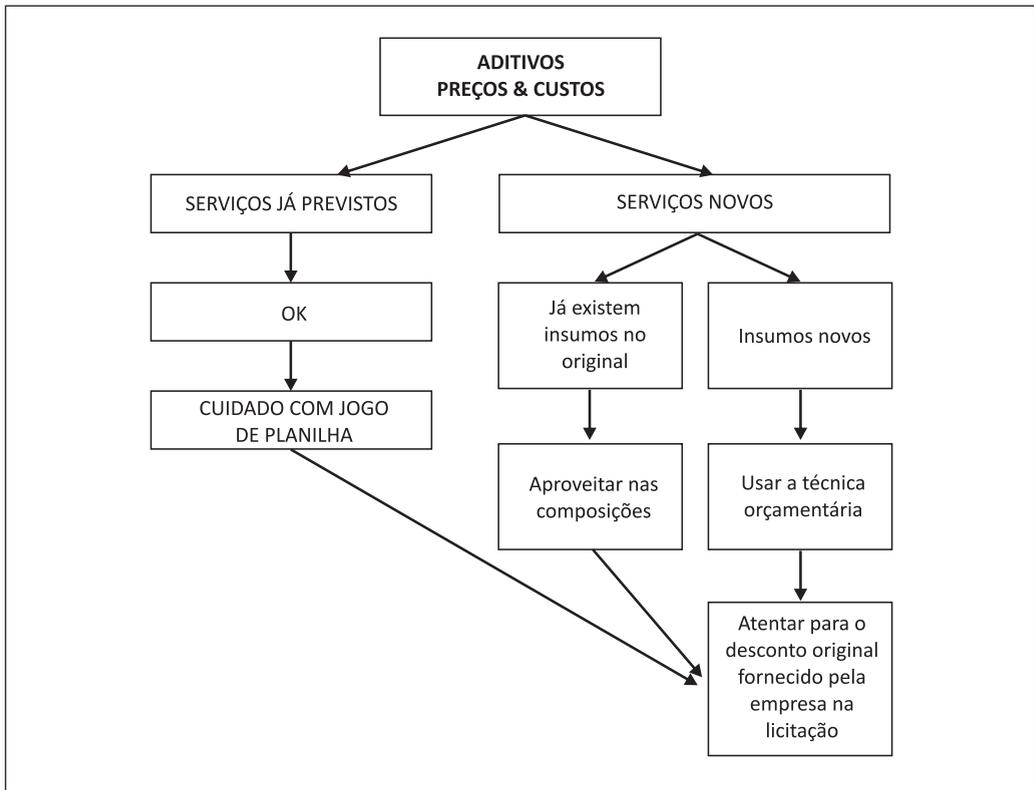
*Sobrepreço absoluto final de R\$60.200,00*

*Desconto relativo inicial de 11,82%*

*Sobrepreço relativo final de 29,98%*

Como regra do Decreto nº 7.581/2011, o desconto de 11,82% é mantido por toda a execução da avença. Se o preço final de referência após aditivos foi de R\$200.800,00, então, ao preço final contratado deveria ser aplicado um percentual de 11,82% deste valor. O limite para o preço contratado seria, pois, de:  $R\$200.800,00 - 11,82\% = R\$177.065,44$ . Como depois das modificações o valor da avença foi de R\$261.000,00, o valor a ser ressarcido seria de:  $R\$261.000,00 - R\$177.065,44 = R\$83.934,56$ .

A Figura 11.1 apresenta um fluxograma prático, com relação aos cuidados necessários para a prolação dos termos aditivos:

**Figura 11.1 – Procedimentos básicos para a definição de aditivos de preços**

A respeito do tema, cabem as seguintes observações ao órgão ou entidade:

- com o fim de evitar a realização de aditamentos contratuais viciados, que inclua, no contrato que vier a ser celebrado, regra disposta sobre a obrigatoriedade de adoção de preços unitários condizentes com a prática do mercado, caso se faça necessária a celebração de termos aditivos versando sobre inclusões de novos itens ou sobre acréscimos de quantitativos de itens da obra, facultando-lhe, porém, na hipótese, lançar mão dos valores de referência constantes da tabela Sinapi (TCU. Acórdão nº 1.600/2003. Plenário. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. *DOU*, 07 nov. 2003);
- ante a falta de estipulação de critérios de aceitabilidade de custos unitários e com vistas a se evitar a orquestração de “jogo de planilha”, caso sejam firmados termos aditivos ao contrato, [...] efetue alterações de quantitativos ou inclusões de serviços não pelos valores praticados no contrato, mas pelos custos mais vantajosos para a Administração Pública dentre os indicados no orçamento-base da licitação e os constantes na tabela Sinapi (TCU. Acórdão nº 2.469/2007. Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. *DOU*, 22 nov. 2007);
- na eventualidade de ter sido celebrado termo aditivo que evidencie a manipulação indevida da planilha contratual, em prática denominada de “jogo de planilha”, deverá ser exigida a restauração do desconto percentual ofertado inicialmente pelo licitante vencedor, a fim de manter as condições efetivas da proposta e

preservar a vantagem do contrato e, se for o caso, anulado o termo aditivo modificador das condições originais. (TCU. Acórdão nº 355/2007. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. *DOU*, 16 mar. 2007)

Vale lembrar que, na aprovação dos preços de serviços novos, deverá ser verificada a manutenção dos valores dos insumos pertencentes à composição de serviços já contratados, bem como a pertinência relativa de coeficiente de produtividade.

A orientação regulamentar da manutenção do desconto já constava nas Leis de Diretrizes Orçamentárias de anos anteriores, com a existência de decisões do TCU que apresentavam determinações para que o responsável, “ao realizar o aditivo de aumento de quantitativos, mantenha o valor do desconto ofertado pela contratada no preço global inicialmente ajustado”. (TCU. Acórdão nº 1.120/2010. Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. *DOU*, 1º jun. 2010; ver também TCU. Acórdão nº 2.654/2012. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 03 out. 2012)

Outra sugestão interessante do TCU a órgão público, quando a licitação se processar em lotes, é que, na “inclusão de novos serviços, observe o valor médio de serviços similares presentes nos demais lotes da mesma licitação, em atendimento ao que determina o Acórdão nº 2.013/2004-TCU-Plenário, cuidando, ainda, de observar o disposto no §6º do art. 109 da Lei nº 11.768/2008, no sentido de que, no que se refere ao valor total contratado, seja mantido o percentual de desconto oferecido no certame licitatório”. (TCU. Acórdão nº 1.754/2013. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. *DOU*, 18 jul. 2013)

Nos casos em que o contratante perceber a mudança de metodologia de execução de determinado serviço especificado no orçamento ou no contrato e a realmente empregada na obra, deve proceder aos necessários ajustes, de acordo com posicionamento do TCU:

A execução de alguns serviços pelos consórcios contratados se diferencia, de maneira significativa, do modo pelo qual foram concebidas as respectivas composições de custos unitários. Nesse caso, a mudança significativa na metodologia de execução do serviço implicaria, na realidade, na execução de serviço diferente do contratado. Essa diferença deve ser retratada na composição de custo do serviço.

Além disso, foram detectadas outras inconsistências, como o fato de a produtividade da composição de custo de alguns serviços se mostrar contraditória em relação à própria memória de cálculo do projeto.

Observei, ainda, superestimativa de quantidades de serviços no orçamento da obra, implicando sobrepreço nos contratos analisados. O argumento, por diversas vezes trazido pelas partes, de que só seriam medidos os serviços efetivamente executados, não pode ter o condão de proteger ou abrandar orçamentos inflados nas obras públicas, que possibilitem a extrapolação do limite dos termos aditivos exigido pela Lei nº 8.666/1993, nem ser condizente com projetos falhos e que demandam a necessidade de diversas readequações durante a obra.

Todas essas inconsistências são resultado de falhas no orçamento do projeto básico (considerado na licitação) e ocasionaram as irregularidades suscitadas no presente processo. Portanto, faz-se necessária uma readequação/correção do projeto contratado, de modo a que o preço unitário pago pela Administração retrate o processo construtivo empregado na execução dos serviços questionados e as quantidades contratadas reflitam as estritamente necessárias para a realização da obra.

Essa readequação, tal como proposta, encontra amparo nos artigos 6º, incisos IX e X; 12, incisos III e V; 65, inciso I e 66 na Lei nº 8.666/1993, bem como no princípio da eficiência da Administração Pública, estabelecido no art. 37 da Constituição Federal. (TCU. Acórdão nº 2.872/2012. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. *DOU*, 05 nov. 2012)

## **205. Como proceder em caso de fusão, cisão ou incorporação do contratado, ou de substituição de consorciado?**

O Decreto nº 7.581/2011 orienta, em seu art. 67, §1º, que a ocorrência de fusão, cisão ou incorporação do contratado, ou de substituição de consorciado, não deve ser causa de rescisão contratual, desde que mantidas as condições de habilitação previamente atestadas.

## **206. Quais os cuidados a serem adotados pela Administração no recebimento do objeto contratual?**

A Lei nº 12.462/11 não tratou diretamente do tema afeto ao recebimento. Porém, conforme já destacado, em seu art. 39, indicou os comandos afetos à execução contratual contidos na Lei nº 8.666/93 como referências.

O art. 73, I da Lei de Licitações especifica as etapas para o recebimento de obras e serviços: a primeira, provisória, realizada diretamente pelo responsável pelo acompanhamento do empreendimento; a segunda, definitiva, realizada por servidor ou comissão designada pela autoridade competente.<sup>112</sup>

A definição de duas etapas de recebimento demonstra a importância que o legislador conferiu ao momento da entrega do objeto contratado à Administração, sem prejuízo de a empresa executora dos serviços responder civilmente pela qualidade, solidez e segurança da obra, no prazo de cinco anos, nos termos dos art. 69 e art. 73, §2º da Lei nº 8.666/93 c/c art. 618 do Código Civil Brasileiro,<sup>113</sup> e efetuar a reparação de quaisquer falhas, vícios, defeitos ou imperfeições que se apresentem nesse período, sem ônus para a contratante. Se houver recusa ou demora na correção dos vícios identificados, a Administração poderá executar os serviços e deverá adotar todos os procedimentos cabíveis a fim de ter reparado os custos incorridos.

No recebimento provisório, deverão estar saneadas todas as pendências relativas à execução dos serviços, seja em relação a prazos, seja em relação a pagamentos. O fiscal deverá providenciar uma relação detalhada dos vícios encontrados e fixar prazo para a correção. A empresa, após a execução dos devidos reparos, comunicará por escrito a fiscalização e, no prazo de até quinze dias, será assinado termo circunstanciado. É momento de extrema relevância para a fiscalização em face da responsabilidade assumida com a assinatura do referido termo.

Já no definitivo, o principal objetivo é propiciar que profissionais não envolvidos diretamente na fiscalização façam uma avaliação final independente a respeito da viabilidade do recebimento.

<sup>112</sup> Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I – em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

<sup>113</sup> A propósito, recomenda-se leitura do Título VI, Capítulo VIII, do Código Civil, relativo a contrato de empreitada, artigos 610 a 626.

Apesar da aparente simplicidade dos procedimentos legais para o recebimento do objeto, por vezes ocorrem casos em que há flagrante descumprimento aos preceitos, conforme situação analisada pelo TCU:

[...] o sr. Presidente da Comissão de Fiscalização da obra, ouvido em audiência, não logrou justificar a irregularidade concernente ao recebimento provisório da referida obra em desobediência aos arts. 81 e 82 da IN/COSEG/SAG/nº 01/92, porquanto não haviam sido cumpridas todas as obrigações contratuais, estando a obra não concluída, consoante se depreende da própria listagem e orçamento de serviços pendentes apresentados pelo responsável em causa, bem como pelo Relatório de Inspeção Técnica elaborado para fins do recebimento definitivo, onde há o registro de que o prédio ainda estava em fase de conclusão. (TCU. Acórdão nº 247/99, 1ª Câmara. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. *DOU*, 1º jul. 1999)

Há, contudo, uma exceção para o recebimento provisório de obras e serviços. A lei dispensa esse tipo de recebimento quando o valor não exceder o limite definido para a contratação por carta convite, em face da pequena magnitude do empreendimento.

Interessante decisão foi adotada pelo STJ no sentido de que os pagamentos dos valores ajustados devem ser feitos no caso de contrato por empreitada, independentemente do termo de recebimento definitivo da obra:

I – Demonstrado que o contrato de empreitada foi realizado com etapas, ou seja por preço unitário, o termo de recebimento e entrega definitivo da obra é desnecessário para comprovar a execução dos serviços, devendo haver o pagamento dos valores ajustados no contrato sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

II – O termo de recebimento e entrega definitivos da obra somente é lavrado quando do término da execução da obra, não tendo relação com os serviços executados e cujo preço reclamado foi faturado pelo executor da obra e permanece sem pagamento. (STJ. REsp nº 687.774/MT, 1ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. *DJ*, 27 jun. 2005)

## 11.2 REMANESCENTE DE OBRA E CHAMAMENTO DO SEGUNDO COLOCADO

### **207. Quais as mudanças relativas à contratação do remanescente de obras trazidas pelo RDC em relação à Lei nº 8.666/1993?**

Finalmente, o necessário ajuste para contratação de remanescente de obra foi incorporado à legislação.

De acordo com o art. 41 do RDC, na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual, na hipótese do inciso XI do *caput* do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, a Administração observará a ordem de classificação dos licitantes remanescentes e as condições por estes ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação.

Providência oportuna, visto que a orientação anterior da Lei Geral de Licitações, que exigia do segundo colocado a observância dos preços do primeiro, inviabilizava na maioria dos casos o aceite da nova empresa, em especial nos casos em que a vencedora havia feito “jogo de planilha”, com o aumento dos preços dos serviços iniciais e a redução dos preços finais.

## 11.3 RESCISÃO E SANÇÃO

### 208. Quais as normas aplicáveis para a rescisão contratual?

O RDC remete as principais questões contratuais à Lei nº 8.666/1993, ou seja, acaba por abordar de modo tímido as matérias afetas à rescisão contratual em seu texto.

Apenas no art. 45, inciso II, alínea “f”, que trata de prazos recursais, podemos perceber a utilização da expressão rescisão, com referência às hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/1993.

A respeito dessa matéria, interessante a estruturação feita por Altounian:<sup>114</sup>

A Lei de Licitações prevê em seu art. 78, de forma exaustiva, todos os casos em que será possível a referida rescisão, ou seja, casos não relacionados na lei não poderão ser motivo para adoção dessa medida radical. A Tabela 10.2 apresenta as situações previstas na lei agrupadas pelos principais problemas que podem ocorrer.

Tabela 10.2

Problemas definidos na Lei de Licitações que podem ensejar a rescisão contratual

Problemas	Incisos do art. 78
Não cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais	I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis;
Não cumprimento de prazos pela empresa	III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; IV – o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; V – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
Descumprimento de ordens da fiscalização	VII – o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do §1º do art. 67 desta Lei;
Em relação à constituição societária da empresa	IX – a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; X – a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; XI – a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
Interesse público	XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

<sup>114</sup> ALTOUNIAN. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*, p. 370.

(conclusão)

Causados pela Administração	XIII – a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no §1º do art. 65 desta Lei; XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; XVI – a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;
Caso fortuito ou força maior	XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

A própria Lei de Licitações estipula, no art. 79, as três formas de condução da rescisão:

- a) por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do art. 78;
- b) amigável, desde que haja conveniência para Administração;
- c) judicial.

Cabem algumas considerações a respeito do assunto.

Em função das possibilidades elencadas em lei, verifica-se que existe apenas um caminho para a empresa contratada fazer valer sua decisão pela rescisão de forma unilateral: recorrer à esfera judicial. Por isso, inadmissíveis os casos em que a contratada simplesmente abandona o canteiro sob qualquer alegação.

Verifica-se, ainda, que a Administração, em caso de rescisão amigável, deverá motivar a conveniência do ato. Não basta a argumentação genérica da conveniência. É necessária a apresentação detalhada de justificativas que efetivamente embasem a alegada conveniência do interesse público.

A propósito, “a rescisão amigável de contrato administrativo, especificada no art. 79, inciso II da Lei nº 8.666/1993, somente é cabível se houver conveniência para a Administração e não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas na lei para a rescisão unilateral da avença”. (TCU. Acórdão nº 740/2013. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. *DOU*, 10 abr. 2013)

## 209. Quais as sanções contratuais previstas no RDC?

O RDC combina as sanções previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666/1993 com novas hipóteses previstas em seu art. 47. A novidade está na possibilidade de declarar o impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

- I – convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;
- II – deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;
- III – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- IV – não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;
- V – fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;
- VI – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou
- VII – der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

PARTE II

---

# A CONTRATAÇÃO INTEGRADA



## ANTEPROJETO

### 12.1 REQUISITOS

#### 210. O que é a contratação integrada?

---

---

A *contratação integrada* pode ser definida como a forma de ajuste, utilizada exclusivamente para a contratação de determinados tipos de obras e serviços de engenharia, em que o projeto básico e o projeto executivo são elaborados pela contratada no decorrer da execução do objeto, em conjunto com a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para entrega final do objeto (art. 9º, *caput* e §1º, da Lei nº 12.462/2011).

---

---

Essa possibilidade de desenvolver o projeto básico somente após a contratação embute elevado número de consequências em todas as fases do processo, desde a sua concepção até a entrega final.

Em face dessa inovação, considerando que as soluções técnicas para a consecução do produto serão desenvolvidas *a posteriori* da disputa licitatória, metodologias diferenciadas de execução e soluções de projeto múltiplas poderão ser ofertadas. Tendo em vista que serão apresentados preços envolvendo tecnologias díspares, a definição do que venha a ser a *melhor proposta* é altamente afetada. Os instrumentos convocatórios, por conseguinte, devem abrigar critérios específicos para a definição dessa oferta mais vantajosa. É imprescindível que sejam avaliados para tal *mister* não apenas os custos de execução da solução apresentada, mas todos aqueles encargos necessários a sua operação e manutenção.

Por conta dessa complexidade, a Lei nº 12.462/2011 condicionou inicialmente, quando de sua aprovação, como critério de julgamento, a utilização da “técnica e preço” (art. 9º, §2º, inciso III, da Lei nº 12.462/2011). Nada obstante a Lei nº 12.980/2014 ter excluído tal obrigatoriedade, existe inegavelmente uma necessidade de se compararem as propostas técnicas a serem apresentadas, cada qual com a sua metodologia/tecnologia própria.

O ajuste promovido no *caput* do art. 9º do RDC, pela Lei nº 12.980/2014, procurou deixar claro que a opção pela contratação integrada se restringe a objetos que envolvam, pelo menos, uma das seguintes condições:

- I – inovação tecnológica ou técnica;
- II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Diante do novo contexto, é necessário um melhor pensar sobre, por exemplo, o momento para a obtenção das licenças ambientais, as providências desapropriatórias, o conteúdo dos documentos editalícios, a estimativa de preço dos empreendimentos, os critérios para aceitação das propostas, o recebimento da obra e a aprovação dos projetos. Não houve somente uma agregação de novo tipo de empreitada; existiu uma verdadeira revolução em termos de uma cultura licitatória, sedimentada em mais de vinte anos da Lei de Licitações, na qual era de responsabilidade da própria Administração a definição do projeto básico. Essas modificações, em todas as fases da contratação, impõem novas lentes aos gestores, aos particulares, e aos órgãos de controle para lidar com uma inércia de paradigmas já sedimentados. Exige-se um novo olhar sobre o que vem a ser *melhor proposta*.

## **211. Como definir uma obra a ser licitada sem que exista o projeto básico do empreendimento?**

A ausência de projeto básico no ato de publicação do instrumento convocatório na contratação integrada não exige a Administração de oferecer elementos mínimos para a elaboração das propostas dos licitantes. Como as soluções técnicas podem ser desenvolvidas pelas empresas vencedoras no decorrer da contratação, todas as concorrentes devem estar cientes sobre o que será demandado em termos construtivos, como também ter acesso aos intervenientes com potencial impacto na concepção de seus preços. Trata-se de condições primeiras para a elaboração consistente de propostas, capazes de serem preferencialmente pontuadas<sup>115</sup> segundo a vantajosidade de cada concepção a ser idealizada.

A Lei nº 12.462/2011, em razão disso, estabelece que o instrumento convocatório contemple documento que abrigue os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço. Esse documento é nominado *anteprojeto*, e deve conter, de acordo com a Figura 12.1:

---

<sup>115</sup> Ver questão 227.

**Figura 12.1 – Requisitos do anteprojeto**

Anteprojeto (art. 9º, §2º, inciso I da Lei nº 12.462)
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 da obra;
c) a estética do projeto arquitetônico;
d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

O Decreto nº 7.581/2011 complementou a exigência das peças exigidas no anteprojeto, por meio do acréscimo, quando couber, dos seguintes elementos:

**Figura 12.2 – Peças exigidas no anteprojeto**

Anteprojeto (art. 74, §1º do Decreto nº 7.581/2011)
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.

Pretende-se conferir à licitação um lastro mínimo comparativo para a definição da proposta mais vantajosa (art. 9º, §3º da Lei nº 12.462/2011). Intenta-se, com isso, subsidiar as concorrentes com informações suficientes e indispensáveis para o dimensionamento de suas soluções, capazes de nortear o oferecimento de um preço, com responsabilidade e segurança.

Vale lembrar que a ausência de informações relevantes no anteprojeto poderá ensejar, em momento da execução contratual, complexas discussões a respeito do cabimento de aditivos.<sup>116</sup>

<sup>116</sup> Ver questão 248.

## 212. O que é o anteprojeto de engenharia?

A NBR 13.531/1995 — que dispõe sobre as condições exigíveis para a elaboração de projetos para a construção de edificações — assim preceitua:

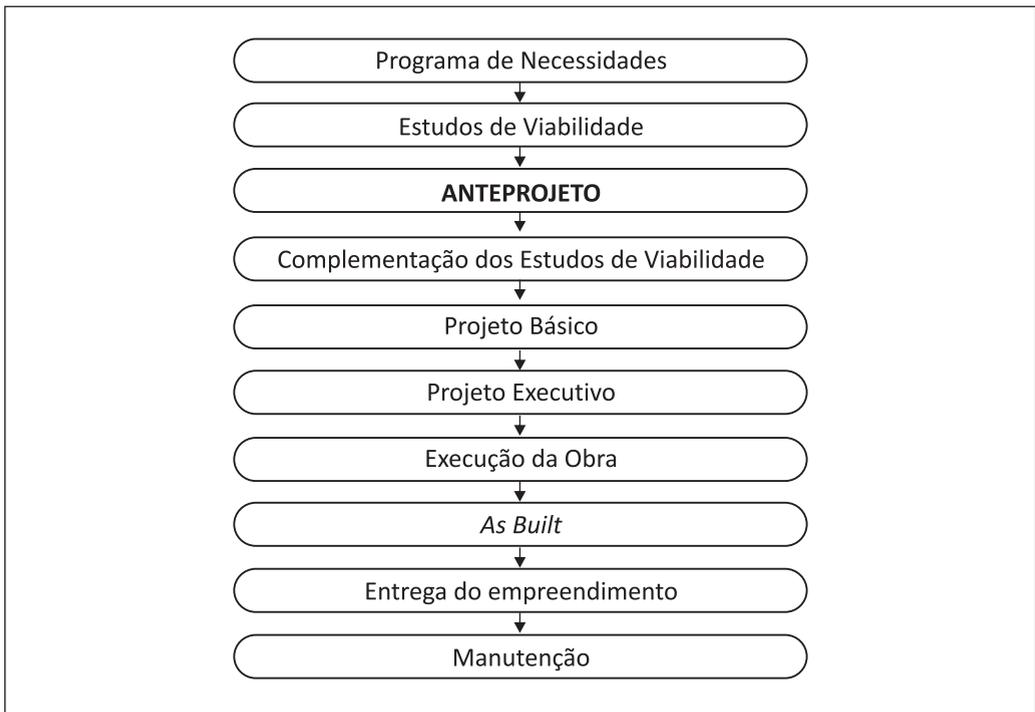
Anteprojeto (AP) e/ou Pré-Execução (PR): “etapa destinada à concepção e representação do conjunto de informações técnicas provisórias de detalhamento da edificação e de seus elementos, instalações e componentes, necessárias ao inter-relacionamento das atividades técnicas de projeto e suficientes à elaboração de estimativas aproximadas de custos e de prazos dos serviços de obra implicados”.

Por sua vez, a orientação técnica do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop) nº 04/2012 define o anteprojeto como:

Representação técnica da opção aprovada no estudo de viabilidade, apresentado em desenhos sumários, em número e escala suficientes para a perfeita compreensão da obra planejada, contemplando especificações técnicas, memorial descritivo e orçamento preliminar.

Nos moldes estritamente técnicos, conforme destacado na questão 35 desta publicação, o anteprojeto faz parte do “ciclo de vida” de um empreendimento, elaborado com base em elementos anteriores à sua feitura. Ele fornece subsídios para a elaboração e execução das etapas posteriores, de acordo com a seguinte sequência apresentada na Figura 12.3.

**Figura 12.3 – Fases da vida de um empreendimento**



É com base no anteprojeto, por exemplo, que se farão os Estudos de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) a tanto complementar os estudos de viabilidade, como fornecer diretrizes indispensáveis a serem observadas pelos projetistas na elaboração do projeto básico.

Cada etapa possui um objetivo. Depois do estabelecimento de um programa de necessidades, da escolha do terreno e da averiguação da viabilidade global do projeto (em termos técnicos e econômico-financeiros, por exemplo), o construtor — ou o Poder Público — carece de meios para preparar atos prévios e necessários à concepção do projeto completo, como por exemplo, a delimitação das áreas que serão desapropriadas, a definição de uma ou outra solução de projeto a ser desenvolvida, o afunilamento das previsões de custos, os critérios ambientais, etc.

---

O *anteprojeto*, nesse sentido, em uma visão técnica, é a peça prévia, necessária e fundamental para a obtenção de um projeto básico; é a linha de contorno da concepção das soluções técnicas, a ser devidamente preenchida pelo projeto detalhado.

---

Gostaríamos, em outra visão, de realizar um contraponto entre a definição técnico-normativa de anteprojeto e sua definição legal — esta última, segundo o aspecto positivo e valorativo da Lei (no caso, o RDC).

Na esfera legal, a Lei nº 12.462/2011 não materializa, de modo objetivo, o que é o anteprojeto. O instrumento legal limita-se a definir os seus elementos mínimos.<sup>117</sup> Embora possa haver certa congruência entre as definições técnica e legal, as licitações realizadas com base na contratação integrada podem apresentar nuances que demandem a modificação dessa regra.

É que, a depender do porte e complexidade da obra, de acordo com cada caso e de forma motivada, faz-se possível estabelecer maiores ou menores responsabilidades e riscos para o particular.<sup>118</sup>

Eventualmente, pode-se direcionar a modelagem de uma contratação a fim de permitir o desenvolvimento de soluções diferenciadas somente para um ou outro sistema construtivo do empreendimento: por exemplo, para o ar condicionado. Elabora-se um projeto básico com todos os elementos previstos em lei, mas somente para aquele determinado elemento construtivo — que, por suas características, exige um *know-how* qualificado dos particulares — disponibiliza-se um estudo mais simplificado. Cada licitante apresentará tecnologia distinta para a consecução daqueles objetivos claramente dispostos no instrumento convocatório para aquele sistema; e tais possibilidades poderão ser, inclusive, pontuadas por critérios de técnica e preço.

Na contratação narrada, o “anteprojeto legal”, em coerência com a modelagem idealizada, teve mais elementos que o previsto nas normas técnicas. De novo, o único sistema que não contaria com projeto detalhado seriam as instalações de ar condicionado.

---

<sup>117</sup> A ser destrinchada na questão 213.

<sup>118</sup> Ver questão 215.

E é aí que o termo técnico pode não se igualar à definição legal. O anteprojeto previsto na Lei nº 12.462/2011 deve ser coerente com a modelagem na distribuição de obrigações e de riscos.

Propomos, pois, com base nos regramentos positivados em lei, e também em seu contexto teleológico, a seguinte definição:

---

---

O anteprojeto, na contratação integrada, pode ser definido como *a peça fundamental da licitação, caracterizadora da obra ou serviço de engenharia a ser contratado e elaborado coerentemente com a alocação de riscos do certame, abrangendo todos os elementos necessários para permitir, com isonomia, a elaboração e comparação das propostas a serem ofertadas pelos particulares, bem como a posterior elaboração do projeto básico pelas contratadas* (art. 9º, §§1º, 2º e 3º da Lei nº 12.462/2011 c/c art. 74, incisos I a IV e §§1º, 2º e 3º do Decreto nº 7.581/2011).

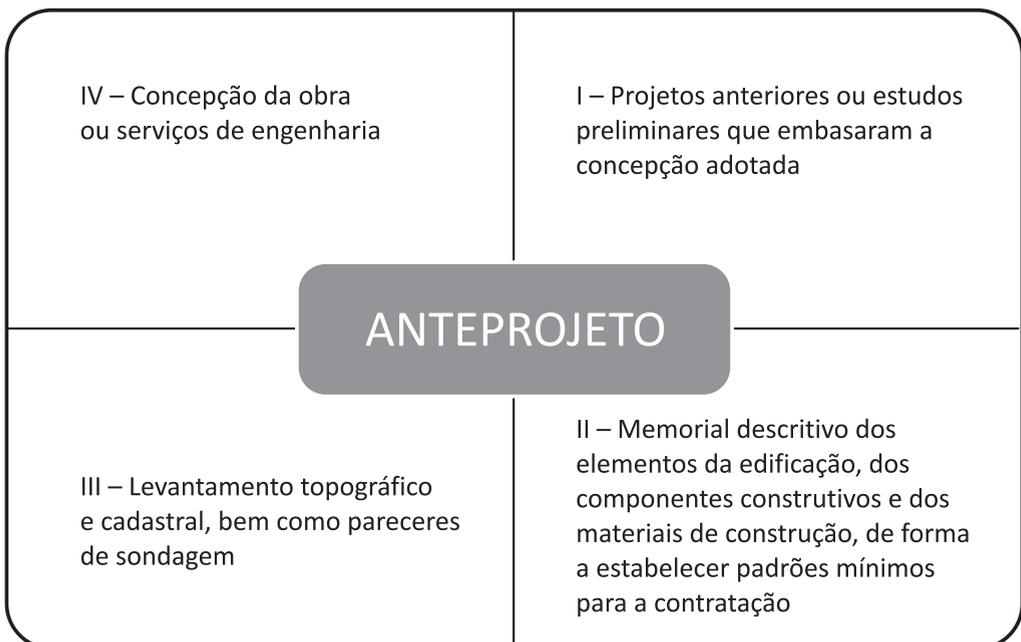
---

---

### 213. Quais os elementos mínimos de um anteprojeto?

Como visto, o Decreto nº 7.581/2011 estabelece os seguintes documentos técnicos como necessários em um anteprojeto (art. 74, §1º do Decreto nº 7.581/2011), conforme ilustra a Figura 12.4:

**Figura 12.4 – Elementos mínimos de anteprojeto**



O art. 74, *caput* do Decreto nº 7.581/2011 exige que o anteprojeto contenha, ainda:

- I – a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- II – as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega;
- III – a estética do projeto arquitetônico; e
- IV – os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

De modo prático, deverão constar todas as informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual e a comparação entre as propostas recebidas no curso da licitação (art. 9º, §2º, inciso I e §3º da Lei nº 12.462/2011 e art. 74, *caput* e §3º do Decreto nº 7.581/2011).

Como visto no tópico anterior, a definição legal de anteprojeto não necessariamente converge com o seu conceito normativo, estabelecido nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas — tidas como de observação obrigatória em obras e compras da Administração Pública, por força da Lei nº 4.150/62. De acordo com a Lei nº 12.462/2011 (vista de maneira *lato*), os elementos mínimos de um anteprojeto devem ser coerentes com a distribuição de responsabilidades e riscos motivadamente conferidos ao particular.<sup>119</sup>

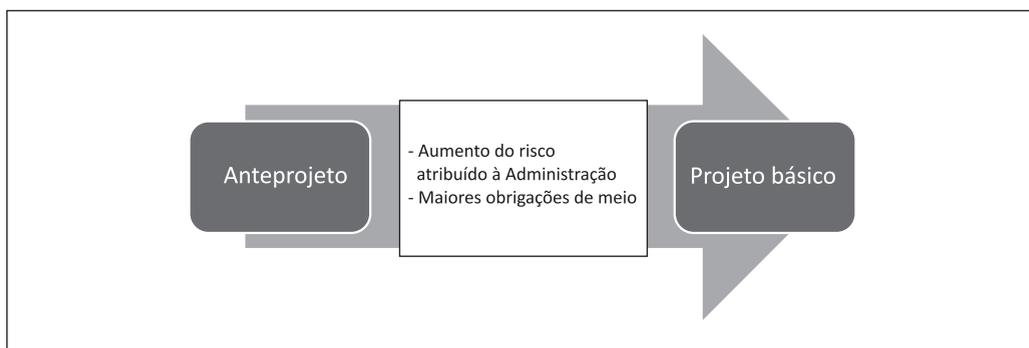
---

*Quanto maior o número de “obrigações de meio” a Administração repassar para a contratada, maximizando os riscos para si, mais próximo estará o anteprojeto legal do projeto básico. Por outro lado, à medida que o particular gozar de maior liberdade para inovar, com maiores riscos direcionados para a licitante, em um viés de obrigações finalísticas, mais genérico o anteprojeto poderá ser. Os elementos mínimos de anteprojeto, portanto, têm relação direta com essa distribuição de riscos e responsabilidades.*

---

O diagrama apresentado na Figura 12.5 é elucidativo:

**Figura 12.5 – Alocação de riscos x Elementos mínimos do anteprojeto**



<sup>119</sup> Melhor discutida na questão “Como distribuir os riscos do edital de licitações?” — ver questão 217.

Quanto mais obrigações de meio forem demandadas, com exigência de maior detalhamento das informações repassadas na licitação, mais o anteprojeto se aproximará do projeto básico.

Se, em exemplo prático, o risco do projeto estrutural for alocado para a Administração na definição editalícia, significa que fatos supervenientes a impactar nos elementos oferecidos no anteprojeto deverão ser contemplados em termo aditivo. A contratada será obrigada a seguir as especificações oferecidas no certame; e é claro que isso impõe maior esforço de detalhamento no projeto estrutural. Se o risco fosse do particular, o anteprojeto estrutural seria estimativo, realizado, unicamente, para melhorar a precisão do orçamento; e os particulares teriam liberdade para criar diferentes modelagens estruturais.

O patamar mínimo deve ser o necessário e suficiente para subsidiar, com isonomia, uma oferta de preço com idealização de soluções de engenharia capazes de render benefícios à Administração, a serem julgadas proporcionalmente a este potencial ganho (art. 9º, §3º, da Lei nº 12.462/2011).

Conforme a modelagem do empreendimento — em termos dessa distribuição de responsabilidades e riscos<sup>120</sup> —, o anteprojeto legal pode carecer de maior quantidade de dados. Julgamos, contudo, que *nenhuma obra ou serviço licitado pode incluir menos informações que essas definições técnicas inscritas na ABNT*. A depender da situação concreta, podem ser necessários mais elementos, mas nunca se admitirá menos que o conteúdo normativo. Conclusão natural, visto que o anteprojeto fornece subsídios fundamentais e indispensáveis para o bom desenvolvimento do projeto básico.<sup>121</sup> Informações insuficientes também não embasarão os licitantes, de forma segura, na oferta de suas propostas; tampouco propiciarão bases comparativas para definição da melhor oferta (art. 74, §3º do Decreto nº 7.581/2011).

Outra conclusão lógica é que, considerando os passos cogentes até a sua feitura, o anteprojeto conterá, também, todos os elementos de suas peças antecessoras, de acordo com a definição da NBR 13.531/1995, consoante ilustra a Tabela 12.1:

**Tabela 12.1 – Definições das etapas anteriores ao anteprojeto**

	<b>Definição</b>
<b>Levantamento</b>	Coleta de informações de referência que representem as condições preexistentes, de interesse para instruir a elaboração do projeto, o que abrangerá levantamentos físicos (topográficos, geológicos, ambientais e outros), técnicos, legais e jurídicos, sociais e econômico-financeiros.
<b>Programa de necessidades</b>	Determinação das exigências de caráter prescritivo ou de desempenho (necessidades e expectativas dos usuários) a serem satisfeitas pela edificação a ser concebida elaboração de análises e avaliações para seleção e recomendação de alternativas para a concepção da edificação e de seus elementos, instalações e componentes.
<b>Estudo preliminar</b>	Elaboração de análises e avaliações para seleção e recomendação de alternativas para a concepção da edificação e de seus elementos, instalações e componentes.

<sup>120</sup> Ver questão 215.

<sup>121</sup> Ver questão 217.

Após a elaboração dos estudos preliminares, deve-se, no anteprojeto, oferecer elementos aos licitantes para a definição das soluções de engenharia no momento da oferta das propostas. A caracterização do terreno, com base em levantamentos topográficos e sondagens adequadas, é condição *sine qua non* para vislumbrar um horizonte exequível aos preços a serem apresentados (incisos III e IV do §1º do art. 74 do Decreto nº 7.581/2011). Para poder aproveitar o *expertise* dos particulares — e nos parece ser esse o principal objetivo da contratação integrada —, é imprescindível a disponibilização dos intervenientes ambientais para que eles possam dimensionar, de acordo com o seu *know-how*, as metodologias construtivas, a fim de adimplir ao objeto contratual.

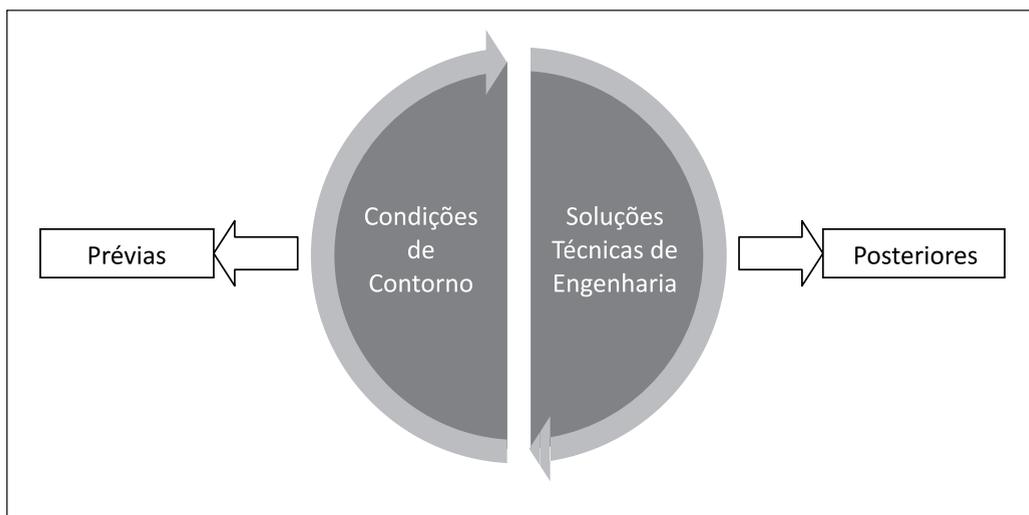
---

Em um referencial didático, o projeto de engenharia divide-se em duas frações: as *condições ambientais de contorno* e as *soluções técnicas de engenharia*. A importância dessa divisão está no fato de que as soluções técnicas serão definidas de acordo com as condições de contorno previamente fixadas. Existe aqui uma relação umbilical entre as duas variáveis: quando se explicita o que exatamente se pretende construir, dadas determinadas condições do meio ambiente (solo, uso, clima, etc.), projeta-se um meio para atingir esse objetivo.

---

As condições ambientais de contorno, portanto, são dados de entrada, prévias ao dimensionamento. As metodologias de execução e especificações técnicas são posteriormente estabelecidas em função dessas condições de contorno, conforme ilustra a Figura 12.6:

**Figura 12.6 – Projeto básico de engenharia: Condições de contorno x Soluções técnicas**

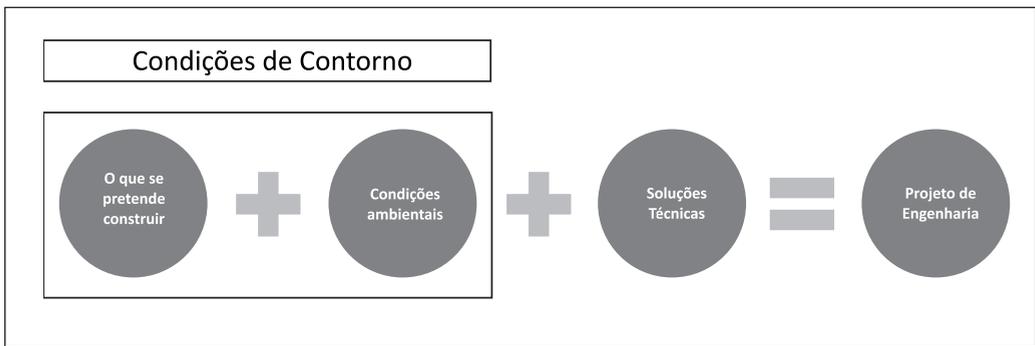


Em exemplo prático, poderíamos ilustrar as seguintes situações:

- a) conhecidas as cargas da superestrutura e estabelecida a condição do solo (dureza, atrito e presença de água), o projetista irá dimensionar o tipo de fundação adequada para suportar aquela demanda;
- b) considerado um determinado equipamento elétrico, com potência conhecida, de acordo com a tensão utilizada e da temperatura ambiente esperada, o engenheiro irá parametrizar a bitola (espessura) do cabo para a sua alimentação;
- c) definidos os materiais disponíveis na região e o volume de tráfego, o projetista dimensionará um pavimento para atender à vida útil almejada;
- d) sabido o histórico de precipitação de chuva numa região, em conjunto com as características de permeabilidade do solo, será possível dimensionar os tubos para a realização da drenagem.

Podemos registrar o raciocínio em diagrama conceitual apresentado na Figura 12.7:

**Figura 12.7 – Elementos presentes em projeto de engenharia**



A definição ambiental precisa é condição obrigatória para o adequado dimensionamento — mesmo preliminar — dos projetos e, por conseguinte, requisito para a oferta de preços e soluções a serem adequadamente valoradas. A presença desses elementos é qualidade essencial para que existam efetiva concorrência e condições de comparação entre as propostas. No dito popular, “não se pode comparar laranjas com bananas”.

A Lei nº 12.462/2011 estabelece, em seu art. 9º, §3º, que, “caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologia diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas”. Ora, como a solução será valorada, *os contornos ambientais para as soluções de projeto são pressupostos na definição da melhor oferta*.

Nessa conclusão, os levantamentos topográficos, geológicos e demais condicionantes ambientais devam conter precisão suficiente para permitir o adequado dimensionamento da solução técnica a ser proposta, minimizando a necessidade de modificação durante a contratação (tal qual no projeto básico). Para as soluções de engenharia (elementos posteriores do projeto), o anteprojeto pode ser mais aberto, menos definitivo, e elaborado no intento de desenvolver um preço base da licitação mais preciso e justo, além de definir as condições de meio obrigatórias.

Por exemplo, em uma aplicação da contratação integrada para a execução de um edifício administrativo, o documento que explicita o que se pretende construir é o projeto

arquitetônico, enquanto as peças que definem as condições ambientais são os laudos de sondagem e as curvas de nível de topografia. Tais informações são o embrião de todos os projetos supervenientes e devem ser mais bem detalhadas.

Nesses casos, o anteprojeto arquitetônico da contratação integrada, via de regra, tem maior proximidade ao projeto básico, comportando menor margem de mudanças. Esse projeto de arquitetura é o que melhor define aquilo que a Administração está contratando. Os projetos complementares restantes serão, todos, realizados em função da arquitetura e de modo a viabilizá-la. Não se poderia, afinal, licitar o empreendimento sem delimitar qual a especificação do piso a ser colocado, sob pena de o licitante entregar o pior possível. Também não se admitiria a ausência da indicação da cor e da especificação da tinta, dos forros, dos vidros, dos metais, etc. A esse respeito, o TCU se posicionou da seguinte maneira:

9.1.5. No caso de obra de edificação, em regra, faz-se necessário que o anteprojeto preveja a arquitetura consistente do empreendimento, tendo em vista ser essa a informação definidora do produto a ser entregue à Administração e constituir-se em elemento fundamental para a avaliação de eventuais metodologias diferenciadas para o seu adimplemento, como também para a elaboração dos demais projetos de engenharia a serem desenvolvidos à época do projeto básico. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

O voto condutor da referida decisão registra com propriedade:

Depreende-se, pois, a indispensabilidade de clarear as regras da pactuação. Essas informações, tendo em vista impactarem relevantemente as expectativas de despesa das contratadas, são mandatórias. Tais esclarecimentos também caracterizam o objeto e as suas respectivas obrigações. Aliás, a matriz deve ser elaborada em coerência com o anteprojeto, visto que, caso se estabeleça obrigação em que não haja liberdade para a contratada inovar, tais encargos devem ter detalhamento obrigatório à época da licitação. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

Não significa que seja vedada a criação de modelagens tendentes a definir como responsabilidade da contratada a elaboração, também, de um projeto arquitetônico, diretamente a partir de um programa de necessidades pré-definido. Nessa opção, contudo, não deve existir margem de subjetividade da aprovação do projeto arquitetônico superveniente — o que nem sempre é possível, tendo em vista alguma carência de padrão objetivo de avaliação estética.

Nessa bússola, entendemos que a referência apresentada pela OT Ibraop nº 001/2006<sup>122</sup> pode servir como fonte de consulta para a escolha das peças mais importantes na definição do anteprojeto para contratação integrada em uma edificação, conforme os elementos apresentados na Figura 12.8. Vale destacar, mais uma vez, que não estamos afirmando que o anteprojeto deva conter a totalidade dos conteúdos apresentados na referida Figura, mas apenas aqueles que se fizerem necessários à consistência da definição arquitetônica para a redução de futuros possíveis ruídos na negociação do projeto básico com a empresa vencedora da licitação. Se as condições de

<sup>122</sup> A OT Ibraop nº 01/2006 foi acolhida formalmente pelo Acórdão nº 632/2012-Plenário.

meio exigidas pela Administração (aquela em que o particular não poderá inovar) fixarem o nível de acabamento desejado em relação aos materiais a serem utilizados (tipos de piso, forros, pinturas, alvenaria, etc.), exigir-se-á a necessidade da identidade da “estética do projeto arquitetônico” com o “projeto arquitetônico completo”.

**Figura 12.8 – Elementos de anteprojeto para edificações (contratação integrada)**

<b>Especialidade</b>	<b>Elemento</b>	<b>Conteúdo</b>
Levantamento topográfico	Desenho	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Levantamento planialtimétrico</li> </ul>
Sondagem	Desenho	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Locação dos furos</li> </ul>
	Memorial	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Descrição das características</li> <li>• Perfil geológico do terreno</li> </ul>
Projeto arquitetônico	Desenho	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Situação</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Implantação com níveis</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plantas baixas e de cobertura</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cortes e elevações</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Detalhes (que possam influir na feitura da obra)</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indicação de elementos existentes, execução, em caso de reforma</li> </ul>	
Especificação	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Materiais, equipamentos, elementos, e sistemas construtivos</li> </ul>	

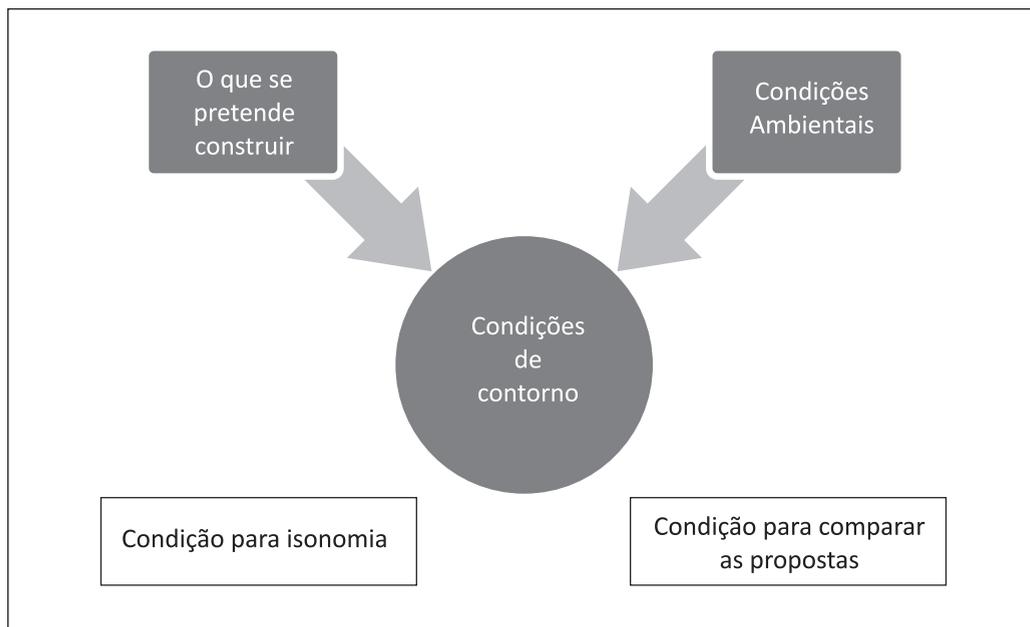
Os demais projetos (estrutural, elétrico, hidrossanitário, de incêndio, ar condicionado, etc.) podem ser providenciados de maneira a obter uma estimativa de custos paramétrica. A Figura 12.9 ilustra algumas situações:

**Figura 12.9 – Elementos de anteprojeto no RDC para sistemas complementares**

<b>Especialidade</b>	<b>Elemento</b>	<b>Conteúdo</b>
Anteprojeto estrutural	Desenho de modelagem estrutural alternativa (planta de formas estimada)	<ul style="list-style-type: none"> <li>Plantas de forma representativa dos elementos estruturais (vigas, pilares, lajes, consoles, etc.)</li> </ul>
	Orçamento estimativo	<ul style="list-style-type: none"> <li>Orçamento sintético, com quantitativos de concreto feitos a partir da planta de formas, quantitativos de aço e formas feitos em função do concreto (a partir de taxas estimativas)</li> </ul>
Anteprojeto elétrico	Desenho com pontos de consumo	<ul style="list-style-type: none"> <li>Indicação precisa dos pontos de consumo, caixas de passagem e quadros elétricos (interruptores, tomadas, etc.), que pode, até, ser indicada como de obediência obrigatória no projeto básico</li> </ul>
	Orçamento estimativo	<ul style="list-style-type: none"> <li>Orçamento sintético, com preços unitários estabelecidos por ponto de consumo, quadros elétricos e medidores</li> </ul>
	Especificação	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Materiais</li> <li>• Equipamentos</li> <li>• Critérios de aceitação para as soluções a serem apresentadas</li> </ul>
Anteprojeto hidrossanitário	Desenho de pré-dimensionamento	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indicação de todos os pontos de consumo (sanitários, lavatórios, chuveiros, etc.)</li> <li>• Localização estimada das caixas de inspeção e poços de visita</li> <li>• Lançamento preliminar, em planta baixa, das tubulações (colunas, ramais e alimentadores) pré-dimensionadas</li> </ul>
	Orçamento estimativo	Orçamento sintético, com a quantificação e precificação do pré-lançamento do anteprojeto
	Especificação	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Materiais</li> <li>• Equipamentos</li> <li>• Critérios de aceitação para as soluções a serem apresentadas</li> </ul>
Anteprojeto de ar condicionado	Desenho	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Localização estimada dos equipamentos, consoante estimativa de equipamentos a utilizar</li> </ul>
	Orçamento estimativo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Orçamento baseado em Toneladas de Refrigeração (TR) necessárias a atender à demanda, de acordo com as características de cada ambiente</li> </ul>
	Especificação	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Critérios de aceitação para as soluções a serem apresentadas</li> </ul>

Para os outros anteprojetos, como também para as demais tipologias de obra, o mesmo raciocínio pode ser utilizado. Deve restar *claro e completo o que se quer contratar*, como também *os intervenientes ambientais* que afetarão as propostas (condições de contorno), conforme ilustra a Figura 12.10. Os demais projetos, *a depender da distribuição de riscos positivada (e motivada)*, poderão ser realizados de maneira mais expedita.

**Figura 12.10 – Detalhamento obrigatório das condições de contorno no anteprojeto**



Finalmente, em se tratando de distribuição de riscos, o TCU formulou determinação para que seja observada na contratação integrada “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 respectivas responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte dos licitantes, é elemento indispensável e obrigatório do 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. *DOU*, 24 jun. 2013).

Sem tais elementos, far-se-á inviável a justa orçamentação da obra.<sup>123</sup>

## **214. Qual o grau de precisão requerido para um anteprojeto?**

Em um empreendimento convencional, pode-se afirmar que quanto maior a maturidade da concepção da obra, menor o nível de incerteza quanto ao seu preço final.

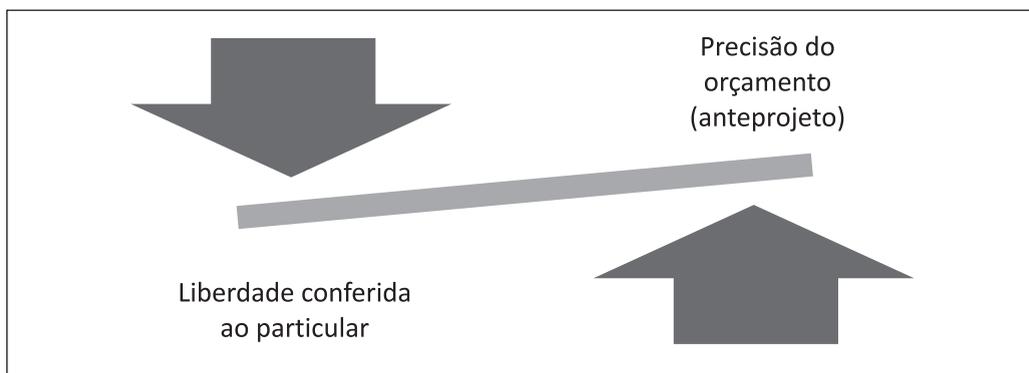
<sup>123</sup> Ver questão 216.

Assim, a “margem de acerto” será proporcional à fase de desenvolvimento do projeto. Tal visão já foi desenvolvida na questão 37.

Quanto mais se avança nas soluções técnicas, desde os estudos preliminares até o projeto executivo, mais se ganha em acurácia. À medida que se aumenta o esforço de detalhamento, maior é o grau de precisão do orçamento estimativo. Até chegar à documentação *as built*, feita após a execução da obra, em que se tem precisão absoluta a respeito daquilo que foi construído.

Lembramos que — como asseverado nos tópicos anteriores<sup>124</sup> —, a depender da distribuição dos riscos estabelecida no instrumento convocatório, o anteprojeto carecerá de mais ou menos elementos, podendo, em consequência, ser mais ou menos preciso. Quanto mais riscos são direcionados aos particulares, menor a precisão das estimativas preliminares feitas no anteprojeto, conforme ilustra a Figura 12.11:

**Figura 12.11 – Precisão do anteprojeto**



A Lei nº 12.462/2011 estipula, em seu art. 9º, que, para as contratações integradas, 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.

Situamos, por necessário, que esse orçamento paramétrico deve ser realizado, unicamente, para os casos em que for conferida liberdade ao particular de definir a sua solução. Eventualmente, em uma edificação, ao se delimitar o custo inteiro em R\$/m<sup>2</sup>, não se tem um bom termo comparativo para aferir a vantajosidade das propostas. O grau de precisão estaria muito aquém, até mesmo, do que se espera de um anteprojeto. Tal estimativa corresponderia, mais propriamente, em termos de precisão, a um orçamento preliminar.

Uma opção mais vantajosa seria orçar, em detalhes, a arquitetura.<sup>125</sup> A partir daí, empreender o anteprojeto das demais peças de engenharia e, aí sim, aplicar estimativas paramétricas, como, em rápidos exemplos, as listadas na Tabela 12.2, a seguir:

<sup>124</sup> Ver questões 217 e 218.

<sup>125</sup> Ver questão 213.

**Tabela 12.2 – Elementos de anteprojeto x Estimativas paramétricas**

Elementos de anteprojeto	Estimativas paramétricas
Quantidade de aço	kg/m <sup>3</sup> de concreto
Quantidade de formas	m <sup>2</sup> de forma/m <sup>3</sup> de concreto
Custo de ar condicionado	R\$/Tonelada de Refrigeração (TR)
Custo de instalação elétrica	R\$/ponto de consumo

Em mesma linha, trazemos o entendimento do TCU:

9.1.4. No caso de obra de edificação, em regra, faz-se necessário que o anteprojeto preveja a arquitetura consistente do empreendimento, tendo em vista ser essa a informação definidora do produto a ser entregue à Administração e constituir-se em elemento fundamental para a avaliação de eventuais metodologias diferenciadas para o seu adimplemento, como também para a elaboração dos demais projetos de engenharia a serem desenvolvidos à época do projeto básico;

9.1.5. Sempre que o anteprojeto, por seus elementos mínimos, assim o permitir, as estimativas de preço a que se refere o art. 9º, §2º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011 devem se basear em orçamento sintético tão detalhado quanto possível, balizado pelo Sinapi e/ou Sicro, devidamente adaptadas às condições peculiares da obra, conforme o caso, devendo a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada baseada em outras obras similares serem realizadas somente nas frações do empreendimento não suficientemente detalhadas pelo anteprojeto, em prestígio ao que assevera o art. 1º, §1º, inciso IV c/c art. 8º, §§3º e 4º, todos da Lei nº 12.462/2011;

9.1.6. Quando utilizada metodologia expedita ou paramétrica para abalizar o valor do empreendimento — ou fração dele —, consideradas as disposições do subitem anterior, dentre duas ou mais técnicas estimativas possíveis, utilize a que viabilize a maior precisão orçamentária. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

Segundo os fundamentos do referido julgado, “o resultado do orçamento estimativo será o balizador do critério de aceitabilidade de preços. Esse parâmetro é a informação primeira para o julgamento das propostas. Levando em conta que o resultado da licitação será um valor de mercado apenas presumido (o que dependerá do nível de competição efetiva do certame), o Poder Público carece de um parâmetro tão preciso quanto se consiga. É uma garantia primeira da vantajosidade do preço ofertado, barreira essencial para obstar ganhos espúrios ou enriquecimentos sem causa”.

Continua o relator, “em um projeto básico, tendo em vista o seu detalhamento, é viável a orçamentação com base em todas as composições de custo unitário. Em um anteprojeto, por outro lado, existem lacunas de dimensionamento de partes do projeto ainda não elaboradas — cada qual com o seu preço. Costuma-se, então, utilizar procedimentos expeditos e paramétricos para o balizamento preliminar de custos”.

Em outro trecho, lembrou que “à medida que os estudos progridem, também avança o grau de precisão do orçamento respectivo. Na fase de anteprojeto já se fazem viáveis outras conjecturas, que podem — e devem — ser tão específicas quanto o anteprojeto

permitir. Em um procedimento licitatório, afinal, a Administração, necessita, em razão dos elementos de que dispõe, esmerar-se para melhor contratar; e sem dúvida que as estimativas balizadoras de preço são protagonistas nessa avaliação de vantajosidade”.

Então, “em uma contratação integrada, o anteprojeto conta com elementos arquitetônicos de execução obrigatória, o orçamento proveniente dessa peça deve ter grau de precisão condizente. Com essas informações já se faz possível a parametrização, por exemplo, de custos específicos de alvenaria, reboco, piso, forro, pintura, revestimentos, esquadrias, louças, etc. É uma boa fatia da obra. Por outro lado, caso a elaboração dos demais projetos seja incumbência de conta e risco das contratadas, natural que para o orçamento dos elementos elétricos, hidráulicos, estruturais, se utilizem — aí sim — de relações paramétricas ou comparativas”.

Concluiu que, “diante de duas ou mais metodologias expeditas ou paramétricas possíveis para abalizar o valor do empreendimento, deve-se preferir a que viabilize a maior precisão orçamentária, para guarda de valores fundamentais licitatórios, como a eficiência e a economicidade, sem esquecer, claro, o da obtenção da melhor proposta possível”.

Encerrou da seguinte forma: “a Infraero — de acordo com o que se exige de um anteprojeto estrutural —, em vez de ter orçado a estrutura dos terminais com base em parâmetros globais de preços de outros empreendimentos, poderia ter estimado o volume de concreto com base no pré-lançamento estrutural (exigível em um anteprojeto). A partir daí, em razão das taxas de aço e formas por metro cúbico de concreto, obtidos em outros objetos semelhantes, potencializaria a quantidade estimada também desses serviços. Com referências específicas do Sicro e Sinapi, adaptadas às condições ambientais da obra, poder-se-ia chegar a uma estimativa um tanto quanto justa para o valor global das estruturas”. Desse modo, “a metodologia citada, por evidente viabilidade prática (ainda em nível de anteprojeto), é preferível à concepção genérica do valor geral das estruturas obtidas em empreendimentos de mesmo porte. Promover-se-ia, assim, mais segurança à comissão de licitação em julgar a razoabilidade dos valores ofertados”.

## 215. O que é a “matriz de riscos”?

---

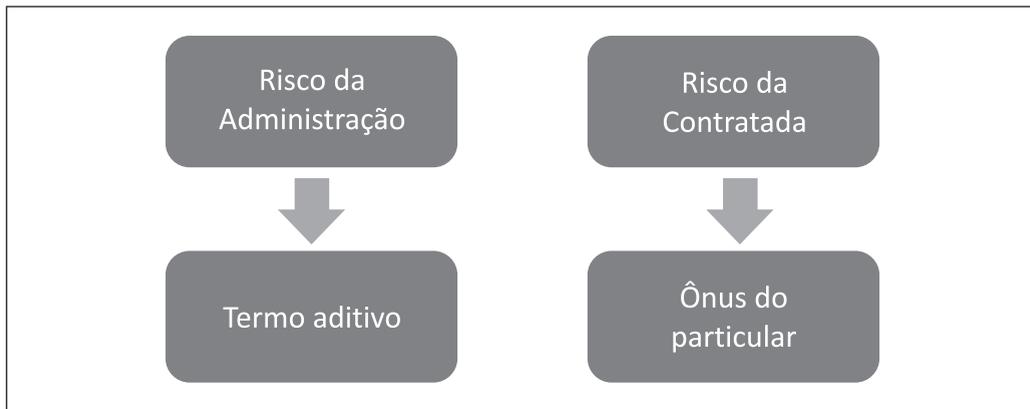
---

A “matriz de riscos” pode ser definida como o instrumento, disposto no edital e no contrato, definidor de responsabilidades das partes, em termos de ônus financeiro, decorrentes de fatos supervenientes à assinatura do ajuste que tenham potencial impacto no adimplemento do objeto.

---

---

De forma pragmática, se a matriz define um risco por determinado evento como sendo da Administração, haverá termo aditivo no contrato. Se a responsabilidade por aquele evento futuro, por outro lado, for estabelecida como risco do particular, não haverá termo aditivo. A Figura 12.12 ilustra a questão:

**Figura 12.12 – Matriz de riscos x Termos aditivos**

A matriz de riscos confere segurança jurídica à contratação e simetria de informações entre contratante e contratado, bem como define, de maneira clara e objetiva, as consequências contratuais decorrentes de evento futuro.

Uma vez que o anteprojeto (ou parte dele) apresenta grande margem para ajustes — pois a contratada poderá, na medida contratual, modificar as soluções preliminares nele definidas —, existe a possibilidade de ocorrência de determinado evento deixar dúvidas sobre a justeza de se pactuar um termo aditivo.

Se, por exemplo, ao se executar uma rodovia, a contratada constatar que o solo encontrado *in loco* é distinto do definido nas sondagens fornecidas no anteprojeto, será cabível termo aditivo? Existe, no mínimo, uma situação de insegurança, passível de interpretações distintas. *In casu*, em avaliação perfunctória, na medida em que não era passível de conhecimento prévio de qualquer dos licitantes, avaliamos que a “surpresa” quebrou a equação econômico-financeira do ajuste, definida como imutável pelo art. 37, inciso XXI da Constituição Federal.<sup>126</sup> A não ser que se considerasse exigível que todas as concorrentes providenciassem sondagens prévias naquele trecho de rodovia licitado, o que não nos parece ser o caso.

De outro modo, apesar de, em princípio, não entendermos vantajoso,<sup>127</sup> na situação ilustrada, o Poder Público poderia, justificada a vantagem, direcionar os riscos de sondagem para o particular. Nesse caso, sabendo desse risco, a contratada iria dimensionar sua oferta considerando essa imponderabilidade, acrescentando ao seu preço provisões para fazer face aos eventos incertos que impactariam na execução da obra e que estariam sob sua responsabilidade. Não haveria de se falar, assim, em situação alheia ao conhecimento das partes.

Em outro exemplo, se, durante a execução de uma obra com preponderância de insumos importados, o dólar “disparar”, tratar-se-ia, em nossa visão, de situação

<sup>126</sup> XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifos nossos).

<sup>127</sup> Ver questões 217 e 218.

previsível, na medida em que todos sabem da instabilidade do preço da moeda, mas de consequências incalculáveis. Far-se-ia jus, s.m.j., a termo aditivo se não houvesse cláusula específica tratando da matéria. Caso, porém, se definisse a situação cambial como risco da contratada, o licitante poderá dimensionar seu preço em razão dessa informação. Poderá verificar, inclusive, o custo de contratos e *hedge cambial* para amortecer e precificar seu risco.

Sobre o assunto, Campelo e Cavalcante assim dispuseram:

Pelo conceito amplo de “caso fortuito”, de modo a não causar insegurança quanto às regras avançadas, avaliamos que o novo regramento embute a necessidade de o instrumento contratual trazer um preciso detalhamento dos riscos do empreendimento. Para cada caso superveniente possível, deve haver explícita previsão sobre a responsabilidade por aquele evento; quando haverá ou não termo aditivo. É a chamada “matriz de riscos”, idêntica às exigidas nas concessões administrativas regidas pela Lei nº 8.987/95.<sup>128</sup>

Embora tenhamos algumas ressalvas quanto à alocação de riscos relativos a algumas condições de contorno — especificamente quanto à definição de risco de sondagem, que avaliamos devesse ser da Administração —, apresentamos nas Tabelas 12.3 e 12.4, em termos exemplificativos, a matriz de riscos, meticulosamente definida em edital do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT):

**Tabela 12.3 – Matriz de riscos**

(continua)

Item de serviço	Riscos associados	Competência
<b>Terraplenagem</b>		
a) Limpeza e desmatamento	Acréscimo de volume de material de limpeza, com adicional de carga, transporte e disposição	Contratado
b) Solos inservíveis	Acréscimo ou redução de volume previsto em anteprojeto e o decorrente ajuste de transporte e reposição de material qualificado	Contratado
c) Material de jazida	Mudança da origem de material ou acréscimo do número de fontes	Contratado
d) Perda de serviços	Refazimento de serviços conclusos e/ou bloqueados, perdidos por questões climáticas	Contratado
<b>Drenagem e obras de arte correntes</b>		
a) Elementos de drenagem e OAC – quantidade	Acréscimo no quantitativo de elementos de drenagem previsto no anteprojeto, para adequar às condições de campo encontradas	Contratado
b) Elementos de drenagem e OAC – método executivo	Adequação dos métodos construtivos visando otimizar a execução das obras	Contratado

<sup>128</sup> CAMPELO; CAVALCANTE. *Obras públicas*: comentários à jurisprudência do TCU, p. 242.

Item de serviço	Riscos associados	Competência
<b>Pavimentação</b>		
a) Jazida/Pedreira	Mudança da origem (indicada) dos materiais ou acréscimo do número de fontes	Contratado
b) Camadas granulares	Acréscimos de espessuras das camadas, para adequar ao número $n$ mínimo de anteprojeto, em função do tráfego atualizado, e atendendo a vida útil da contratada	Contratado
c) Capas de rolamento	Acréscimo de espessuras das camadas, para adequar ao número $n$ mínimo de anteprojeto, em função do tráfego atualizado, e atendendo a vida útil contratada	Contratado
d) Desvios de tráfego	Custos adicionais para manutenção e operação de desvios de tráfego	Contratado
<b>Sinalização</b>		
a) Sinalização definitiva	Adequar quantitativo, para atender ao Anteprojeto e às normas de trânsito	Contratado
b) Sinalização provisória – fase de obras	Acréscimo de quantitativo, para adequar ao ritmo e à sequência construtiva da obra	Contratado
<b>Obras complementares</b>		
a) Barreiras rígidas e defensas	Acréscimo de quantitativos para pontos críticos, não identificados no anteprojeto	Contratado
b) Cercas	Acréscimo de quantitativos para pontos de provável ocupação das margens, não previsto em anteprojeto	Contratado
<b>Interferências</b>		
a) Linhas de energia, redes de telecomunicações e saneamento – remanejamento	Remanejar interferências além daquelas claramente previstas no edital, seus anexos e no critério de pagamento	Administração
b) Linhas de energia, redes de telecomunicações e saneamento – interferência executiva	Alterar sequência construtiva, devido a reprogramações nos remanejamentos de redes de interferências	Contratado
<b>Obras de arte especiais</b>		
a) Infraestrutura	Aumento de volume/comprimento das fundações	Contratado
b) Outros elementos de OAE	Ajuste nos métodos construtivos e/ou insumos e serviços	Contratado
<b>Meio ambiente e paisagismo</b>		
a) Condicionantes ambientais – empreendimento	Cumprimento das condicionantes ambientais da Licença Ambiental de Instalação, para implantação do empreendimento	Administração
b) Condicionantes ambientais – áreas de apoio	Necessidade de obtenção de licenças de instalação das áreas de apoio e captação de água	Contratado
c) Revestimento vegetal	Acréscimo de área tratada com revestimento vegetal, ou mudança de processo construtivo e/ou insumos aplicados	Contratado

(conclusão)

<b>Item de serviço</b>	<b>Riscos associados</b>	<b>Competência</b>
<b>Desapropriação</b>		
a) Número de desapropriações	Aumento do número de áreas a serem desapropriadas	Administração
b) Influência na execução	Eventual atraso de cronograma executivo sem causa dada pela contratada	Administração
<b>Demais serviços</b>		
a) Ajuste de escopo	Adequação no escopo da contratação	Administração. Mediante interesse administrativo, o Poder Público proporá ao contratado a execução dos serviços, tomando por base valores do Sicro e desconto da proposta.
b) Escorregamento de encostas, sem interferência/ culpa da obra em andamento	Adequação no escopo da contratação	Administração. Mediante interesse administrativo, o Poder Público proporá ao contratado a execução dos serviços, tomando por base valores do Sicro e desconto da proposta.

**Tabela 12.4 – Matriz de riscos II**

(continua)

<b>Tipo de risco</b>	<b>Descrição</b>	<b>Materialização</b>	<b>Mitigação</b>	<b>Alocação</b>
Projeto	Inadequação para provimento dos serviços na qualidade, quantidade e custo	Aumento dos custos de implantação e inadequação dos serviços	Contratação integrada – responsabilidade da solução de engenharia do contratado; não pagamento se os níveis de serviço não forem atingidos; contratação de seguro performance; fornecimento dos elementos de projeto. Remuneração do risco	Contratada / Seguradora

(continua)

<b>Tipo de risco</b>	<b>Descrição</b>	<b>Materialização</b>	<b>Mitigação</b>	<b>Alocação</b>
Desapropriação; realocação	Risco de não haver frentes liberadas para o contratado iniciar o empreendimento	Atraso no cronograma; aumento de custo	Administração deve fazer levantamento das áreas, cadastro e avaliação; estimar o custo da desapropriação e realocação, incluindo indenizações; possibilidade de aditivo de prazo e reajustamento decorrente do atraso nessa atividade, e, se for o caso, reequilíbrio. Publicidade	Atos de levantamento, indenização e demais executórios da expropriação são de responsabilidade da Administração
Desapropriação; realocação	Risco de não obter a desocupação de áreas invadidas ou já desapropriadas  Risco de não haver frentes liberadas para o contratado iniciar o empreendimento	Contratação integrada; remuneração do risco baseada na avaliação quantitativa  Seguro Risco de Engenharia	Administração deve fazer levantamento das áreas, cadastro e avaliação; estimar o custo da desapropriação e realocação, incluindo indenizações. Publicidade  Possibilidade de aditivo de prazo e reajustamento decorrente do atraso nessa atividade, e, se for o caso, reequilíbrio	Atos de levantamento, indenização e demais executórios da expropriação são de responsabilidade da Administração
Construção; montagem; implantação	Risco de ocorrerem eventos na construção que impeçam o cumprimento do prazo ou que aumentem os custos	Atraso no cronograma de obra  Aumento de custos	Contratação integrada; remuneração do risco baseada na avaliação quantitativa  Condições de habilitação	Contratado  Seguradora
Risco geotécnico	Acréscimos de serviços necessários à estabilização de taludes (maior abatimento, por exemplo);  aumento do comprimento ou volume nas fundações	Atraso na construção  Aumento do custo	Contratação integrada  Remuneração do risco baseada na avaliação quantitativa; Seguro Risco de Engenharia	Contratado  Seguradora

(continua)

<b>Tipo de risco</b>	<b>Descrição</b>	<b>Materialização</b>	<b>Mitigação</b>	<b>Alocação</b>
Licença ambiental; riscos ambientais	Risco de não obtenção das licenças, quando do vencimento ou licenças de canteiro e jazidas  Necessidade de complementação de estudos	Atraso no início das obras  Atraso no cronograma  Aumento dos custos	Administração, por meio do gerenciamento ambiental deve prover todos os estudos, estimando custos; supervisora deve ter o poder de notificar construtora e paralisar serviços	Administração arca com licenças e custos das medidas ambientais  Passivo físico por conta da construtora  Custos com autuações de responsabilidade da construtora serão por ela arcados
Patrimônio histórico, artístico e cultural	Custos e atrasos associados com descobertas arqueológicas ou outras interferências com patrimônio cultural	Aumento do prazo.  Aumento no custo	Administração, por meio do gerenciamento ambiental, deve avaliar áreas de relevância arqueológica, tornando público o estudo	Administração arca com o custo dos aditivos de valor devido a prazo (reajustamento). Custo de transportes devido à exploração de novas áreas e fontes será arcado pelo contratado
Obsolescência tecnológica, falta de inovação técnica e deficiência de equipamentos	Contratada não consegue atingir os requisitos de qualidade	Retrabalhos  Aumento do prazo  Aumento no custo	Contratação integrada  Seguro de performance  Seguro Risco de Engenharia	Seguradora; Contratada
Risco da interrupção do tráfego; interferência em obra de duplicação	Descontinuidade da prestação do serviço ao usuário  Perda de produtividade	Interrupção de pista  Aumento do prazo de execução e custo	Contratado deverá propor plano de ataque da obra e simular condições operacionais  Contratação integrada; remuneração do risco; Seguro Risco de Engenharia	Contratado  Seguradora
Modificações das especificações de serviço	Administração poderá modificar especificações de serviço, modificar ou ampliar escopo	Aumento no prazo e custos	Reequilíbrio econômico-financeiro; aditivo contratual (excepcional)	Administração

(conclusão)

Tipo de risco	Descrição	Materialização	Mitigação	Alocação
Interferências com concessionárias	Interrupção na prestação dos serviços públicos  Relocação de equipamentos fora das normas	Retrabalho  Atraso no cronograma  Aumento dos custos	Contratação integrada  Cadastro por parte das construtoras  Seguro <i>performance</i> ; remuneração do risco	Contratada; Seguradora
Inflação; flutuação de câmbio; aumento de insumos desproporcionais	Diminuição da lucratividade, perda da performance do fluxo de caixa	Aumento do custo	Reajustamento; reequilíbrio econômico-financeiro	A flutuação do câmbio, no caso de insumos, e o aumento do preço desarrazoado do insumo podem gerar reequilíbrio, desde que atestado por meio de notas fiscais, análise que englobará o contrato como um todo
Risco dos títulos minerários	Inexistência de áreas desbloqueadas de exploração	Aumento de custo.  Atraso no cronograma	Contratação integrada.  Remuneração do risco	Pagamento de <i>royalties</i> caberá, nesse caso, à contratada
Caso fortuito ou força maior	Situações de obra que configurem caso fortuito ou força maior como enxurradas, escorregamentos, desabamentos, perdas de cimbramentos	Aumento do custo  Atraso no cronograma	Seguro Risco de Engenharia  Remuneração do risco	Contratada  Seguradora

## 216. A matriz de riscos é obrigatória?

Apesar de não constar literalmente do texto legal, a discriminação de responsabilidades contratuais na matriz de riscos é altamente impactante do valor a ser ofertado pela obra, em especial nos casos de contratação integrada. Com efeito, consta da Lei nº 12.462/2011, em seu art. 9º, §2º, que o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a *possibilitar a caracterização da obra ou serviço*.

Como corolário da ciência econômica, quanto mais riscos assumidos, proporcionalmente maiores são os encargos financeiros para adimplir aos encargos decorrentes dessas responsabilidades. Logo, em se tratando de elemento fundamental para caracterização do objeto licitado, seu detalhamento é obrigatório.

Recorremo-nos ao voto motivador do Acórdão nº 1.510/2013-TCU-Plenário:

[...] Depreende-se, pois, a indispensabilidade de clarear as regras da pactuação. Essas informações, tendo em vista impactarem relevantemente as expectativas de despesa das contratadas, são mandatórias. Tais esclarecimentos também caracterizam o objeto e as suas respectivas obrigações. Aliás, *a matriz deve ser elaborada em coerência com o anteprojeto*, visto que, *caso se estabeleça obrigação em que não haja liberdade para a contratada inovar, tais encargos devem ter detalhamento obrigatório à época da licitação*. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013, grifos nossos)

Tal divisão de responsabilidades, aliás, é obrigatória na Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), situação em que nos acudimos de paralelismo quando se trata das contratações integradas:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:  
[...]

VI – *repartição objetiva de riscos entre as partes*; (grifos nossos)

Não obstante a ausência de previsão legal, o TCU se manifestou pela indispensabilidade da matriz de riscos no caso da contratação integrada:

9.1.4. 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 respectivas responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte dos licitantes, é elemento essencial e obrigatório do 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. *DOU*, 24 jun. 2013)

## 217. Como distribuir os riscos do edital de licitações? Como elaborar uma matriz de riscos?

Nas palavras de Cossalter, “cada tipo de risco deve ser transferido à parte em melhores condições de assumi-lo”.<sup>129</sup>

A primeira avaliação, em uma alocação de riscos na esfera de um contrato administrativo, é a distribuição de responsabilidades que melhor atinja o resultado fundamental da licitação: o da *obtenção da melhor oferta*.

Desse modo, lançamos uma lista propositiva para manutenção desses valores basilares sobre o risco a ser transferido ao particular:

<sup>129</sup> COSSALTER, Phellipe. A “Private Finance Initiative”. Tradução de Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano, 2, n. 6, p. 46, abr./jun. 2004. Em JUSTEN FILHO, Marçal (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*: comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

a) não se referir à fração da obra para a qual a Administração já impôs determinada condição de meio para o adimplemento do resultado (obrigação de meio);

b) não quebrar a isonomia da licitação ou inviabilizar a comparação entre as propostas;

c) corresponder aos meios para adimplemento de parcela do empreendimento de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado;

d) preferência de risco passível de cobertura no mercado de seguros privados.

Não diríamos que os requisitos para tal distribuição proposta é uma lista cumulativa, sequer exaustiva. Na realidade, uma vez que essa transferência de responsabilidades repercute em maiores riscos — com maior ônus financeiro global para o Poder Público — *deve-se justificar a vantagem de cada opção*. O RDC, de modo geral, é uma legislação por demais aberta, que prestigia a criação de melhores meios para a obtenção do melhor objeto possível. Em contrapartida, a motivação é, também, bússola do novo regime. Queremos dizer, nesse sentido, que uma maneira sólida de motivar a transferência desses riscos é respondendo positivamente a cada quesito proposto.

Como início da justificativa para a proposição, sugerimos o seguinte exemplo: em uma ponte, de arquitetura complexa, o anteprojeto mapeou o perfil geológico submerso. As fundações terão custo relevante no empreendimento, com mobilização de estrutura náutica pomposa. Os dados disponibilizados a todos os licitantes, em razão das características pobres do terreno, indicavam se tratar de tecnologia sofisticada para o recebimento das cargas da infraestrutura. A matriz de riscos, por sua vez, identificou os riscos de sondagem como sendo da contratada. Feita a licitação, já no decorrer da obra, foi verificado que o solo apresentou características bem superiores às identificadas no projeto básico, o que permitirá a utilização de tecnologia construtiva bem menos robusta.

Perguntamos: seria admissível exigir, antes da licitação, que cada um dos licitantes fizesse sua sondagem, com gastos de dezenas (ou centenas) de milhares de reais mesmo antes de apresentar suas propostas? Como depreendemos resposta lógica negativa, avaliamos que, pela distribuição de riscos apresentada, possa ter havido séria mácula à isonomia do certame. Se todos soubessem das reais condições do subsolo, outras propostas haveriam de ser apresentadas. Sem dúvida que o certame licitatório não obteve a melhor proposta.

A situação é muitíssima similar ao caso apresentado por Justen Filho, em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*:

Mas a situação narrada [sobre o particular ter o dever de realizar o objeto, de modo integral, arcando com todas as variações possíveis] envolve riscos ainda mais sérios, com enorme potencial de ofensa ao princípio da moralidade. Suponha-se que um agente administrativo resolva beneficiar certo licitante. Seria bastante simples obter esse resultado reprovável através do expediente da “empreitada por preço global”. Para tanto, é necessário que a Administração conheça todas as características do objeto e tenha noção de todos os custos. No entanto, formula edital com objeto geral e mal definido, impondo aos licitantes o dever de arcar com todos os riscos. Depois, fornece ao apadrinhado todos os dados acerca da execução do objeto. Por decorrência, todos os demais licitantes serão obrigados a considerar riscos inexistentes ou situações imponderáveis. Logo, suas propostas serão muito mais

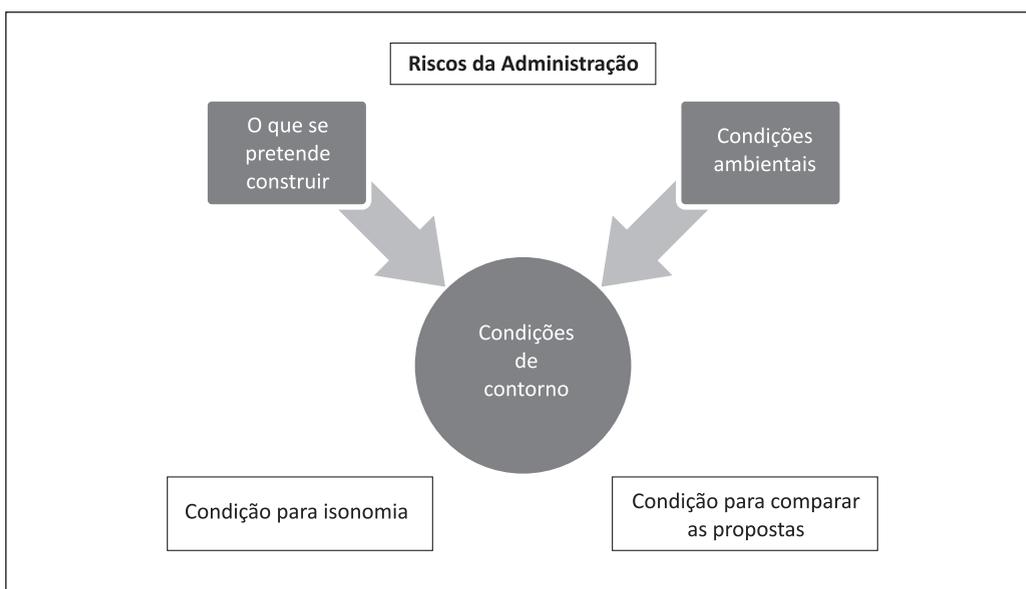
elevadas. O licitante favorecido, ao contrário, formulará proposta contendo apenas os valores necessários a executar aquilo que a Administração já sabia, de antemão, ser necessário. Daí, o licitante protegido sairá vencedor, por formular a menor proposta. Frise-se que, se todos os demais licitantes tivessem tido acesso às mesmas informações, a Administração poderia ter recebido propostas ainda menores.<sup>130</sup>

De modo a evitar esse comprometimento na lisura das licitações e garantir a moralidade do certame, as “condições de contorno” do projeto, como também a definição sobre “o que se pretende construir”,<sup>131</sup> devem, em regra, permanecer como risco da Administração. Qualquer modificação nesses requisitos precisa ser passível de ser “corrigida” por meio de termo aditivo. Proposição distinta deve constar de motivação precisa.

Nesse diapasão, os riscos de sondagem, por exemplo, devem ser da Administração. Também será do Poder Público eventual modificação no que se delinea como obrigação de meio, de identidade na entrega, como o projeto arquitetônico de uma edificação. Se, no Acórdão nº 1.510/2013-Plenário, o TCU entendeu que o detalhamento do projeto arquitetônico é obrigatório em uma contratação integrada (para obras de edificação), coerente, afinal, que os riscos também sejam da Administração, em caso de alteração dessa peça inicial licitatória.

A própria complexidade da obra é decorrente dessas condições de contorno (“o que se pretende construir” e “condições ambientais”). São essas informações preliminares que definem a complexidade do empreendimento. Com base nesses elementos que os projetistas irão concorrer — em termos de inovação e domínio de tecnologia — para o oferecimento de suas propostas. Tal conjunto de dados de conhecimento não deve, pois, ser fluido, posto que reflete condição para a isonomia e a vantajosidade das ofertas colhidas, conforme ilustra a Figura 12.13.

**Figura 12.13 – Condições de contorno como risco da Administração**



<sup>130</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*, 2005.

<sup>131</sup> Ver tópico “Quais os elementos mínimos de um anteprojeto?”.

Lembramos, ainda, que a distribuição de riscos deve ser coerente com a decisão de se utilizar a contratação integrada, conforme abordagem realizada na questão 217.

Caso a Administração já tenha a resposta, em termos de melhor solução para o atendimento de suas necessidades, torna-se dificultosa a motivação de transferir maiores riscos e custos para a contratada.<sup>132</sup> Pagar-se-á, via de regra, mais caro pela entrega do mesmo objeto.

Logo, a distribuição de riscos deve, também, abranger a mesma coerência. Para as parcelas do empreendimento mais simples, em que a Administração detenha meios de melhor detalhar a solução em anteprojeto (por absoluta simplicidade e pequeníssima vantagem de os particulares competirem em termos de metodologia construtiva), mais conveniente detalhá-los no anteprojeto e exigir a identidade em sua feitura. Os riscos atinentes a essa parcela, por conseguinte, serão da Administração.

Ao contrário, para aquelas frações mais complexas, tanto se liberem as contratadas para propor, cada qual, a sua metodologia, quanto, por consequência, transfiram-se os respectivos riscos para o particular. É a coerência entre a matriz de riscos e o anteprojeto ao qual nos referimos na questão “Quais os elementos mínimos de um anteprojeto?” (questão 213).

Finalmente, no que se refere à viabilidade da cobertura de seguros, o assunto será tratado na questão no tópico “O que pedir nas condições de seguro?”.<sup>133</sup> Para cada risco assumido pelo particular, conveniente que exista uma exigência contratual de seguro para mitigar esse risco assumido. É um imperativo que tanto confere maior estabilidade ao contrato (em termos de certeza no seu adimplemento), como viabiliza a precificação do risco.

## **218. Como elaborar a matriz de riscos em face do nível de complexidade do empreendimento?**

Utilizando-nos da premissa de que o empreendimento deve ter uma *complexidade mínima que viabilize os ganhos advindos da transferência na concepção da metodologia executiva pelo particular*, aliado à necessária coerência entre a matriz de riscos, o anteprojeto e as condições de seguro, podemos chegar a algumas conclusões.

Em tese, quanto mais complexo o empreendimento, maior seria a vantagem de repassar a responsabilidade pela concepção técnica e metodológica do empreendimento à contratada — até mesmo em razão da real competição entre os licitantes com relação às soluções de projeto.

A questão é que praticamente todas as obras e serviços de engenharia possuem uma fração mais complexa e outra fração mais simples. Por que, então, transferir os riscos, também, dessa parcela mais simples? Os riscos dos sistemas menos complexos podem ser da Administração, com um anteprojeto mais detalhado dessa etapa. Tal diminuição de responsabilidades — ainda que parcial — redundará em propostas com preço mais baixo. *A expertise das empresas será tão melhor utilizada quanto mais elas puderem competir em termos de solução.*

<sup>132</sup> Melhor detalhado no tópico “Quando utilizar a contratação integrada?”.

<sup>133</sup> Ver questão 231.

Tomemos como exemplo a construção de uma rodovia. O principal ganho em termos metodológicos estará na competição das contratadas em termos de solução do pavimento. Conhecida a vida útil desejada, as características do solo, bem como dos materiais disponíveis da região, elabora-se, em projeto, uma solução para atender a tais condições de contorno. A depender dos materiais utilizados, a diferença pode ser milionária. E não somente em razão dos custos; mas ainda em termos de manutenção, sustentabilidade, vida útil, etc.

A terraplenagem, por outro lado, pode não possuir tanta complexidade. Se a premissa for verdadeira, não haveria a real concorrência dos particulares para o adimplimento do objeto, em termos de solução. O anteprojeto, então, poderia melhor detalhar a terraplenagem e ser mais genérico quanto à solução do pavimento. A matriz de riscos acompanharia o anteprojeto e transferiria maiores riscos à contratada somente com relação à fração em que a contratada tem liberdade para inovar.

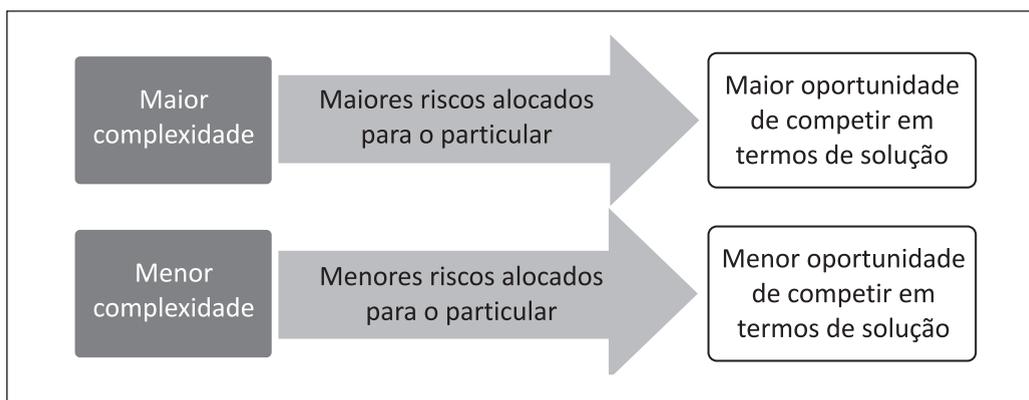
Outro exemplo é a construção de conjuntos habitacionais. Por razões devidamente demonstradas, deseja-se construir, com rapidez, mil habitações populares. Tal pode ser feito por meio de painéis pré-moldados. Em razão das múltiplas possibilidades disponíveis no mercado, decide-se que os licitantes concorram em termos de solução. Cada qual irá oferecer uma tecnologia (painéis prontos de concreto, ou placas de cimento, ou painéis plásticos, ou compostos poliméricos; as possibilidades são muitas), todas elas tendo que obedecer a critérios rígidos definidos no edital: resistência mecânica, índices termoacústicos, etc.

Faz-se, assim, uma distribuição de riscos relacionada à confecção desses painéis. Para o restante, como instalações, exige-se que a execução corresponda a do anteprojeto (mais detalhado nesse tópico), com riscos atribuídos à Administração.

Tal visão caminha para uma justificativa consistente de economicidade e vantagem na utilização da contratação integrada. Não há de se falar em assunção total e automática de todos os riscos para o particular.

Logo, nas contratações integradas, a distribuição de riscos pode ser mais bem motivada em função da combinação dos aspectos afetos à complexidade do empreendimento e possibilidade de alternativas técnicas a serem apresentadas pelos licitantes, conforme ilustra a Figura 12.14:

**Figura 12.14 – Relação entre complexidade do empreendimento e alocação de riscos**



Lembramos, por fim, a necessidade de as condições de contorno serem observadas, como condição de isonomia, para adequada comparação entre as propostas e a seleção daquela mais vantajosa.<sup>134</sup>

## 219. É possível existir “risco compartilhado”? Como utilizar a remuneração variável como ferramenta de distribuição de riscos?

É possível que os riscos sejam compartilhados se do resultado dessa repartição resultar maiores vantagens para o Poder Público. Vale a regra negocial do “ganha-ganha”.

Caso clássico é o da construção de rodovias. Existe uma recorrente “tensão” durante a execução desses contratos, diante da prospecção de jazidas de solo, areia e brita para fazer frente às necessidades do empreendimento.

Em face da ampla repercussão econômica de uma ou outra possibilidade, a empresa projetista, como base em estudo geológico e geotécnico abrangente da obra — e de suas vizinhanças — deve prever se esses insumos serão comerciais ou produzidos. O orçamento trará em cada composição unitária dos serviços os custos dos respectivos materiais previstos em projeto.

Como ideia da diferença de custos entre a brita comercial e a brita produzida, trazemos o exemplo do valor do insumo no Sicro, em novembro de 2011 (Minas Gerais)<sup>135</sup> na Tabela 12.5:

**Tabela 12.5 – Diferença de preços entre brita/areia comercial e extraída/produzida**

	Extraída/Produzida	Comercial	Aumento
Brita	R\$26,63	R\$52,65	98%
Areia	R\$22,25	R\$47,65	114%

Em se tratando de materiais que comporão diversos serviços em qualquer obra, a depender do tamanho do empreendimento, a modificação na forma de aquisição dos materiais pode ter impacto milionário.

Isso dito, se o anteprojeto estipular a obtenção comercial de insumos e, na prática, for verificado que os materiais estão sendo produzidos, caso não haja no instrumento contratual disposição diversa, é obrigatória a celebração de termo aditivo para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos do art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/1993. Se os encargos da empreiteira foram drasticamente reduzidos, a contraprestação remuneratória deve também diminuir em mesma medida, para manutenção das condições iniciais avençadas.

O contrário também é válido. Se for projetada obra com previsão de extração dos insumos e, posteriormente, houver problemas ambientais, técnicos, legais, ou qualquer outra situação que implique evento imprevisível, ou previsível de consequências incalculáveis, a impor a obtenção comercial ou mais distante dos materiais, o valor contratual deve ser aumentado na mesma proporção.

<sup>134</sup> Ver questão 213.

<sup>135</sup> CAMPELO; CAVALCANTE. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. p. 377.

Nada impede, contudo, que a matriz de riscos estabeleça uma forma distinta de lidar com esses fatos supervenientes. *Pode-se oferecer a possibilidade de, caso diminuída a distância para obtenção de insumos, dividirem-se os ganhos resultantes com a Administração. Isso representa compartilhamento de riscos. Desde que fundamentada a vantagem, é lícita a previsão, de acordo com os valores fundamentais licitatórios.*

Ao mesmo tempo que se estimula a contratada a permanentemente manter pesquisa geotécnica na região — capaz de redundar em benefícios financeiros para a contratação —, atenua-se potencial distorção quanto à isonomia decorrente de conhecimento privilegiado do objeto, não conhecido pelos demais licitantes (e, potencialmente, oferecido pela própria projetista).

## **220. As referências oficiais de preço do Sinapi e do Sicro são obrigatórias nas contratações integradas, para orçar o anteprojeto?**

O art. 8º, §3º da Lei nº 12.462/2012 estipula que os custos globais das obras e serviços de engenharia deverão ser obtidos a partir dos custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais aos estabelecidos na mediana de seus correspondentes ao Sinapi, ou no Sicro, conforme o caso.

Em outra ponta, o art. 75 do Decreto regulamentador nº 7.581/2011 positiva que, no caso das contratações integradas, “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”. Como primeira digressão, poder-se-ia entender que, por haver a possibilidade de realizar uma estimativa paramétrica, os referenciais do Sicro e do Sinapi não seriam cabidos. Tal denotação, contudo, não é tão imediata.

O TCU enfrentou situação na qual, mesmo com um anteprojeto que permitia, em alguns sistemas construtivos, a elaboração de um orçamento mais detalhado, preferiu-se utilizar estimativas paramétricas para o orçamento do edital. A metodologia utilizada pelo gestor foi contestada no julgamento, com a emissão da seguinte determinação:

9.1.6. Sempre que o anteprojeto, por seus elementos mínimos, assim o permitir, as estimativas de preço a que se refere o art. 9º, §2º, inciso II, da Lei nº 12.462/2011 devem se basear em orçamento sintético tão detalhado quanto possível, balizado pelo Sinapi e/ou Sicro, devidamente adaptadas às condições peculiares da obra, conforme o caso, devendo a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada baseada em outras obras similares serem realizadas somente nas frações do empreendimento não suficientemente detalhadas pelo anteprojeto, em prestígio ao que assevera o art. 1º, §1º, inciso IV c/c art. 8º, §§3º e 4º, todos da Lei nº 12.462/2011;

9.1.7. Quando utilizada metodologia expedita ou paramétrica para abalizar o valor do empreendimento — ou fração dele —, consideradas as disposições do subitem anterior, dentre duas ou mais técnicas estimativas possíveis, utilize a que viabilize a maior precisão orçamentária. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

Naquela decisão, a Corte Federal de Contas julgou que a orçamentação haveria de ser mais específica. Explicou-se que o resultado do orçamento estimativo será o balizador do critério de aceitabilidade de preços (inclusive de cada etapa construtiva). Tal parâmetro

é a informação primeira para o adequado julgamento das propostas. Levando em conta que o resultado da licitação será um valor de mercado apenas presumido (o que dependerá do nível de competição efetiva do certame), o Poder Público carece de um parâmetro tão preciso quanto se consiga. É uma garantia primeira da vantajosidade do preço ofertado, barreira essencial para obstar ganhos espúrios ou enriquecimentos sem causa.

O relator da matéria arguiu que, em um projeto básico, tendo em vista o seu detalhamento, é viável a orçamentação com base em todas as composições de custo unitário. Em um anteprojeto, por outro lado, existem lacunas de dimensionamento de partes do projeto ainda não elaboradas — cada qual com o seu preço. Costuma-se, então, utilizar procedimentos expeditos e paramétricos para o balizamento preliminar de custos.

Isso porque cada fase do ciclo de vida de um empreendimento possibilita a estimativa orçamentária com um grau de precisão. Quanto mais tenros os estudos, menor a chance de acerto sobre o quanto a obra irá custar. É um princípio básico da engenharia de custos. Estudos preliminares de uma edificação, por exemplo, baseiam-se em conjecturas assentadas em R\$/m<sup>2</sup>; em uma usina, R\$/MW de potência instalada de energia gerada; em estádios de futebol, R\$/assento.

À medida que os estudos progredem, também melhora o grau de precisão do orçamento respectivo. Na fase de anteprojeto já se fazem viáveis outras conjecturas, que podem — e devem — ser tão específicas quanto o anteprojeto permitir. Em um procedimento licitatório, afinal, a Administração, necessita, em razão dos elementos de que dispõe, esmerar-se para melhor contratar; e sem dúvida que as estimativas balizadoras de preço são protagonistas nessa avaliação de vantajosidade.

A parcela da obra na qual se podem utilizar metodologias paramétricas será aquela em que o anteprojeto detalhar menos a solução — ou, em consequência, para aquela fatia do empreendimento na qual se permita maior liberdade para o particular inovar, para a qual uma parcela maior de riscos foi atribuída ao construtor. No restante, em que os riscos forem da Administração e em que houve maior detalhamento do anteprojeto,<sup>136</sup> as referências Sicro/Sinapi continuam obrigatórias, pois o anteprojeto permitirá essa apresentação de composições mais detalhadas.

Posteriormente, o Decreto nº 8.080/2013 modificou o Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta o RDC. Consta do ato normativo:

Art. 41. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, consideram-se inexequíveis as propostas com valores globais inferiores a setenta por cento do menor dos seguintes valores: [...]

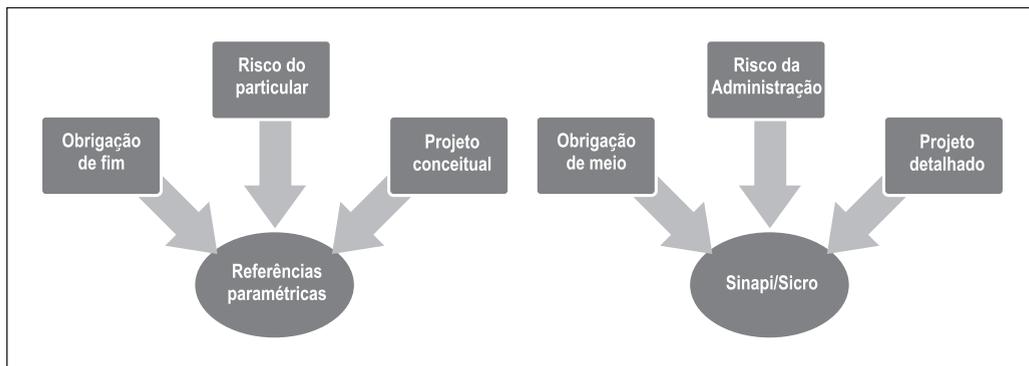
§1º O valor global da proposta não poderá superar o orçamento estimado pela Administração Pública, com base nos parâmetros previstos nos §§3º, 4º ou 6º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, e, *no caso da contratação integrada*, na forma estabelecida no art. 9º, §2º, inciso II, da Lei nº 12.462, de 2011. (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013) (grifos nossos)

Não cremos que a nova redação do Decreto tenha o condão de alterar o raciocínio então esposado. Se o valor estimado pela Administração for tão preciso quanto o anteprojeto permitir (em alguns casos, utilizando, sim, o Sinapi/Sicro), o valor basilar editalício deve ser utilizado como paradigma no critério de aceitabilidade de preços unitários, conforme Figura 12.15. O aumento da precisão orçamentária, com oferta de mais

<sup>136</sup> Ver questões 213 e 214.

elementos para que os particulares dimensionem suas soluções, diminui o risco global da contratação, viabilizando propostas mais enxutas. Esse “poder-dever” de viabilizar melhores propostas, portanto, faz-se mandatário se os elementos de anteprojeto assim permitirem.

**Figura 12.15 – Referências de preços para contratação integrada**



## 221. Qual o BDI utilizar nas contratações integradas? Existe alguma diferença?

Como já dissecado nas questões 214 com relação aos custos diretos, o orçamento deve ser tão preciso quanto o anteprojeto assim permitir. Para as frações em que aquela peça não for tão detalhada — em razão de obrigações de fim alocadas para a contratada, em que haverá liberdade para inovar no projeto — permite-se a orçamentação com base em dados comparativos ou paramétricos.

Tais estimativas resultarão em um *custo direto* aproximado, com menor nível de confiança sobre o real valor da obra. Sobre esse valor estimativo final, há de se incluir um BDI.

Em definição conceitual:

$$\text{Preço} = \text{Custo direto} \times (1 + \text{BDI})$$

Em consequência:

$$\text{Preço de mercado} = \text{Custo direto de mercado} \times (1 + \text{BDI de mercado})$$

A avaliação paramétrica permite um valor mais imediato — embora menos exato — do custo direto. Sobre esse valor, há de se incluir um BDI de mercado. De acordo com essa conclusão, os referenciais estipulados nos Acórdãos nºs 325/2007 e 2.369/2011, ajustados posteriormente pelo nº 2.622/2013, todos do Plenário do TCU, são ainda devidos,<sup>137</sup> mesmo que para parametrizar um orçamento expedito.

<sup>137</sup> Ver questão 68.

A questão a ser enfrentada — e esta é a diferença — refere-se à necessidade de os particulares também demonstrarem o seu detalhamento de BDI. Por tal apreciação estar intimamente ligada à necessidade de as contratadas apresentarem suas composições de custo unitário, lidaremos com o problema na questão 229 (“E o critério de aceitabilidade de preços nas contratações integradas?”).

Em outra linha de abordagem, mais um ponto a ser discutido refere-se à viabilidade de se aumentar o valor do BDI em face dos maiores custos assumidos pelo particular. O art. 75, §1º do Decreto nº 7.581/2011, contudo, veda tal prática:

§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. (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

Se houve aumento das incertezas, natural que a contratada dispusesse a precificação desse risco no BDI. A lógica do Decreto, porém, parece ter sido a de considerar o risco como uma faixa de tolerância, a maior, a ser utilizada nos critérios de aceitabilidade de preço global.

Apesar de, na prática, o resultado ser idêntico, no decorrer da execução do contrato a providência pode ser salutar, posto que, em eventuais termos aditivos, o particular não alocará imediatamente aquele BDI global (recheado pelos riscos e incertezas) em serviços que não carreguem tal carga de imponderação.

## **222. Quais os problemas possíveis na avaliação de prazos do empreendimento, nas contratações integradas?**

O anteprojeto de engenharia de uma contratação integrada deve, também, estimar os prazos contratuais para adimplemento do objeto (art. 9º, §2º, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 12.462/2011).

No caso de um projeto básico, a feitura do cronograma físico-financeiro precisa ser realizada com base nas produtividades de cada serviço incluído na planilha orçamentária. De acordo com as relações de interdependência entre os encargos é que se motiva o tempo necessário para execução da obra.

Nas palavras de Campelo e Cavalcante:

A “descrição completa do objeto a ser executado” exige uma avaliação criteriosa do seu cronograma de execução. Tal juízo apenas pode ser realizado com base em um projeto básico que traga todos os elementos constantes da Lei nº 8.666/93. Somente ao se definirem os serviços a serem executados e de posse da definição das produtividades de cada item da planilha de custos diretos (e a relação de dependência entre eles) é que será possível a elaboração dos cronogramas da obra. As metodologias para tais dimensionamentos (gráfico de Grant, diagrama PERT/CPM etc.) baseiam-se, todas, no conhecimento prévio dos serviços a executar.<sup>138</sup>

<sup>138</sup> CAMPELO; CAVALCANTE. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*, p. 452.

O CPM (*Critical Path Method*)<sup>139</sup> utiliza somente uma estimativa de tempo (tempo mais provável), enquanto o PERT (*Program Evaluation and Review Technique*)<sup>140</sup> se vale de três estimativas de tempo (tempo otimista, mais provável e pessimista) para cada atividade da rede.

Com tais elementos, é possível um encadeamento sequencial lógico dos eventos da obra, considerando suas interdependências e respectivos tempos de duração. Permite, assim, a redefinição de atividades, sua antecipação ou retardamento, o adequado tratamento dos serviços críticos e a antecipação da solução de conflitos envolvendo recursos. São peças fundamentais no planejamento e gerenciamento da obra, principalmente quando existe uma cadeia de encargos interdependentes.

---

O fato é que um anteprojeto de engenharia, via de regra, não possui a definição das soluções de engenharia necessárias à perfeita definição dos serviços e produtividades da obra; tampouco a relação perfeita de interdependências das atividades. Até porque as metodologias e tecnologias a serem empregadas não estão ainda definidas.

---

*Nesse contexto, tal qual o preço da obra, o prazo também terá uma acurácia bem menor nas licitações com base na contratação integrada. Para aquelas parcelas em que o anteprojeto for menos detalhado, em razão da distribuição de riscos e da liberdade conferida para a inovação do particular, essas interdependências terão de ser realizadas de maneira global, por cada macroetapa do empreendimento.*

A consequência é que as multas e definições contratuais relacionadas ao prazo devem ser também coerentes com essa limitação estimativa. Tempos de execução super ou subestimados, a depender das consequências contratuais pelo inadimplemento, podem ser altamente restritivos à competitividade.

Estimativas realizadas de forma mais “relaxada” repercutirão em problemas futuros para os fiscais. Se um prazo não é cumprido, três possibilidades se apresentam: o não cumprimento foi culpa da contratada; ou foi de responsabilidade da Administração; ou decorreu de fatos supervenientes, alheio às vontades ou possibilidades de qualquer das partes (caso fortuito ou força maior).

Quando o atraso decorre de razões imprevisíveis — ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis —, nos termos da lei, um termo aditivo é devido, tanto para recompor o prazo para feitura do objeto, quanto para o ressarcimento por eventuais encargos superiores ao então previsto à época da assinatura do contrato. O mesmo encaminhamento é cabível quando houve responsabilidade da Administração pelo não cumprimento do prazo (com a devida apuração de responsabilidades dos agentes que concorreram para o evento).

Caso o atraso ocorra, entretanto, por incapacidade do particular em cumprir o acordado, sem a concorrência de fatos supervenientes alheios à sua vontade, a Administração deve, sim, ajustar novo prazo, mas não sem antes aplicar as sanções contratuais cabíveis.

---

<sup>139</sup> Método do caminho crítico.

<sup>140</sup> Técnica de Avaliação e Revisão do Programa.

Fato é que existe uma cultura de omissão na aplicação desses dispositivos. Quando existe atraso, a compulsória aplicação das regras contratuais é uma obrigação, nem sempre observada pelos gestores responsáveis. Entendemos que as crônicas deficiências nessas avaliações de prazo façam parte dos motivos que levam a tais recorrências omissivas — mesmo com a disposição de um projeto básico completo. Se a cultura se mantiver, tais irregularidades irão se assoberbar nas contratações integradas. O “fator tempo” trará severos prejuízos, como também obras “atrasadas” ou “inacabadas”.

## 12.2 QUANDO UTILIZAR

### 223. Quando utilizar a contratação integrada?

Em decisão elucidativa, o TCU, mediante o Acórdão nº 1.510/2013-Plenário, definiu:

9.1.1. A obra ou o serviço de engenharia deve preencher pelo menos um dos requisitos elencados no art. 20, §1º, da Lei nº 12.462/2011, quais sejam, a natureza predominantemente intelectual e de *inovação tecnológica* do objeto licitado (inciso I); ou que possam ser executados com *diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado*, pontuando-se na avaliação técnica, sempre que possível, as vantagens e benefícios que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução (inciso II). (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013, grifos nossos)

O acórdão foi prolatado em um contexto no qual o critério de julgamento “técnica e preço” se fazia obrigatório, por força do art. 9º, §2º, inciso III da Lei nº 12.462/2011. Como o art. 20 da Lei nº 12.462/2011 estabelecia quais as características necessárias do objeto para que se pudesse licitar mediante esse critério, a Corte Federal de Contas, em paralelismo, firmou entendimento que, para se licitar mediante a contratação integrada, a obra teria de apresentar idênticos requisitos.

A Lei nº 12.980/2014, porém, tanto revogou o dispositivo que obrigava a utilização da “técnica e preço”, como modificou o conteúdo do art. 9º, que passou a vigorar do seguinte modo:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I – inovação tecnológica ou técnica;

II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Mesmo com a retirada da compulsoriedade da “técnica e preço”, a preferência por esse critério de julgamento pode ser intuída em uma interpretação sistemática da Lei nº 12.462/2011. Afinal, para justificar os preços superiores, decorrentes da elevação dos riscos provenientes da maior imprecisão do anteprojeto, outros ganhos devem existir para justificar a opção. Se esses ganhos forem qualitativos, a maneira de objetivar a vantagem seria traduzi-los em números, de forma a viabilizar a comparação entre as propostas. Daí a necessidade de haver uma “inovação tecnológica”, ou a “possibilidade de execução

com diferentes tecnologias”, ou a “possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado”, capazes de viabilizar uma pontuação diferencial qualitativa.<sup>141</sup>

Traduzindo em miúdos o raciocínio supra, quando se permite a feitura do projeto básico pelo particular, na prática, as contratadas é que definirão a metodologia/tecnologia a ser utilizada. Então, nessa ótica, toda e qualquer obra poderia ser licitada mediante o novo regime.

Como situa Portugal Ribeiro:

[...] a realização da licitação com apenas o anteprojeto (sem o projeto básico) em si já abre possibilidade de que cada um dos possíveis vencedores da licitação, quando já contratado, preveja no projeto básico que vier a elaborar metodologias diferentes de execução. Portanto, a própria ideia de licitar a obra ou serviço com apenas o anteprojeto já traz insita a possibilidade de metodologias diferenciadas de execução que serão definidas e adotadas após a contratação, quando da elaboração do projeto básico de engenharia pelo contratado. [...] Portanto, a existência de metodologias diversas de execução da obra que possam ser escolhidas pelo contratado é parte da própria ideia de contratação integrada. [...]

Ao realizar a contratação da obra apenas com o anteprojeto, não é apenas a escolha da metodologia de execução que é transferida ao contratado: é a própria realização do projeto básico, o que envolve muito mais do que a mera definição da metodologia de execução, que é uma parte, um segmento do conjunto de definições que compõe o projeto básico. [...]<sup>142</sup>

Assim, já que a própria elaboração do projeto básico concomitantemente à contratação já viabiliza concepção de metodologias diferenciadas, há que se sopesarem outros critérios para justificar a vantagem da utilização do novo regime. Outros elementos da obra ou serviço de engenharia devem estar presentes a fim de consubstanciar a vantagem do instituto, em detrimento das outras preferências (regimes global e integral).

---

---

*Em outras palavras, muito embora exista sempre a viabilidade de se conceber metodologias diferenciadas quando se elabora o projeto básico, tais distinções devem ser relevantes, em termos de vantagens para a Administração e da real disputa licitatória.*

---

---

Nesse norte, o objeto deve ser tal que permita uma disputa efetiva em termos de metodologia/tecnologia. Se a obra for tão simples que as propostas oferecidas pelos particulares se tornem semelhantes, sem ganhos efetivos, não se justifica essa maior transferência de riscos (e maiores preços), pois a própria Administração poderia “dimensionar” esse objeto.

A real disputa licitatória pode ser traduzida em ganhos qualitativos (em termos de desempenho, prazo de entrega, ou outro parâmetro objetivamente mensurável), caso em que será utilizada a “técnica e preço”. Pode ocorrer, também, de as metodologias não serem imediatamente comparáveis como sendo uma melhor que outra. Todas são viáveis,

<sup>141</sup> A preferência pela “técnica e preço” será mais bem desenvolvida na questão 247.

<sup>142</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal; PINTO JUNIOR, Mário Engler; PRADO, Lucas Navarro. *Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.

mas cada uma contará com um custo diferente. Nesse caso, na medida em que se viabiliza a concepção de diversas metodologias — todas viáveis — mas com custos distintos de implementação, as empresas, ao concorrerem, podem se diferenciar competitivamente em face da economicidade de sua proposta. Como dizem as próprias empresas, elas poderão “fazer engenharia”. Dimensionar o modo mais econômico, construir e concorrer por esse fim. Nesse caso, estaria também justificada a utilização da contratação integrada.

Ressalve-se que, se o objeto não oferecer essa efetiva possibilidade no emprego de diferentes metodologias, capazes de render benefícios para a Administração, tal “vantajosidade” será diminuída.

A diferença metodológica tem que ser verdadeira. Nos termos do voto condutor do Acórdão nº 1.510/2013-TCU-Plenário, “se for vulgarizada, a Administração terminará por pagar mais caro por um objeto que poderia, pela via tradicional, ser concebido por preços menores, nos mesmos prazos, e com riscos inferiores quanto a transtornos relativos à qualidade do produto pretendido”. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

Outra decisão do TCU pode corroborar a tese em análise. No Acórdão nº 601/2011-TCU-Plenário, que enfrentou a questionada possibilidade de se licitar a elaboração de projetos por pregão, foi estabelecido o seguinte entendimento:

2. Se o projeto ou estudo a ser elaborado por um profissional ou empresa for similar ao que vier a ser desenvolvido por outro(a), o serviço pode ser caracterizado como comum. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto licitado não se enquadra na categoria de comum.
3. É possível a existência de soluções distintas para o objeto licitado, mas a consequência advinda da diferença entre elas não deverá ser significativa para o ente público que adota o pregão. Se, no entanto, os serviços comportarem variações de execução relevantes, a técnica a ser empregada pelos licitantes merecerá a devida pontuação no certame. (grifos nossos)

---

As vantagens provenientes da contratação integrada devem compensar a transferência de riscos para os particulares. O empreendimento deve ter uma *complexidade mínima que viabilize esses ganhos, que enseje uma real competição, em termos de solução, capaz de render benefícios para aferição de vantagem pelo setor público, a serem preferencialmente pontuados*. Essa demonstração é o supedâneo para a motivação da vantagem para utilizar do regime. Obra ou serviço de engenharia de tal simplicidade que permita à própria Administração chegar à solução ideal não teria um contraponto justificador para esse direcionamento de riscos ao particular.

---

Mais uma vez, tomando por empréstimo a elucidativa motivação do relator no Acórdão nº 1.510/2013-TCU-Plenário, “em um certame licitatório, a concorrência efetiva é apenas uma presunção. Pode haver unicamente um concorrente. Nesse caso, as estimativas de custos da licitação é que nortearão a ‘razoabilidade’ do preço ofertado. É justamente por essa disputa poder não ser real é que a boa estimativa do valor justo de mercado pelo objeto se faz tão valiosa. Quando se licita por meio do anteprojeto, existe

um ‘elastecimento’ na precisão desse cálculo. O Poder Público pode contratar pior, sem nenhum ganho qualitativo associado a esses maiores gastos. Para justificar a perda de todos esses valores é que se condiciona a inequívoca demonstração de ‘vantajosidade’ na utilização do regime”. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

O TCU confirmou a tese, novamente, mediante o Acórdão nº 1.399/2014-Plenário. Consta do voto condutor da decisão:

22. Entrementes, em razão da necessidade de um exame mais atualizado da matéria, do qual não se pode fugir, em face das alterações introduzidas na lei pela MP 630, e considerando a linha defendida pelos escalões dirigentes, de que haveria, ainda que em menor intensidade, a possibilidade de execução com emprego de diferentes metodologias, teço considerações adicionais à luz do novo dispositivo legal.

23. Em princípio, tenho a compreensão de que nem mesmo sob a égide da nova redação do art. 9º da Lei 12.462/2011, em que foi suprimida a obrigatoriedade de adoção da “técnica e preço” nos casos de contratações integradas, parece haver espaço para que serviços ordinários sejam executados sob o regime de contratação integrada. Nessa vertente, aduzo que na nova redação do art. 9º da citada lei restaram explicitadas as condições de emprego da contratação integrada, estipulando-se exigências mais ou menos semelhantes àquelas indicadas no art. 20, §1º da Lei 12.462/2011 (suprimida a exigência de predominância intelectual, esta restrita à técnica e preço de que trata o art. 20). Eis a nova redação daquele dispositivo:

“art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Medida Provisória 630, de 2013)

I – inovação tecnológica ou técnica; (Incluído pela Medida Provisória 630, de 2013)

II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (Incluído pela Medida Provisória 630, de 2013)

III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (Incluído pela Medida Provisória 630, de 2013)”

24. Apesar de afastada a obrigatoriedade de valoração técnica das propostas, devida apenas quando esta for relevante aos fins pretendidos pela Administração (§1º do art. 20), a nova redação daquele dispositivo não abriga, a meu ver, a licitação de serviços comuns na modalidade de contratação integrada. Primeiro, porque a necessidade de justificação técnica e econômica para a escolha do regime de contratação integrada (caput do art. 9º), parece afastar o uso indiscriminado desse regime, em detrimento de outros previstos na lei (ou em outras leis), reservando-se para situações que assim se justifiquem técnica e economicamente. Há, ainda, que se preencher ao menos uma das condições indicadas nos referidos incisos I a III do art. 9º transcrito retro. Entretanto, já foi demonstrado nos autos que o objeto em questão não traz em si inovação tecnológica ou técnica, nem a possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

25. Quanto à possibilidade de execução mediante diferentes metodologias, ao que me parece, não seria adequado conferir interpretação puramente literal ao dispositivo. Essa conduziria ao entendimento de que bastaria a presença de diferenças metodológicas na execução, ainda que mínimas ou em menor intensidade, entre as diversas soluções possíveis, para justificar a utilização da contratação integrada. Como praticamente todas as obras e serviços de engenharia podem ser realizados mediante alguma variação metodológica, em diferentes graus de variação, esse tipo de interpretação conduziria ao enquadramento de quase todo tipo de obra ou serviço de engenharia, trazendo uma generalização da aplicação do regime

em se tratando de obra ou serviço de engenharia a dispensar enquadramento no disposto nos incisos I ou III do art. 9º.

26. Penso que o termo “diferentes metodologias” quis referir-se a diferenças em ordem maior de grandeza e de qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre propostas envolvendo diversas metodologias, de forma a propiciar ganhos reais para a Administração. Se em face do caráter ordinário e comum do objeto diferentes projetistas dimensionarem soluções muito semelhantes, não se justificará os maiores riscos (e, em tese, maiores preços embutidos) repassados para o particular, encarregado não só da execução das obras, mas também do projeto, nessa modalidade de contratação. Foi nesse sentido, a propósito, a conclusão deduzida no voto condutor do Acórdão 1.510/2013-Plenário (Relator o Min. Valmir Campelo): (...)

27. Assim, levando em consideração os temperamentos apontados no âmbito da unidade técnica, e especialmente o argumento de que o RDC se constitui inovação jurídico-legal cuja forma de utilização ainda não está consolidada na Administração Pública, penso que é suficiente dar ciência ao Dnit de que os serviços do BR-Legal relativos à sinalização (horizontal e vertical) e dispositivos de segurança licitados pelo edital 854/2012, não preencheram os requisitos indicados nos arts. 9º, §2º, inciso III, c/c art. 20, §1º, da Lei 12.462, de 4/8/2011, na redação original desses dispositivos, vigente à época da licitação, bem como que, atualmente, apenas os serviços que atendam pelo menos uma das condições constantes do art. 9º, *caput*, e incisos I a III, da Lei 12.462/2011, com redação dada pela MP 630/2013, podem ser licitados mediante o regime de contratação integrada, sem prejuízo ainda de explicitar o entendimento consignado nas linhas anteriores acerca do termo “diferentes metodologias”. (TCU. Acórdão nº 1.399/2014. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. *DOU*, 5 jun. 2014)

A decisão foi vazada nos seguintes termos:

9.2. dar ciência ao Dnit acerca das seguintes impropriedades e das seguintes orientações decorrentes do exame efetuado nestes autos sobre a contratação dos serviços de aplicação e manutenção de dispositivos de segurança e de sinalização rodoviária objeto do Edital 854/2012-00, no Estado de Rondônia:

9.2.1. os serviços do BR-Legal relativos à sinalização (horizontal e vertical) e dispositivos de segurança, licitados pelo Edital 854/2012, não preencheram os requisitos necessários à contratação integrada previstos em lei à época do lançamento da licitação, vez que obrigatoriamente realizada com a utilização do critério “técnica e preço”, para o qual deveriam ser observadas as exigências indicadas no §1º do art. 20 da Lei 12.462/2011, de conformidade com o disposto no art. 9º, §2º, inciso III, da Lei 12.642/2011, em sua redação original;

9.2.2. atualmente, apenas os serviços que atendam pelo menos uma das condições constantes do art. 9º, *caput*, e incisos I a III, da Lei 12.462/2011, com redação dada pela MP 630/2013, podem ser licitados mediante o regime de contratação integrada;

9.2.3. para o enquadramento da obra ou serviço de engenharia ao disposto no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011, a “possibilidade de execução mediante diferentes metodologias” deve corresponder a diferenças metodológicas em ordem maior de grandeza e de qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre propostas envolvendo diversas metodologias, de forma a propiciar ganhos reais para a Administração, trazendo soluções que possam ser aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público, de modo que os ganhos advindos da utilização da contratação integrada compensem o maior direcionamento de riscos aos particulares, não se prestando tal enquadramento em situações nas quais as diferenças metodológicas são mínimas, pouco relevantes ou muito semelhantes, como ocorre nos casos de serviços comuns, ordinariamente passíveis de serem licitados por outras modalidades, ou outros regimes.

A Figura 12.16 resume bem a questão:

**Figura 12.16 – Motivações para a contratação integrada**



## 224. As contratações integradas são mais caras? Como quantificar esse valor?

Em corolário da ciência econômica, maiores riscos repercutem em preços mais elevados. Ao se estabelecerem maiores incumbências às contratadas por fatos supervenientes ou desconhecidos, há, em contrapartida, de se incluírem preços maiores para poder adimplir a essas novas responsabilidades assumidas — sob pena de não cumpri-las. Entretanto, esse maior preço deve ser sopesado contra as vantagens advindas de se entregar ao particular todas as demais responsabilidades pela condução do empreendimento.

É por esse fato, aliás, que, para cada risco transferido ao particular, deve-se motivar, em termos de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade, a razão da escolha. Se a própria Administração pode bem gerenciar aquele risco, que assim o faça.

Vale a expressão de língua inglesa “there is no free lunch” (não existe almoço grátis). Quanto maior a incerteza do evento posterior, maior deverá ser esse colchão para assegurar a viabilidade. Em se tratando de riscos, existe sempre uma “aposta” a ser feita, com ampla aplicação da teoria dos jogos. Em função da hipótese de que o evento ocorra, em margem probabilística, dimensiona-se o respectivo custo associado.

O raciocínio supra é exatamente o negócio das seguradoras. Elas tanto quantificam a chance dessa eventualidade ocorrer, como precificam sua consequência. Daí a perfeita harmonia entre os riscos atribuídos à contratada e a salutar contrapartida, em termos de

seguro, a ser *exigida* do particular. Para cada responsabilidade atribuída à contratada, em termos de direcionamento de riscos, tanto melhor para a Administração que exista a respectiva contrapartida de seguros. Dessa maneira, tanto se viabiliza a “valoração” do risco, como se assegura a execução futura do objeto.

---

O valor do seguro será, então, o quanto o mercado (de seguros) cobrará para acautelar a incerteza.

---

Adequado, nessa conclusão, transcrever o entendimento do TCU:

Em um modo de pensar, para as parcelas do empreendimento mais simples, em que a Administração tem meios de melhor detalhar a solução em anteprojeto (por absoluta simplicidade e pequeníssima vantagem de os particulares competirem em termos de metodologia construtiva), mais conveniente detalhá-los no anteprojeto e exigir a identidade em sua feitura. Os riscos dessa parcela, por conseguinte, serão da Administração.

Ao contrário, para aquelas frações mais complexas, tanto se libere as contratadas para propor, cada qual, a sua metodologia, quanto, por consequência, se transfira os respectivos riscos para o particular. No que se refere à viabilidade da cobertura de seguros, deve existir uma exigência contratual de seguro para mitigar essa potencial insegurança. É um imperativo que tanto confere maior estabilidade ao contrato (em termos de certeza no seu adimplemento), como viabiliza a própria precificação do risco. Mais que isso, *os seguros proporcionais aos riscos são elementos indissociáveis para a segurança da oferta da melhor proposta.* (TCU. Acórdão nº 2.745/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 16 out. 2013)

Contrapomos que existe a possibilidade de a contratação integrada redundar em menores custos para a Administração. A inovação metodológica e tecnológica dos particulares pode, inclusive, não obstante os maiores riscos, ensejar preços menores, caso viabilize a redução de custos pelas contratadas.

É o caso das estruturas de concreto. Existem diversas modelagens possíveis, mas somente uma é a mais econômica. O bom projetista “testa” todas as possibilidades, escolhendo a mais econômica, de acordo com as condições de contorno previamente estabelecidas. Esse também é um aspecto a ser ponderado como motivação da utilização do novo instituto.

## **225. As obras executadas mediante contratação integrada são mais rápidas?**

Poder-se-ia, intuir que, em face da desnecessidade da elaboração do projeto básico, existe uma “agilidade” na contratação e, conseqüentemente, a antecipação do início e término das obras.

Tal ilação deve ser avaliada com muita cautela. Apresentamos algumas situações igualmente retardadoras ao início/término das obras:

- a) o projeto básico, tal qual nas licitações tradicionais, ainda deve ser aprovado pela autoridade competente para o início das obras. A Administração, assim, ainda precisa de tempo para analisar a factibilidade daquela nova peça. Levando

- em conta as soluções potencialmente inovadoras a serem apresentadas, a complexidade da análise pode ser ainda maior que a aprovação do “projeto básico tradicional”;
- b) a possibilidade de a empresa contratada querer “forçar” a especificação de serviços ou materiais de pior qualidade nas situações em que o anteprojeto deixar lacunas na especificação desejada, o que demandará longo tempo de negociação para o encontro de solução conciliadora;
  - c) os demais documentos para o início da obra devem igualmente ser providenciados, cujo pedido só se faz possível após a aprovação do projeto básico pela Administração (alvará de construção, aprovação do corpo de bombeiros, aprovação nas companhias de água e esgoto, etc.). Em alguns estados, somente a aprovação no corpo de bombeiros pode demorar mais de seis meses;
  - d) a depender da distribuição de riscos e das obrigações repassadas à contratada, anteriormente à feitura do projeto básico deverão ser realizados levantamentos de campo e ensaios, balizadores das soluções de projeto;
  - e) as licenças ambientais ainda são cabidas. Anteriormente à emissão da ordem de serviços, todo o trâmite ambiental para obtenção da Licença de Instalação é devido;<sup>143</sup>
  - f) com base no anteprojeto, a depender de sua concepção, ainda não se definiram as áreas a serem desapropriadas, no que decorre a necessidade do deslinde definitivo administrativo ou judicial, de acordo com o caso;
  - g) o anteprojeto de engenharia também deve ser licitado, com mesmo trâmite licitatório devido para a contratação do projeto básico tradicional;
  - h) necessidade de contratação de empresa para supervisão da obra, caso a Administração não detenha pessoal técnico e legalmente habilitado;
  - i) em regra, a elaboração do edital demandará mais tempo, tendo em vista a necessária coerência entre a modelagem do anteprojeto, da matriz de riscos e das condições de seguro.<sup>144</sup>

Consideramos, desse modo, que a motivação de utilizar uma contratação integrada diante da dita aceleração do início e término das obras, seja um tanto frágil. A vantagem na utilização desse novo instituto é muito mais justificada em razão dos ganhos para a Administração, advindos das soluções inovadoras a serem idealizadas, do que propriamente em face da celeridade no prazo de conclusão do empreendimento. Óbvio que a eventual aceleração da construção, proveniente de metodologias/tecnologias inovadoras a serem empregadas, pode ser pontuada em termos técnicos. Tal ganho, porém, será fruto do futuro projeto a ser desenvolvido, e não uma vantagem ferramental, em termos procedimentais da contratação integrada. A discussão sobre os requisitos para a utilização da contratação integrada consta da questão 223 (“Quando utilizar a contratação integrada?”).

---

<sup>143</sup> Ver questão 47.

<sup>144</sup> Ver questões 214, 217 e 218.

## 226. Posso justificar a utilização da contratação integrada porque não houve tempo para a contratação do projeto básico?

Como visto no tópico anterior, a simples justificativa relacionada à “agilidade” da utilização da contratação integrada para a aceleração da obra é um tanto frágil.

A licitação da obra com base em um anteprojeto, em verdade, não pode ser uma tentação para os gestores que, ao falhar em seu dever de planejamento, tentam licitar uma obra sem os requisitos legais mínimos para a “garantia da melhor proposta”. As consequências posteriores poderão ser ainda mais desastrosas.

Pragmaticamente, esse é o grande risco da contratação integrada: uma omissão generalizada na motivação em sua utilização, com a licitação irresponsável de obras sob a guarida de um conjunto de informações quaisquer, sem qualquer coerência ou clareza de obrigações, intitulada, a esmo, de “anteprojeto”. Por um lado, agiliza-se o trâmite licitatório; por outro, potencializam-se os riscos de atrasos, de superfaturamento, de qualidade deficiente, e de obras inacabadas. É, no jargão popular, “colocar a carroça na frente dos bois”.

Zymler e Dios pertinentemente comentam:

Não deve ser aceitável, cabe ressaltar, a administração, com o intuito de agilizar o procedimento ao não elaborar o projeto básico previamente à licitação, enquadrar obras e serviços de engenharia no regime de contratação integrada quando esses empreendimentos não preenchem os requisitos para uma licitação do tipo técnica e preço.<sup>145</sup>

A contratação integrada foi idealizada para extrair o *know-how* dos particulares, para tirar proveito de uma criatividade e de uma inovação próprios da iniciativa privada, capazes de render benefícios para o setor público. Por isso, o objeto precisa viabilizar essa competição e as condições licitatórias devem também permitir a comparação das ofertas em face dessa disputa.

Existe uma coerência a ser pensada na cobertura de seguros, na distribuição de riscos e no detalhamento de anteprojeto para fornecer o suporte e a segurança para uma oferta justa de preços. Há, assim, uma modelagem, um conceito, um processo coerentemente, pensado e entrelaçado, incompatível com a pressa primeiramente justificada como “desculpa” para utilização desse novo conceito licitatório.

<sup>145</sup> ZYMLER; DIOS *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*; Benjamim Zymler; Laureano Canabarro Dios. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

## ELABORAÇÃO DO EDITAL E FASE LICITATÓRIA

### **227. A modalidade de execução de “técnica e preço” é obrigatória? O que pontuar como critério técnico nas contratações integradas?**

A Lei nº 12.980/2014 ajustou a redação do art. 9º da Lei nº 12.462/2011 para o seguinte texto:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

- I – inovação tecnológica ou técnica;
- II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Tal ajuste nada mais fez do que acolher o entendimento jurisprudencial consubstanciado no Acórdão nº 1.510/2013-TCU-Plenário.

Porém, a grande novidade incorporada pela Lei nº 12.980/2014 definitivamente ocorreu na revogação do inciso III do §2º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, ou seja, deixou de ser obrigatória, nas licitações com regime de execução por contratação integrada, a utilização do critério de julgamento por técnica e preço.

A obrigatoriedade da técnica e preço conferia eficácia ao §3º do mesmo artigo:

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

Em uma lógica da disposição então existente, a contratação integrada tão mais se justifica quanto maior concorrência existir, em termos reais de tecnologia e metodologia executiva. No caso de utilização da “técnica e preço”, essa competição era a forma pela qual se comparavam as propostas, em termos de qualidade, produtividade, rendimento, durabilidade, segurança, prazo de entrega, economia (em sentido amplo) ou outro benefício objetivamente mensurável. Quanto mais evidente a preponderância e clareza dos critérios técnicos a serem pontuados, mais motivada estaria a opção pelo regime.

Julgamos, porém, que a retirada da obrigatoriedade da “técnica e preço” não tenha modificado esse ideal de estimular a concorrência em termos tecnológicos e metodológicos. Eventualmente, uma solução é melhor que outra, em termos qualitativos

mensuráveis — o que será pontuado pela técnica e preço. Pode ocorrer, contudo, que dentre duas tecnologias de qualidade equivalente, uma ser mais econômica que outra. Nesse caso, a concorrência existirá, mas se dará no certame licitatório por menores preços apresentados, não por uma nota técnica maior. Nesse caso, aliás, julgamos que se faz ampliada a eficácia da diretriz do RDC estipulada no art. 4º, inciso III, da Lei nº 12.462/2011:

III – busca da maior vantagem para a Administração Pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

Como já dito, as vantagens da utilização da contratação integrada devem equilibrar a maior atribuição de responsabilidades às contratadas, a ensejar, em tese, maiores preços. É natural que essa compensação advenha de empreendimentos com complexidade mínima que viabilize esses ganhos. Tal demonstração é o cerne para a motivação da vantagem na utilização do regime. Como visto, obra ou serviço de engenharia de tal banalidade que permita a própria Administração chegar à solução ideal (a de melhor qualidade e/ou a mais econômica, de forma ampla) não teria um contraponto justificador para esse direcionamento de riscos ao particular.

Nesse pensamento, mesmo que a “técnica e preço” não seja obrigatória em todos os casos, nas situações em que aspecto metodológico ou tecnológico das propostas envolver questões “numerificáveis” afetas à qualidade, produtividade, rendimento, durabilidade, segurança e prazo de conclusão, o critério de julgamento deve ser utilizado. Afinal, se houver proposta que renda mais benefícios à Administração, ela deve ser “quantificada” em termos técnicos, por ser o único meio (ou o melhor meio) de obter a melhor proposta. *Nesse pensamento, a “técnica e preço”, apesar de não obrigatória, ganha feições preferenciais.*

Caso contrário, se a única vantagem for com relação ao preço (considerados os aspectos relativos à manutenção e demais custos indiretos, nos termos do inciso III do art. 4º da Lei nº 12.462/2011), aí sim se dispensa o mencionado critério.

Quando utilizada a “técnica e preço”, importante considerar o conteúdo do Acórdão nº 1.510/2013-TCU-Plenário:

Conforme já explicitado, esses critérios podem ser de qualidade, produtividade, rendimento, durabilidade, segurança, prazo de entrega, economia ou outro benefício objetivamente mensurável, a ser necessariamente considerado nos critérios de julgamento do certame. A coerência com a lógica do regime impõe essa valoração, à época do julgamento. Se não existe vantagem, afinal, em atribuir a solução para contratada (capaz de ser pontuada e comparada), que a própria administração o faça — e por um preço menor.

Diante disso, entendo devida a ciência à Infraero para que, tanto justifique, no bojo do processo licitatório, o balanceamento conferido para as notas, como busque, sempre que possível, a valoração objetiva da metodologia ou técnica construtiva a ser empregada; e não, somente, a pontuação individual decorrente da experiência profissional das contratadas ou de seus responsáveis técnicos. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

O Acórdão foi vazado com o seguinte teor:

9.1.7. Justifique, no bojo do processo licitatório, o balanceamento conferido para as notas técnicas dos licitantes, como também a distribuição dos pesos para as parcelas de preço e técnica, em termos da obtenção da melhor proposta, buscando, em razão do que dispõe o §3º, do art. 9º, da Lei nº 12.462/2011, a valoração da metodologia ou técnica construtiva a ser empregada e não, somente, a pontuação individual decorrente da experiência profissional das contratadas ou de seus responsáveis técnicos. (TCU. Acórdão nº 1.510/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 24 jun. 2013)

## **228. Como avaliar a melhor proposta na contratação integrada?**

De plano, como visto na questão anterior, existe uma preferência na utilização da “técnica e preço”. Isso significa que caberá ao gestor, em cada caso concreto, escolher a melhor opção a ser inserida no instrumento convocatório.

Se na contratação integrada o projeto básico é feito por responsável pela execução da obra, existirão diversas soluções para o atendimento da demanda da Administração Pública, cada uma com qualidade específica e custos de manutenção e utilização diversos.

Quando o critério de julgamento envolve técnica e preço, é possível sopesar no momento da apreciação dos valores apresentados pelos licitantes as especificidades executivas de cada proposta, por meio de pontuação no quesito técnica, de modo a buscar um equilíbrio entre os dois fatores fundamentais na declaração de um vencedor: preço e técnica. Por isso, se o empreendimento guardar elevada complexidade técnica, parece ainda vantajoso manter o critério que envolva a apreciação dos dois componentes.

Agora, observando a opção estabelecida quanto ao critério de julgamento, se o órgão licitante dispensar a avaliação da pontuação técnica, optando, por exemplo, em critério de julgamento pelo menor preço, será essencial a criação de regras para realmente selecionar a proposta mais vantajosa, em especial, repise-se, devido ao fato de todas as especificações do projeto básico estarem a cargo dos próprios licitantes. A questão essencial, de acordo com o dito popular, é: como evitar comprar gato por lebre?

O primeiro requisito na busca da solução para esse problema está na qualificação técnica da equipe responsável pela contratação. Se não houver excelente treinamento dos profissionais da Administração Pública, o cenário futuro afeto à execução das obras poderá ser sombrio.

O segundo deve ser buscado no texto da própria Lei nº 12.462/2011, que estabelece em seu art. 19:

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.

§1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.

O §1º do mencionado art. 19 fornece ao gestor toda a possibilidade jurídica de computar os diversos custos indiretos, bastando a criação de regras objetivamente

mensuráveis no edital para que a comissão encarregada do julgamento consiga computar todas as vantagens de metodologias de execução distintas. Apesar de não ser tarefa fácil, pior será não considerar despesas com manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental no momento da definição da empresa vencedora, uma vez que, após a conclusão dos empreendimentos, diversos desses itens de despesa consumirão recursos públicos de forma desnecessária.

## **229. E o critério de aceitabilidade de preços nas contratações integradas?**

Essa questão ganha relevo quando a dinâmica da contratação integrada, por estar embasada em anteprojeto, faz com que a Administração tenha em mãos, no momento da licitação, apenas um orçamento estimativo.

Consoante o Decreto nº 7.581/2011, modificado pelo Decreto nº 8.080/2013:

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

§1º O valor global da proposta não poderá superar o orçamento estimado pela Administração Pública com base nos parâmetros previstos no §§3º, 4º ou 6º do art. 8º da Lei nº 12.462, de 2011, [relativos aos preços referenciais do Sinapi/Sicro ou, na ausência deles, em outras tabelas oficiais] e, no caso da contratação integrada, na forma estabelecida no art. 9º, §2º, inciso II, da Lei nº 12.462, de 2011. (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013) [na contratação integrada, utilizando referências comparativas ou paramétricas]

§5º No caso de adoção do regime de contratação integrada, deverão ser previstos no instrumento convocatório *critérios de aceitabilidade por etapa*, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado na forma prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, e compatíveis com o cronograma físico do objeto licitado. (grifos nossos)

Sabidamente, apesar de não ser possível aplicar um critério de aceitabilidade de preços unitários — em face da eventual impossibilidade de se elaborar uma composição de custos unitários para todos os serviços com base, apenas, no anteprojeto — amarraram-se preços por etapas. Cada fração da empreitada (serviços preliminares, fundações, estrutura, vedações, etc.) há de contar com um preço máximo.

Intenta-se evitar a ocorrência de eventual “jogo de cronograma”, em que se inflam os custos das etapas preliminares do empreendimento. Afora a diminuição dos custos financeiros nessa antecipação artificial de pagamentos, existe o risco do abandono da obra, com o recebimento desproporcional da remuneração em detrimento dos serviços então realizados.

Desnecessário lembrar a maior dificuldade das comissões de licitação na análise de propostas entregues com base no regime de contratação integrada, visto que a avaliação não se resume a preços, mas também à qualidade das soluções apresentadas pelos licitantes. Por esse motivo, é essencial que a Administração construa uma estrutura tecnicamente qualificada para fornecer apoio aos membros responsáveis pela homologação e adjudicação do certame.

## 230. É preciso apresentar as composições de custo unitário nas contratações integradas? E o demonstrativo de BDI?

Tal indagação também foi debatida com frequência a partir da aprovação do RDC, tanto que, em agosto de 2013, foram realizados alguns ajustes no texto do Decreto nº 7.581/2011 por meio do Decreto nº 8.080/2013. Consta do dito ato normativo:

Art. 1º O Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 8º [...]

§2º [...]

II – a exigência de que os licitantes apresentem, em suas propostas, a composição analítica do percentual dos Benefícios e Despesas Indiretas – BDI e dos Encargos Sociais – ES, discriminando todas as parcelas que o compõem, exceto no caso da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011; e” (NR)

Art. 40. [...]

§2º Com exceção da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, nas licitações de obras ou serviços de engenharia, o licitante da melhor proposta apresentada deverá reelaborar e apresentar à comissão de licitação, por meio eletrônico, conforme prazo estabelecido no instrumento convocatório, planilha com os valores adequados ao lance vencedor, em que deverá constar:

§3º No caso da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, o licitante que ofertou a melhor proposta deverá apresentar o valor do lance vencedor distribuído pelas etapas do cronograma físico, definido no ato de convocação e compatível com o critério de aceitabilidade por etapas previsto no §5º do art. 42.

Intui-se que, por se tratar de empreendimento cujas soluções técnicas e metodológicas serão de cada empresa, não haveria o porquê de se exigir o detalhamento dos preços ofertados pelo particular; nem do BDI, nem das composições de custo unitário; nem do detalhamento dos encargos sociais sobre a mão de obra. Até porque, em se tratando da necessária coerência entre a composição de custos unitários e a metodologia executiva a ser desenvolvida, se o projeto básico não está ainda pronto, existiriam algumas lacunas impeditivas desse estudo detalhado.

Avaliamos, entretanto, que a análise não possa ser feita com toda essa simplicidade. Em alguma medida, existiu uma inovação do Decreto, em termos do que se exigiria do *mens legis* da Lei nº 12.462/2011.

O detalhamento dos custos unitários pelo particular não insta a desclassificação de alguma empresa no caso de erro na formação de custos. A razão da exegese possui um viés mais amplo. Reproduzimos o pensamento apresentado na obra de Campelo e Cavalcante:

O particular, igualmente, deve apresentar o detalhamento de seus preços. Não se destina desclassificar concorrente por sobrestimativa de eventual insumo, posto que tal rigorismo em nada contribuiria para a obtenção da “melhor proposta”. A demonstração objetiva de todos os custos do empreendimento subsidia a Administração em eventuais análises de exequibilidade da oferta. Também evita a ocorrência de duplicidades de encargos dispostos no orçamento e serve de lastro probatório para o discernimento de futuros pleitos de

reequilíbrio econômico-financeiro. Trata-se, finalmente, da necessária motivação do preço ofertado, supedâneo do julgamento e da avaliação da real vantagem do preço oferecido pelo particular.<sup>146</sup>

As composições de custo são, assim, os motivadores da justeza do preço ofertado, basilar para o julgamento da vantajosidade do resultado licitatório. É requisito para o julgamento da melhor proposta. Em se tratando de preços ofertados para soluções distintas, a comissão de licitação precisa se cercar de meios para aferir a exequibilidade da oferta apresentada, tanto no que se refere à viabilidade do emprego da tecnologia/metodologia idealizada, quanto à razoabilidade do respectivo preço da solução.

O problema é que orçamento detalhado tem precisão condizente com a fase do empreendimento. Tal qual comentado, o nível de detalhamento do anteprojeto pode inviabilizar a feitura das composições de custo unitário. Existirão casos em que determinada tecnologia a ser empregada não tem condições de ser esmiuçada, em razão das lacunas de conhecimento e precisão não passíveis de serem preenchidas nessa etapa da obra.

Em um exemplo no qual se autorize a apresentação de soluções distintas de ar condicionado para uma edificação: as conexões, bitolas de tubos, potência dos insufladores, etc., serão somente dimensionadas na fase de projeto básico. Mesmo óbice haverá em projetos elétricos, hidrossanitários e demais instalações. Não existe vantagem — e mesmo possibilidade — nessas ocasiões de se exigir um detalhamento do preço na fase licitatória.

Haverá casos, por outro lado, em que tal desiderato é possível. Imagine-se uma contratação integrada para a construção de conjuntos habitacionais em que se permita às contratadas inovarem nos sistemas portantes e de vedação. O anteprojeto já permite a identificação da “metragem” de paredes. Não existe empecilho, em princípio, qualquer que seja a solução ofertada, para a quantificação e detalhamento do preço das diversas soluções de engenharia possíveis para esses sistemas. As composições de custo unitário, nessa fase, já se fazem possíveis.

Queremos dizer, em aglutinação dessas ideias, que a motivação dos preços pelos licitantes é fundamental para guarda da melhor proposta, e deve ser exigida de forma tão detalhada quanto a modelagem do empreendimento assim o permitir — inclusive com relação ao BDI. *Quando viável detalhar os custos na estimativa prévia realizada pela Administração, também se deve exigir da concorrente que assim o faça.* As incertezas com relação à exequibilidade e justeza da proposta serão diminuídas — o que, julgamos, é suficiente para tornar obrigatório, quando viável, exigir a paridade de detalhamento das formações de preços com as estimativas então realizadas.

Trazemos, em adição, o previsto no §5º do art. 42 do Decreto nº 7.581/2011:

§5º No caso de adoção do regime de contratação integrada, *deverão ser previstos no instrumento convocatório critérios de aceitabilidade por etapa, estabelecidos de acordo com o orçamento estimado na forma prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, e compatíveis com o cronograma físico do objeto licitado.* (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013) (grifos nossos)

<sup>146</sup> CAMPELO; CAVALCANTE. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*, p. 112, 113.

Ora, para a própria classificação das propostas, há de ser avaliada a razoabilidade dos preços ofertados para cada etapa. Para aquela fração da obra em que existe liberdade de inovação, esse critério de aceitabilidade pode ser um pouco mais elástico. Por outro lado, para aquelas partes da empreitada em que não existe autorização para modificar o previsto na peça licitatória, o controle deve ser mais rígido; e é justamente esse mais um motivo para exigir as composições de custo dos serviços relacionados a tais obrigações de meio. *É um requisito para a aplicação fundamentado do critério de aceitabilidade de preços por etapa.*

Obviamente que se não houver a inversão de fases (com habilitação anterior à classificação), a motivação do preço deve ser exigida somente do licitante preliminarmente situado na primeira colocação.

---

---

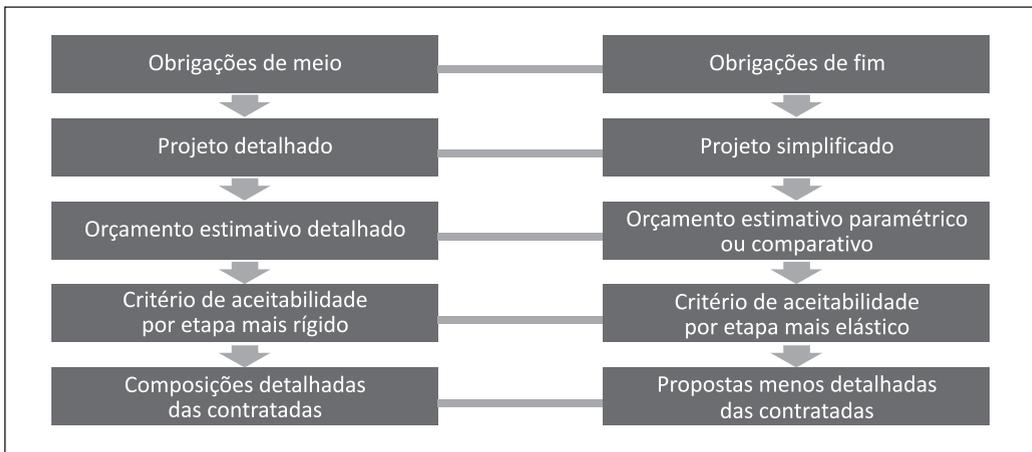
Quanto mais detalhado o anteprojeto e mais obrigações de meio existirem na modelagem, mais aprofundada deverá ser a motivação de custos ofertados pelos particulares.

---

---

Esta opção — tal como em diversas outras escolhas no RDC — deve estar adequadamente motivada, conforme ilustra a Figura 12.17.

**Figura 12.17 – Motivação do preço ofertado na contratação integrada**



### **231. O que pedir nas condições de seguro? Existe alguma relação dos seguros com o exigido na matriz de riscos e no anteprojeto?**

A questão de seguros em obras públicas precisa ser mais bem discutida no cenário nacional. Apesar de muitas argumentações favoráveis e contrárias, existem poucos estudos técnicos específicos a respeito do tema. No momento em que a legislação cria meios para flexibilizar a execução de projetos pelas empreiteiras no intuito de retirar a preocupação da Administração no estabelecimento de obrigações de meio, parece-nos que chegou a hora de essa discussão avançar para a incorporação de um novo modelo de contratação, no qual serão incluídas as empresas que atuam no ramo de seguros.

Com efeito, quando se atribuem mais riscos à contratada, a contrapartida é que o Poder Público não somente receberá ofertas maiores de preços na licitação, mas também assumirá maior insegurança quanto ao término e ao recebimento do objeto. Dependendo da dimensão desses riscos, caso não dimensionados adequadamente (na proposta dos particulares e pela própria Administração, na estimativa do valor do empreendimento), a empresa pode simplesmente não dispor de capacidade financeira ou técnica para adimplir as suas obrigações.

Em resposta, para contrapor essas incertezas, conveniente estabelecer obrigações contratuais relativas aos seguros proporcionais à divisão de responsabilidades estabelecidas na matriz de riscos. Para tal, muitas modelagens contratuais normalmente utilizadas pelas relações privadas poderão ser utilizadas. O art. 4º do RDC já encampa como diretriz a lógica do setor privado na contratação de seguros:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...]

IV – condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei;

É bom que não se confundam algumas modalidades de seguro oferecidas no mercado com o Seguro Garantia a que se refere o art. 56, §1º da Lei nº 8.666/1993. Tal opção é denominada pelas seguradoras como “Seguro Garantia do Licitante”. Tal qual consta da Lei de Licitações:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II – seguro garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III – fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

O Seguro Garantia definido na Lei nº 8.666/1993 — como visto, o Seguro Garantia do Licitante — objetiva garantir o fiel cumprimento dos mandamentos estabelecidos no contrato. Significa que a própria seguradora, uma vez materializada a impossibilidade de a contratada cumprir com suas obrigações, tomará providências para adimplir o objeto avençado até o limite estabelecido no termo de seguro. Tal modalidade, portanto, protege o contratante (no caso, a Administração), que é a segurada.

Já o Seguro Risco de Engenharia — uma das modalidades oferecidas no mercado privado — tem como segurado a própria empresa de engenharia. Ele busca preservar o patrimônio do segurado. Protegem-se eventuais prejuízos ocorridos durante a execução do contrato, decorrente de falhas na execução, danos a terceiros, incêndio, intempéries, erros de projeto, equipamentos, responsabilidade civil, entre outros, a depender das condições contratuais de seguro.

A Lei de Licitações limita em 5% (ou em 10%, conforme o caso) o “Seguro Garantia do Licitante”. Caso se utilize o Seguro Risco de Engenharia para minimizar a possibilidade de inadimplemento do objeto, com base no art. 4º, inciso IV, da Lei nº 12.462/2011, não existirá propriamente um limite. Basta utilizar um seguro com disponibilidade de cobertura oferecida pelo mercado, cada qual com o seu preço e condições (a ser necessariamente considerado no BDI das propostas dos licitantes).

Existe nas contratações integradas, assim, um *tripé* de coerência na concepção dos empreendimentos. A matriz de riscos, os elementos de anteprojeto e os seguros devem ser idealizados de forma coesa, elaborados em um planejamento cuidadoso, de forma a, em conjunto, diminuir os riscos da contratação, de acordo com a Figura 12.18.

**Figura 12.18 – Tripé da contratação integrada**



Deixamos claro que existem outras modalidades de seguro disponíveis no mercado, cada qual a ser medida e estudada de acordo com a modelagem contratual, coerentemente com a matriz de riscos idealizada e com os elementos definidos no anteprojeto.

### **232. Os limites de 5% (ou 10%) para o Seguro Garantia, estabelecidos na Lei nº 8.666/1993 ainda são obrigatórios nas contratações integradas?**

O ponto em discussão é acerca da legalidade da exigência contratual de estabelecer Seguro Garantia acima dos limites fixados no art. 56 da Lei de Licitações. Convém reproduzir os dispositivos legais afetos à matéria:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: [...]

§2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei. [...]

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...]

IV – condições de *aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado*, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei; [...]

Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

Por sua vez, no art. 56 da Lei de Licitações, estão disciplinadas as modalidades de garantia:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. [...]

§1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II – *seguro garantia*;

III – fiança bancária.

§1º As garantias a que se referem os incisos I e III do parágrafo anterior, quando exigidas, não excederão a 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

§2º A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (grifos nossos)

Um primeiro entendimento seria, tendo vista a remissão compreendida no art. 39 do RDC, a inteira aplicabilidade do art. 56 da Lei nº 8.666/1993. O art. 4º, inciso IV, do RDC — sobre as condições de seguros compatíveis com as do setor privado — não afastariam os limites para Seguro Garantia figurados na Lei de Licitações. Em termos literais, a exceção da Lei nº 12.462/2011 far-se-ia às condições de seguro, não de garantia. A majoração de tal limite compulsório, somados aos maiores riscos de uma contratação integrada, reduziria o universo de licitantes. Redundaria na participação apenas de empresas de maior capital, representando, de maneira transversa, uma condição habilitatória diversa do rol exaustivo estabelecida em lei. Ilegal, portanto.

Entendemos, de outro modo, que se faz imperativo uma visão teleológica da lei, nem tanto gramatical.

O intuito da instituição das garantias contratuais na Lei de Licitações, logicamente, é resguardar a Administração de eventual prejuízo ou inadimplemento do objeto, fruto de responsabilidade da contratada. Os limites estabelecidos, nesse norte, seriam os necessários e suficientes para cumprir esse desiderato, sem, todavia, onerar desnecessariamente o contrato de tal modo a restringir, em demasiado, a participação de potenciais concorrentes. Prêmios muito altos de seguros tendem a ser por demais custosos. Em verdade, a fixação de determinado valor estabelece um limite de cobertura; institui um limite de riscos e, em consequência, um “custo padrão” que viabiliza a ampla participação de interessados no certame.

O objetivo inscrito no art. 4º, inciso IV, da Lei nº 12.462/2011 — tido como uma das diretrizes do RDC — não é outro que não acautelar eventual prejuízo. Esse dispositivo, contudo, foi inserido em um contexto muito mais específico, intrinsecamente relacionado à forma de entrega e pagamento do objeto (condições de aquisição, seguros e pagamento). Essas condições devem observar as práticas correntes do mercado, como requisito para a obtenção da melhor proposta (sob o risco de não tê-la).

Para explicar a situação, trazemos um assunto recorrente da viabilidade de se antecipar pagamentos. Via de regra, tal possibilidade se faz vedada, conforme robusto entendimento jurisprudencial. Para certos segmentos do mercado, contudo, tais antecipações são comuns. A própria Administração, se não se render a essas regras próprias de determinados segmentos do mercado, não conseguirá obter o produto almejado. A aquisição de elevadores é um caso típico; paga-se boa parcela do objeto antes da sua entrega. *Chillers* de ar condicionado são outro exemplo. Grandes máquinas, sob encomenda, geralmente seguem essa regra.

Nesse sentido, a própria Advocacia Geral da União firmou o seguinte entendimento por meio da Orientação Normativa nº 37/2011:

A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios:

- 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos;
- 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e
- 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da lei nº 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras.

Obviamente que, para acautelar essa antecipação, a Administração deve exigir uma forma de seguro própria, como consta de entendimentos do TCU:

9.1.1. Abstenha-se de realizar pagamentos antecipados aos contratados quando não houver a conjunção dos seguintes requisitos assinalados no Acórdão nº 1.442/2003-1ª Câmara: previsão no ato convocatório, existência no processo licitatório de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida e estabelecimento de *garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação*. (TCU. Acórdão nº 1.726/2008. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. *DOU*, 22 ago. 2008)

9. Quanto ao pagamento antecipado, forçoso reconhecer que ele não é vedado pelo ordenamento jurídico. Em determinadas situações ele pode ser aceito. Mas esta não é a regra. Ordinariamente o pagamento feito pela Administração é devido somente após o cumprimento da obrigação pelo particular. Não obstante, a doutrina reconhece a possibilidade de sua utilização em situações excepcionais. Jessé Torres Pereira Júnior (“Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública”, 5ª edição, pág. 431) abre duas exceções: “correspondência com a antecipação da execução da obrigação, propiciando descontos para a Administração (art. 40, XIV, ‘d’, Lei nº 8.666/93) e nas licitações internacionais, onde poderá prevalecer disposição especial (art. 42, §5º)”. Marçal Justen Filho aduz a necessidade de dois requisitos: previsão no ato convocatório, de modo a aumentar a possibilidade de acorrerem mais interessados à licitação, e prestação de garantias pelo contratado, destinadas a evitar prejuízos à Administração (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 9ª edição, pág. 466).

10. De qualquer maneira, a antecipação de pagamento é procedimento excepcional e só deve ser tomado com as devidas *cautelas e garantias*, nos casos em que o interesse público assim o exigir. (TCU. Acórdão nº 157/2008. Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. *DOU*, 15 fev. 2008)

O contexto das decisões, aplicadas à antecipação de pagamentos, deve ter foco na obtenção do objeto almejado em razão de uma prática consagrada no mercado, ou seja, é necessário abrir mão da vedação ao pagamento antecipado — situação devidamente contornada pela exigência seguradora. Por esse motivo, mitiga-se a aplicação compulsória dos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64, sob pena de inviabilizar a aquisição do objeto.

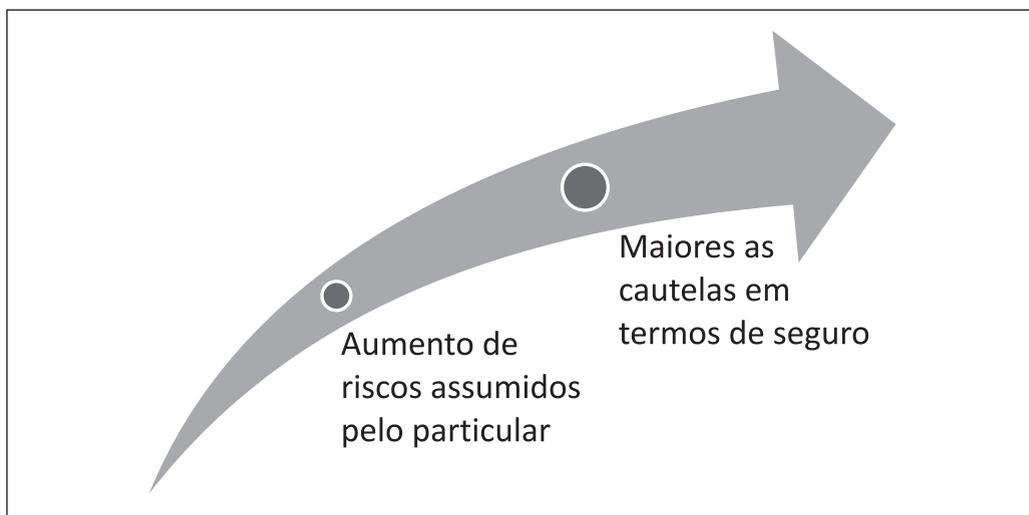
Em termos pragmáticos, o conteúdo normativo trazido pelo art. 4º, inciso IV da Lei nº 12.462/2011 em nada inova na prática jurisprudencial do TCU. Desde que obedecidas as devidas cautelas e demonstrado o fim primordial da licitação — que é o da obtenção da melhor proposta —, tais práticas foram consideradas legais.

A diretriz enraizada no inciso IV do art. 4º do RDC, ao contrário, foi incluída em um contexto específico. Na conjuntura em que está inserida, *sempre que as características do objeto assim o motivarem (por requisitos próprios do mercado), é preciso estabelecer a respectiva contrapartida acautelatória, em proporção e em coerência às condições de aquisição, seguros e de pagamento*. Os cuidados proporcionais ao risco são, nesses casos, requisitos indissociáveis para a garantia da melhor proposta.

Isso visto, por se tratar de uma contratação integrada, com condições de execução e pagamento muito especiais, igualmente, há que se prever resguardos proporcionais aos maiores riscos assumidos pela Administração, em termos de inadimplemento do objeto. Essa garantia primeira — a da melhor proposta — é o norte a ser seguido em qualquer contratação e, por isso, foi inscrita como diretriz das contratações baseadas no RDC.

Dessa forma, o tripé de coerência na concepção dos empreendimentos — matriz de riscos, elementos de anteprojeto e seguros — deve ser idealizado de forma integrada, elaborado em um planejamento cuidadoso, de forma a, em conjunto, diminuir os riscos da contratação. Quanto maior a liberdade conferida para o particular inovar e assumir riscos, menor será, em tese, a necessidade de detalhamento do anteprojeto e maior deverá ser a cobertura de seguros, para contrapor o potencial inadimplemento, consoante demonstra a Figura 12.19.

Em verdade, a contratação integrada criou um novo cenário factual e mercadológico, então não coberto pelas possibilidades então previstas pelo art. 56 da Lei de Licitações em seu rol de garantias. Desde que devidamente motivado e proporcional aos riscos assumidos, é possível superar aqueles limites.

**Figura 12.19 – Relação entre ao aumento dos riscos e as cautelas mediante seguro**

### **233. De quem é a responsabilidade pela obtenção das licenças ambientais nas contratações integradas? Quando são exigidas?**

Como visto na questão 47, a Resolução Conama nº 237/1997 estabelece que o licenciamento ambiental retrata procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente autoriza a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Nessa competência de controle, a Administração pode expedir três tipos de licenças: a Licença Prévia (LP), a Licença de Instalação (LI) e a Licença de Operação (LO).<sup>147</sup>

Enfatizamos especial relevo no que se refere à Licença Prévia. Por se tratar, na prática, de documento que atesta a viabilidade ambiental da obra (emitida após o RIA/RIMA, ou estudo simplificado, conforme o caso), além de contemplar as condicionantes a serem observadas para a preservação do patrimônio ambiental, a peça é “condição de contorno” para a feitura do projeto básico. Muitos imperativos ambientais têm onerosidade considerável e impactam relevantemente nas demais soluções a serem projetadas ou, até mesmo, na inviabilidade da execução do empreendimento. Não por outro motivo é que o projeto básico deve somente ser iniciado após a expedição da Licença Prévia — e seus requisitos.

Nesse pensamento, não haveria óbices que a responsabilidade contratual pela obtenção da LP fosse do particular. O projeto detalhado, afinal, será realizado após a licitação e contratação. Tal afirmativa, todavia, aviltaria a própria necessidade do estudo

<sup>147</sup> Ver definições na questão 47.

prévio de viabilidade da obra à contratação. Como dito, *pode ocorrer de determinada exigência formulada por órgão ambiental ser decisiva não somente no valor a ser ofertado, mas também representar empecilho à própria viabilidade do empreendimento.*

---

---

Nesse norte, para ampliação da eficácia do certame e para ampliação da competitividade, é desejável que os estudos afetos à obtenção da licença prévia sejam realizados *antes da licitação*, sob a responsabilidade do setor público.

---

---

E isso demanda tempo!

No que se refere à Licença de Instalação (LI), o documento deve ser obtido anteriormente à ordem de serviço. Os trâmites necessários a sua expedição, portanto, podem ser atribuídos contratualmente à contratada.

A Licença de Operação (LO), requisito para que o empreendimento entre em funcionamento, igualmente pode ser risco da contratada. A ressalva é que, eventualmente, alguns imperativos trazidos na Licença de Instalação refogem às tratativas contratuais. Podem envolver providências — onerosas ou não — desassociadas do objeto contratual.

### **234. De quem é a responsabilidade pelas desapropriações, nas contratações integradas?**

Em julgamento de questão semelhante, o TCU buscou indicar o caminho pela responsabilidade das desapropriações:

É indevida a inclusão do custo de desapropriação no orçamento de execução de obra licitada, uma vez que, por força do Decreto-Lei nº 3.365/1941, a promoção de desapropriações compete somente a entidades públicas, concessionários de serviços públicos e estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder públicos. (TCU. Acórdão nº 2.577/2010. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. *DOU*, 04 out. 2010)

Significa que se faz permissiva a contratação de um particular para realizar os levantamentos e cálculos necessários à instrução do processo desapropriatório, a ser analisado e aprovado pela Administração. Mas os acordos administrativos e a legitimidade judicial competem, compulsoriamente, ao Poder Público. É requisito do próprio princípio de indisponibilidade do interesse público.

Inegável, considerando a demora do procedimento de desapropriação, em especial quando a demanda acaba sob a apreciação do Poder Judiciário, que o órgão contratante deverá estar atento a todos os desdobramentos das ações necessárias, sob pena de necessidade de paralisações de serviços da empresa contratada pela indisponibilidade da área na qual a obra será executada.

### 235. Qual o possível impacto, na matriz de riscos, da necessidade de desapropriar?

Em dever de eficiência administrativa, conveniente que os trâmites desapropriatórios já estejam resolvidos anteriormente à licitação. No mínimo, o mapeamento dos terrenos e a quantificação dos recursos necessários para as desapropriações devem estar em avançado estágio, até mesmo para garantir a existência de orçamento para a conclusão da obra.

O impacto dessas condições em uma obra rodoviária, por exemplo, é que o projeto geométrico deve estar já concebido, tanto para viabilizar os levantamentos desapropriatórios e a consequente declaração, via decreto, de bem de utilidade pública (requisito para “aquisição” dos imóveis pelo Poder Público). Na matriz de riscos, a geometria da via será, então, risco da administração, uma obrigação de meio, em que qualquer alteração decorrente de vento posterior (desconhecido) será objeto de termo aditivo.

Mesmo raciocínio pode ser empreendido para barragens, ferrovias ou qualquer outra tipologia que envolva a definição geométrica do empreendimento, capaz de impactar na posse e propriedade dos terrenos de terceiros.

---

---

Quando a obra, como requisito para emissão de ordem de serviço, impuser a prévia desapropriação dos terrenos de terceiros, conveniente que a sua geometria e localização seja admitida como responsabilidade da Administração na modelagem do contrato, necessariamente detalhada como condição de contorno do anteprojeto.

---

---

### 236. Que cuidados tomar caso se opte pela remuneração variável nas contratações integradas?

A remuneração variável, como já exposto nas questões 165 a 167 constitui novo critério de pagamento — a ser concebido em obras e serviços, inclusive de engenharia — que inclui a atribuição de um bônus na remuneração das contratadas em face de padrões de qualidade, metas, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega, objetivamente definidos no instrumento convocatório (art. 10 da Lei nº 12.462/2011). Tal opção deve estar devidamente motivada e *respeitará o limite orçamentário fixado para a contratação*.

Significa que, ao se preverem as necessidades orçamentárias para o empreendimento, há de se incluir, além do montante previamente estipulado nas estimativas de custos das obras — a partir do anteprojeto — um percentual para cobrir esse bônus proveniente da superação das metas contratuais, cuja quantificação deve ser devidamente justificada.

Chamamos atenção, aqui, para o possível pagamento de prêmio para a antecipação de entrega das obras. Como já colacionado na questão 222 — “Quais os problemas possíveis na avaliação de prazos do empreendimento, nas contratações integradas?” —, mesmo nas licitações com nível de detalhamento de projeto executivo, esse dimensionamento do tempo necessário para a conclusão do empreendimento tem sido recorrentemente renegado nas contratações públicas.

Para elaborar um referencial mais preciso das estimativas de prazo, conhecidas as produtividades dos serviços, como também as relações de interdependências entre os encargos, podem-se aplicar métodos empírico-estatísticos — como o PERT-CPM — para o dimensionamento do prazo da obra. Como o anteprojeto de engenharia não possui, via de regra, nível de detalhamento suficiente para a elaboração de todas as composições de custo unitário, também não permitirá essa associação mais precisa de serviços e produtividades para subsidiar a feitura do “projeto do prazo da obra”.

*Então, caso a contratação integrada opte por prever uma remuneração variável para a “antecipação do prazo da obra”, o anteprojeto deve possuir um nível de detalhamento mínimo capaz de viabilizar esses estudos de prazo, a fim de motivar o “real ganho” nessa entrega antecipada.*

### **237. É possível utilizar a contratação integrada em uma dispensa ou inexigibilidade de licitação?**

O art. 35 do RDC estipula que “as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estabelecidas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se, no que couber, às contratações realizadas com base no RDC”. No seu parágrafo único, complementa que “o processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação deverá seguir o procedimento previsto no art. 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

Portanto, em termos formais, a Lei não traz qualquer impedimento.

Como ensina Jorge Ulisses Jacoby,<sup>148</sup> na contratação direta em razão de emergência, o “corolário dessa premissa é, fundamentalmente, a absoluta impossibilidade de atender ao interesse público — fim único de toda atividade administrativa — se adotado o procedimento licitatório. Emergência para autorizar a dispensa requer a caracterização de uma situação cujo *tempo de atendimento* implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório” (grifos nossos).

Para melhor contextualizar a questão da emergência e dos elementos necessários para a contratação segundo essa premissa — fundamentalmente com relação ao tempo de atendimento ao qual grifamos —, lembramos que na análise de casos regidos pela Lei nº 8.666/1993, o TCU estabelecia como diretriz a necessidade da existência de projeto básico mesmo nos casos de obras emergenciais. Existe, contudo, uma ressalva, justamente em face da celeridade necessária ao afastamento da situação calamitosa:

9.1.6. Determinar ao DNIT que, mesmo em obras emergenciais, providencie projeto básico com todos os elementos indicados no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, em consonância com o disposto no art. 7º, §2º, inciso II e §9º da mesma Lei, sendo admissível, com a finalidade precípua de afastar risco de dano a pessoas ou aos patrimônios público e particular, que os primeiros serviços sejam iniciados ou executados previamente à conclusão do projeto básico;

9.1.6.1. Em casos excepcionais e devidamente justificados, poderão ser utilizados projetos básicos que não apresentem todos os elementos do art. 6º, inc. IX da Lei nº 8.666/1993, devendo constar do processo de contratação as razões que impossibilitam a elaboração do projeto completo;

<sup>148</sup> JACOBY FERNANDES, J. U. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 303-304. (Coleção Jacoby de Direito Público; v. 6).

9.1.6.2. Em atendimento ao inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, a contratação direta deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal, baseada em projeto básico que tenha todos os elementos do art. 6º, inc. IX da Lei nº 8.666/1993. (TCU. Acórdão nº 943/2011. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 20 abr. 2011)

Ou seja, a regra é que, mesmo para contratações emergenciais, o projeto básico deve ser completo. Contudo, para os casos em que a elaboração do projeto básico, pelo tempo necessário a sua conclusão, puder comprometer a tempestiva ação para solucionar o problema, admite-se a flexibilização da regra. Diante desse universo, em obras emergenciais que possam ser executadas com metodologias diferentes, em especial quando as providências necessárias para a licitação e elaboração de um projeto básico completo anteriormente à contratação comprometer o próprio risco que se deseja coibir, a contratação integrada é uma opção indicada. A elaboração do projeto, nesse caso, obviamente correrá por conta da contratada.



## FASE CONTRATUAL

### **238. A aprovação do projeto básico continua obrigatória pela autoridade competente? Como estruturar uma equipe para acompanhar o objeto e quais os desafios?**

Iniciamos este tópico atentando que um dos supedâneos da contratação integrada é o controle de fim sobre o objeto licitado. Os meios, para aquelas frações do empreendimento em que haja a liberdade para inovar, ficarão por conta da contratada. As avaliações serão, portanto, muito mais *qualitativas e funcionais* que propriamente quantitativas.

Em empreitadas convencionais, os fiscais, com base nas soluções previamente dispostas no projeto, avaliam se aqueles encargos previamente definidos estão sendo *ipsis litteris* realizados. Não existe, em princípio, uma necessidade de questionar aquele dimensionamento previamente realizado, pois o projeto já foi anteriormente aprovado pela própria Administração.

Nas contratações integradas, primeiramente a aprovação do projeto ocorrerá no decorrer da fiscalização. Aliás, essa primeira análise de viabilidade já foi — ou deveria ser — feita na própria fase de classificação da proposta na licitação, quando da primeira apresentação da intenção metodológica, apresentada no anteprojeto (a ser preferencialmente pontuada).

Nessa linha, o art. 66 do Decreto nº 7.581/2011 assim dispõe:

§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.

Quer dizer que a equipe que comporá comissão de licitação, como também os membros da fiscalização designada para acompanhar o empreendimento, carece de *expertise* técnica capaz de desvendar essa adequação qualitativa, para aferir a própria exequibilidade da solução proposta.

Tal competência deve ser suficiente, inclusive, para o julgamento das eventuais diligências posteriores que se façam necessárias para um juízo de classificação das propostas.

---

Significa que a comissão de licitação e os fiscais assumem uma responsabilidade muito maior nas contratações integradas. E a respectiva capacitação do corpo técnico tem de acompanhar a dimensão desse desafio.

---

Uma equipe para o acompanhamento dos objetos conduzidos mediante contratação integrada tem de ser constituída por profissionais hábeis, técnica e juridicamente, para realizar julgamentos qualitativos a respeito do objeto a ser entregue; e isso inclui o alinhamento das soluções escolhidas pelo particular com os interesses da Administração.

---

Essa peculiaridade, acreditamos, é que desaconselha a utilização desse novo instituto para pequenas empreitadas em órgãos e entidades, em especial prefeituras, desprovidos de pessoal capacitado sob os aspectos técnicos e jurídicos.

---

### **239. Uma supervisora é necessária?**

A qualificação da equipe técnica responsável para o acompanhamento dos objetos executados mediante contratação integrada é uma condição necessária, mas não suficiente para assegurar o recebimento do objeto nas melhores condições para a Administração.

O motivo é bem simples. Empreendimentos na área de engenharia envolvem, em regra, uma participação ampla de especialidades profissionais. A depender da envergadura do empreendimento, são arquitetos, engenheiros civis, engenheiros mecânicos, engenheiros eletricitas e agrimensores, geólogos, sanitaristas, ambientalistas, dentre outros. Logo, uma equipe de fiscais demasiadamente numerosa seria imprescindível para o acompanhamento de todas as atividades. A constituição dessa equipe formada somente por servidores, na prática, faz-se inviável.

O art. 67 da Lei nº 8.666/1993, contudo, aplicável ao RDC em face do art. 39 da Lei nº 12.462/2011, dispõe que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, *permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição*”.

Logo, não obstante a Lei de Licitações — aplicável, nesse ponto, ao RDC — “permitir” a contratação de terceiros para auxiliar na fiscalização, tal providência se faz *obrigatória*, sempre que os fiscais não detenham habilitação específica para tal (de fato e de direito). “De fato”, porque o título profissional não garante a experiência e habilidade para o pleno exercício fiscalizatório, e “de direito”, porque a negação dessa exigência redundaria em um exercício ilegal da profissão, em face dos inevitáveis questionamentos técnicos que irão surgir.

## 240. A Administração também será responsável pelas soluções de projeto? A Administração pode vetar alguma solução técnica proposta no projeto básico elaborado pela contratada? O que observar e o que exigir?

Nos termos do art. 66, §2º do Decreto nº 7.581/2011, o projeto básico e executivo a ser desenvolvido pelo particular carece, normativamente, da necessidade de aprovação pela Administração, a verificar a sua adequação técnica em relação aos parâmetros definidos no instrumento convocatório. Daí a relevância de toda a capacitação da equipe que representa o Poder Público para cumprir tal desiderato.

Prevê o art. 66 do decreto regulamentador:

§3º A aceitação a que se refere o §2º não enseja a assunção de qualquer responsabilidade técnica sobre o projeto pelo órgão ou entidade contratante. (grifos nossos)

Eis, aqui, dispositivo a ser interpretado com cuidado. Entendemos que a responsabilidade técnica aqui transcrita é a decorrente da Lei nº 6.496/1977, que institui a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART). Sobre a dita responsabilidade, consta da Resolução Confea nº 425/1998:

Art. 6º O desempenho de cargo ou função técnica, seja por nomeação, ocupação ou contrato de trabalho, tanto em entidade pública quanto privada, obriga a Anotação de Responsabilidade Técnica no CREA em cuja jurisdição for exercida a atividade.

Completa a Resolução Confea nº 1.025/2009: “ART é o instrumento que define, para os efeitos legais, os responsáveis técnicos pela execução de obras ou prestação de serviços relativos às profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea; [...]”

Logo, não obstante a aprovação do projeto pela Administração, a ART de projeto e execução da obra continuam como prerrogativa do particular. Significa que a responsabilidade penal, civil e administrativa em decorrência de erros ou omissões do projeto é de responsabilidade da empresa contratada. Especificamente acerca da responsabilidade administrativa, acreditamos existir um necessário contraponto a ser feito.

O decreto regulamentador não pode ignorar disposição legal inscrita na Lei nº 8.443/1992. Erros inescusáveis, passíveis de serem identificados pelo “fiscal médio e diligente”, exigíveis em uma análise do projeto, potencializam a decisão pela irregularidade das contas ou do procedimento, tal qual prevê a Lei nº 8.443/1992:

Art. 16. As contas serão julgadas: [...]

III – *irregulares*, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: [...]

- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; [...]

§2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a *responsabilidade solidária*:

- a) do agente público que praticou o ato irregular, e
- b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. (grifos nossos)

Consoante o art. 12 da nominada lei, verificada a irregularidade, o TCU, se houver prejuízo ao erário (débito), ordenará a citação do responsável — ou responsáveis, em solidariedade — para que seja recolhida a quantia devida, resguardado o contraditório.

Se o projeto carece de ser aprovado, há de existir um motivo, um valor jurídico que fundamenta essa necessidade. Nesse caso, o princípio valorado é, senão, a “obtenção da melhor proposta”. Um projeto com tecnologia ou metodologia que não represente os ideais editalícios, ou que abrigue comprometimento de desempenho, ou mesmo de segurança, não será uma boa oferta. O simples recolhimento dos documentos dos profissionais hábeis para a feitura do objeto não parece assegurar suficientemente esses princípios.

Lembramos que não se trata de uma concessão precedida de obra pública, em que, embora haja o incentivo para que os particulares apresentem cada qual a sua solução, serão as próprias concessionárias as mantenedoras do objeto por todo o tempo contratual. Nestes casos, as contratadas são as primeiras interessadas na qualidade do objeto, uma vez que suportarão os custos associados à manutenção e operação no desenrolar do contrato.

Em uma contratação integrada, a situação é diferente! Entregue a obra, o Poder Público assumirá o empreendimento, arcando com todas as despesas após o recebimento. Cuidados devem ser tomados para que o objeto seja realizado de acordo com as normas técnicas cabíveis, que garantam seu bom uso futuro; e isso se inicia no alinhamento do projeto básico a esses normativos. Se, no ato de aprovação, a Administração deixar de avaliar minimamente tais requisitos, a aprovação não passará de ato meramente formal, descartável. Não protegerá, em verdade, valor algum.

Não nos parece suficiente argumentar que, nos termos do art. 618 do Código Civil Brasileiro, a responsabilidade objetiva pela segurança e solidez da estrutura será da empreiteira. Trata-se do interesse preliminar de a Administração obter o objeto que almeja. Transtornos administrativos e judiciais posteriores somente prejudicam o fim para o qual a obra foi concebida.

Qualquer contratação visa resolver algum problema ou política pública; e uma obra, via de regra, é instrumento de meio para esse dever estatal finalístico. Vícios capitais na construção, posteriores à entrega, ensejarão uma limitação nessas obrigações do estado, um prejuízo no motivo último naquilo que deu causa a contratação, independentemente à responsabilidade objetiva da empreiteira.

Não se exige que toda e qualquer filigrana seja passível de reprimenda. *Erros e desvios grosseiros aos atos normativos, todavia, como também desarmonia ao conteúdo editalício, devem ser vetados, com as devidas penalidades contratuais, em caso de recusa de correção.*

Em conclusão, além de o edital ter de prever critérios objetivos relativos à aceitação das propostas técnicas das licitantes, acreditamos que na avaliação de responsabilidade do agente público, não obstante o que consta do §3º do art. 66 do Decreto nº 7.581/2013, há que se fazer um juízo de boa-fé objetiva: deve-se verificar se um fiscal médio e diligente encontraria tais erros qualitativos no projeto no ato de aprovação. Também deve existir um cuidado na escolha de profissionais capacitados para avaliar as propostas metodológicas a serem aprovadas.

## 241. Quais as condições para a emissão da ordem de serviço?

A contratação integrada trouxe uma novidade em relação à ordem de serviço pensada nos moldes da Lei nº 8.666/1993, em especial pelo fato de haver a etapa de elaboração de projeto básico, que já representa o primeiro produto do contrato. Isso significa que, de forma estrita, será emitida uma ordem de serviço para a elaboração do projeto e mobilização da empresa, e condicionado o início da execução dos serviços à aprovação dos projetos pela Administração.

Com efeito, afora a necessidade de aprovação do projeto básico pela autoridade competente — de modo a certificar o alinhamento das soluções do projeto básico às diretrizes enraizadas no edital de licitações —, existem precauções legais ambientais e relativas à posse do terreno que não podem ser ignoradas, sob pena da solidariedade do Poder Público com o esbulho (crime previsto no art. 161 do Código Penal) ou com crimes ambientais específicos (Lei nº 9.605/1998).

Alguns juízos de legalidade remetem à própria viabilidade do empreendimento. Um alvará de construção só é concedido após as devidas aprovações pelos órgãos competentes (corpo de bombeiros, administração do município, concessionárias de água e luz), e a Administração não pode, simplesmente, ignorá-los. Impinge verificar a obediência daquelas soluções de projeto com as normas próprias de cada localidade, que vão desde a obediência do plano diretor, até a padronização das condições de atendimento de energia, água e esgoto (necessidade ou não de geradores, fornecimento de energia por via aérea ou enterrada, necessidade ou não de tratamento prévio de esgoto, etc.). Como se vê, são decisões essenciais que precisam ser observadas, sob pena de modificação expressiva da obra em seu pleno desenvolvimento, e as mazelas disso decorrentes.

Então, de modo prático, podemos estruturar os condicionantes para o início das obras de acordo com a Figura 12.20:

**Figura 12.20 – Requisitos para emissão da ordem de serviço nas contratações integradas**

Projeto básico aprovado pela autoridade competente	com os condicionantes previstos no art. 2º, inciso IV, do RDC; aprovação do projeto considerando a sua necessária aderência ao edital e às normas técnicas aplicáveis.
Anotação de Responsabilidade Técnica pela obra, no CREA	definição do(s) responsável(is) técnico(s) pela execução da obra, dentre eles, o profissional que ofereceu atestados de habilitação no ato da licitação (ou outro com igual ou maior qualificação).
Existência de Licença de Instalação	com os condicionantes previstos na Licença Prévia.
Domínio do terreno	com o projeto de desapropriação pronto; trâmite administrativo ou judicial resolvido; em caso de trâmite judicial, já deve existir imissão na posse.
Alvará de construção, quando exigível	para a concessão do alvará de construção, os projetos devem estar já aprovados nos órgãos devidos, como corpo de bombeiros e concessionárias de energia, telefone e água.

Existe, claro, uma razoável demanda de tempo para a resolução de todas essas pendências. Tal qual vislumbrado na questão 225 — “As obras contratadas mediante contratação integrada são mais rápidas?” — há de se sopesar a vantajosidade de se licitar um empreendimento mediante este novo instituto.

## 242. Deve-se exigir da contratada a apresentação do projeto executivo?

Como já tratado na questão 51, existe um vácuo legal quanto à perfeita definição de projeto executivo. A Lei nº 8.666/1993 materializa, unicamente, que o projeto executivo “é o conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT” (art. 6º, inciso X).

A Norma da ABNT 13.531/1995, por sua vez, não contribui para um conceito definitivo:

Projeto executivo – etapa destinada à concepção e representação final das informações técnicas da edificação e de seus elementos, instalações e componentes, completas, definitivas, necessárias e suficientes à licitação (contratação) e à execução dos serviços de obra correspondentes.

Por outro lado, no que se refere ao projeto básico, o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993 especifica que deve conter o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço [...] que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]”.

Ora, se o projeto básico deve abrigar *todos* os elementos necessários e essenciais para a caracterização da obra e a elaboração de seu orçamento, não deve ser postergado para o projeto executivo qualquer dimensionamento ou informação que tenha impacto relevante na elaboração das propostas pelos licitantes.

---

---

*Significa que as intervenções previstas no projeto executivo não devem impactar relevantemente no custo da obra, a tal ponto de comprometerem a isonomia do certame. Tais informações devem, necessariamente, constar do projeto básico. A peça executiva deve abrigar, unicamente, o detalhamento das soluções já conferidas no projeto básico original.*

---

---

Como consta da obra de Campelo e Cavalcante:

Existe, entretanto, a possibilidade de melhor particularizar esses projetos. Pode-se elaborar o “projeto executivo de formas”, no qual será esmiuçado, meticulosamente, o procedimento executivo de cada peça estrutural. Para cada viga constará um desenho com o número de pregos, chapas, dimensão e posição dos cortes nas chapas de madeirite; quantos sarrafos por painel; a posição e a quantidade dos “engastalhos”; a localização do escoramento, etc. O mesmo para os pilares, paredes estruturais, blocos e lajes. Em nenhum momento, porém,

modificam-se as quantidades ou as dimensões dos elementos estruturais; tampouco a quantidade de aço ou a especificação do concreto. Na verdade, seria perfeitamente possível confeccionar o orçamento e executar a obra sem o “projeto executivo de formas”, mas aquela peça traz maior eficiência no uso de recursos e reduz a possibilidade de erros por parte dos operários e engenheiros que leem aqueles projetos.

Outro exemplo possível é verificável em um projeto hidrossanitário. Em ramais de esgoto, pode ser necessário furar algum elemento estrutural para a passagem dos tubos com o caimento necessário especificado. O projeto executivo detalhará o exato posicionamento, dimensão e altura do furo, bem como a posição das emendas e das conexões, de acordo com a inclinação indicada no projeto básico. Em momento, algum, todavia, se modifica o comprimento ou a bitola da tubulação.

Paginações de piso no projeto arquitetônico, como o detalhamento dos rebaixos de gesso são outros casos, dentre tantos.

Em resumo, sempre que a especificação de algum procedimento executivo puder repercutir relevantemente no orçamento da obra, ou em seu prazo, capaz de prejudicar-lhe a igualdade no certame licitatório, ou mesmo no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, avaliamos que tal detalhamento deve constar do projeto básico do empreendimento; não postergado para a feitura de seu projeto executivo.<sup>149</sup>

Feita a distinção, faz-se perfeitamente possível executar um empreendimento dispondo apenas do projeto básico, principalmente em situações que envolvam obras de menor complexidade. É verdade que o projeto executivo, por seu nível de detalhamento, potencializa maior eficiência do construtor, pela maior racionalidade na aplicação dos meios para o atendimento das especificações previstas no projeto básico.

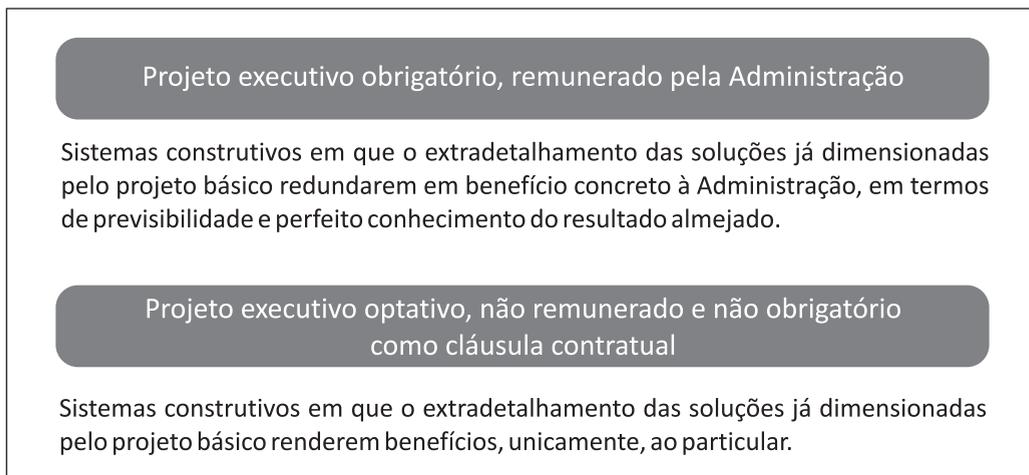
Por sua vez, o Decreto nº 7.581/2011 exigiu a elaboração de projeto executivo preliminarmente à execução da respectiva etapa da obra, independentemente do regime de execução utilizado:

Art. 66. Nos contratos de obras e serviços de engenharia, a execução de cada etapa será precedida de projeto executivo para a etapa e da conclusão e aprovação, pelo órgão ou entidade contratante, dos trabalhos relativos às etapas anteriores.

§1º O projeto executivo de etapa posterior poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços de etapa anterior, desde que autorizado pelo órgão ou entidade contratante.

Trespasando tais conclusões a uma contratação integrada, não obstante o comando normativo, entendemos que a obrigação — e remuneração — do projeto executivo pelo setor público seja um tanto contraditória. As soluções técnicas e metodológicas, os memoriais e todo o dimensionamento da obra (necessários à aprovação) já se encontram no projeto básico. Se este projeto básico será desenvolvido pela contratada, e considerando que o “extra detalhamento” das soluções renderá mais benefícios ao particular que propriamente a Administração, *a obrigação contratual nas contratações integradas da feitura do projeto executivo não deveria ser obrigatória em todos os casos, consoante ilustra a Figura 12.21:*

<sup>149</sup> CAMPELO; CAVALCANTE. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*, p. 465, 466.

**Figura 12.21 – Inclusão do projeto executivo como encargo do contratado?**

O raciocínio não se confunde com as vantagens da elaboração de um *as built* (tal qual construído); esse sim obrigatório. Um projeto é anterior; um *as built*, posterior. O perfeito delineamento do que foi construído é precioso, tanto para intervenções futuras de manutenção, como para documentação em face de eventuais eventos supervenientes que envolvam problemas qualitativos na construção.

**243. Ao apresentar o projeto básico, a contratada é obrigada a fornecer o orçamento da obra e as composições de custo unitário?**

De acordo com o art. 2º, parágrafo único, inciso VI da Lei nº 12.462/2011, o projeto básico deve conter, obrigatoriamente, o “orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”. Uma interpretação imediata, assim, induziria à necessidade de, mesmo em uma contratação integrada, exigir da contratada a apresentação de um orçamento que abrigue todas as composições de custo unitário, com os preços de cada insumo.

Propomos, aqui, um contraponto. Sugerimos um atino acerca da finalidade do dispositivo legal em comento, ao exigir o orçamento detalhado na concepção do projeto básico.

É condição para a realização de uma licitação, a existência de um objeto bem definido, que viabilize o conhecimento pleno dos concorrentes para, em um ambiente isonômico, possibilitar a proposição de uma proposta justa. O projeto básico é o elemento que fornece essas informações aos licitantes. Essa peça também viabiliza a Administração a dimensionar uma reserva orçamentária suficiente, além de orientá-la no estabelecimento de critérios de aceitabilidade de preços para a garantia da “boa proposta”. O projeto básico também deve incluir subsídios para a adequada estimativa do prazo da obra, informação impactante na viabilidade e no valor do empreendimento.

Sem o orçamento detalhado nenhuma dessas informações estaria disponível. São, todas, informações fundamentais para “se licitar”.

Em uma contratação integrada, contudo, o projeto básico, como sabido, será desenvolvido já durante a fase contratual. Nesses moldes, os seus objetivos — embora similares — não são idênticos. Nessa etapa, aquela peça fundamental servirá, unicamente para:

- a) viabilizar a feitura da obra, dentro dos normativos técnicos aplicáveis e de acordo com o estabelecido no instrumento convocatório;
- b) subsidiar a Administração em seu dever fiscalizatório.

Nesses dois desideratos, o detalhamento dos preços pela contratada se perde em importância.

Explicamos: é dever fiscalizatório acompanhar, com os subsídios adequados para tal, o bom andamento no contrato, inclusive com relação ao prazo. A contratada deve, pois, entregar esse cronograma da obra, para permitir a fiscalização do empreendimento também com relação ao cumprimento contratual do seu término. Como a única maneira de demonstrar a factibilidade do cronograma é por meio das composições de custo unitário, com as respectivas produtividades, as composições podem também ser consideradas obrigatórias, mas não o preço.

Obviamente que o preço pode auxiliar o Poder Público em uma melhor parametrização futura de seus contratos, também pode auxiliar as tratativas em eventuais aditivos, mas não vislumbramos imperativo legal definitivo a tornar irregular a sua não exigência.

Mesmo no caso de aditivos, as negociações para a fixação dos novos preços contratuais podem ser realizadas à época de cada proposição. Nada diferente do que já ocorre nos demais regimes de execução de obra. É intrincado, afinal, solicitar os orçamentos sem o poder de não aprová-los. Tal indicativo geraria situações de difícil contorno, como a rescisão do contrato, caso algum preço estivesse desconforme. Haveria um novo “critério de aceitabilidade de preços” ainda com o contrato em curso, sem qualquer serviço novo. A empresa que obteve a melhor proposta na licitação, então, teria seu contrato rescindido, caso não “corrigisse” os preços conforme a vontade da Administração.

Por outro lado, na hipótese de se exigir os preços e não houver o “poder de veto”, as empresas apresentariam “de qualquer jeito”, impondo, aí sim, maiores riscos para a ocorrência do “jogo de planilhas”.

Concluimos que as composições de custo unitário, como motivação do cronograma, podem ser solicitadas. Já os preços de cada insumo não.

Como último alerta, lembramos que, nos termos do Acórdão nº 1.510/2013-Plenário, o orçamento, na licitação, deve ser tão detalhado quanto possível. Para aquelas frações da empreitada em que se exijam obrigações de meio, sem liberdade para inovação do particular e com maior detalhamento no anteprojeto, capaz de viabilizar uma composição mais detalhada na licitação, igual detalhamento de preços devem ter os licitantes. Os critérios de aceitabilidade, por sua vez, são tão mais rigorosos quanto melhor for o detalhamento (a depender do anteprojeto). Quer dizer que algumas frações da obra contarão já com o orçamento detalhado na licitação; outras não.

## **244. A subcontratação é permitida? É possível subcontratar a elaboração do projeto básico?**

A possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia deverá estar prevista no instrumento convocatório (art. 10 do Decreto nº 7.581/2011).

A subcontratação, todavia, não exclui a responsabilidade do contratado perante a Administração Pública, quanto à qualidade técnica da obra ou dos serviços prestados (§1º). Quando permitida, ainda, a subcontratação, o contratado deverá apresentar a documentação do subcontratado que comprove a sua habilitação jurídica, regularidade fiscal e a qualificação técnica necessária à execução da parcela da obra ou do serviço subcontratado.

Até aí, nenhuma novidade da contratação integrada com relação aos demais regimes de execução de obra previstos no RDC, como também não à jurisprudência do TCU, no que se refere à exigência de qualificação técnica do subcontratado (*vide* Acórdãos nºs 2.992/2011, 3.366/2012, 1.229/2008 e 1.998/2008, todos do Plenário).

A questão particular a respeito do referido regime de execução é a possibilidade da subcontratação da elaboração do projeto básico, uma vez que este documento será desenvolvido no decorrer da avença e representa peça basilar para todo o decorrer do empreendimento.

A primeira digressão refere-se à possibilidade da exigência da solicitação de atestados dos licitantes com relação à sua experiência na elaboração de projetos; e para resposta ao questionamento, importa resgatar os porquês da fase habilitatória. Como valor fundamental da licitação, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração envolve a escolha da empresa hábil a adimplir as obrigações contratuais. Claramente, afinal, o menor preço, ou qualquer que seja o critério de julgamento, ofertado por uma empresa inábil, não é suficiente para materializar a situação mais vantajosa.

No âmbito técnico, essas garantias de *know-how* são empreendidas mediante a apresentação de atestados técnicos, respectivos às *parcelas de maior relevância e valor significativo* do empreendimento.<sup>150</sup> A lógica é que, uma vez capazes de executar essas frações fundamentais da obra, estarão também credenciadas a bem suceder o todo. *Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*: quem pode mais pode menos.

O caso é que, em avaliação paramétrica, os projetos situam-se, na média, em patamar próximo a 5% do valor da empreitada, ou seja, trata-se de montante significativo. Independentemente do valor, sem dúvida, é cabal a relevância técnica da elaboração do projeto para o sucesso da contratação. Lembramos, ademais, que as metodologias e tecnologias idealizadas poderão, ainda, ser avaliadas como critério de julgamento.

Tudo isso intui que a qualificação das empresas para a elaboração qualificada dos projetos deve ser aferida no ato licitatório. A “boa proposta” depende também deste fator. Provavelmente muitos licitantes terão de recorrer a consórcios para o atendimento da necessária demonstração de experiência e pontuação técnica a serem exigidas no instrumento convocatório.

Diante de todo o gasto de precioso tempo e recursos no desenrolar da licitação para escolher empresa hábil a desenvolver o projeto desejado, seria razoável autorizar, no transcórre da empreitada, o particular a escolher, por subcontratação, outra projetista? A resposta positiva ao questionamento, em nossa visão, estamparia extrema incoerência nos princípios legais envoltos à matéria.

A capacidade técnico-operacional trespassa o poder gerencial. Envolve, muito além, a pluralidade de pessoas. Os gerentes, operários, funcionários da Administração, unidos sob uma cultura estratégica e organizacional própria de cada empresa, sem esse amálgama organizacional, não produziram o mesmo resultado. Justen Filho, nessa linha, leciona:

<sup>150</sup> Ver questão 117.

Utiliza-se a expressão “capacitação técnica operacional” para indicar essa modalidade de experiência, relacionada com a ideia de empresa. Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação pessoal de um único sujeito [...] O objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado.<sup>151</sup>

Campelo e Cavalcante continuam:

Fiscalizar não é executar. Tais atividades, inclusive, são identificadas separadamente na Resolução Confea 218/73 (art. 1º do normativo), que discrimina atividades das diferentes modalidades profissionais de Engenharia. Envolve experiências distintas, outras habilidades. As peculiaridades e o saber fazer da execução do serviço são outras da simples supervisão/fiscalização.

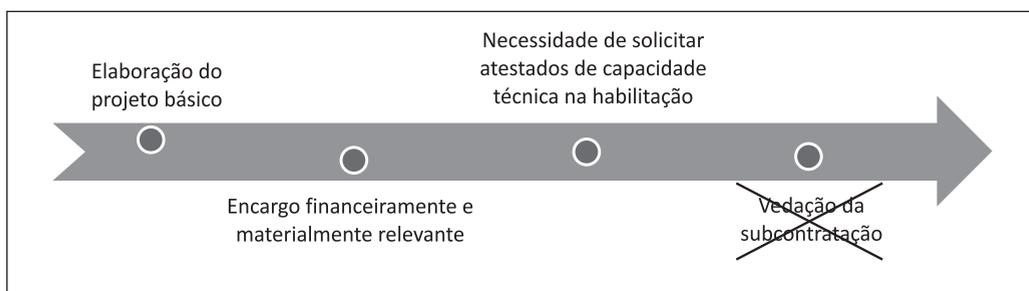
A fase de habilitação técnica da contratada não busca, somente, selecionar uma empresa com habilidades gerenciais. A capacidade técnico-operacional tem envergadura muito maior. Abrange, necessariamente, a experiência coletiva da organização. Seus operários, em conjunto com seus gerentes e o restante do corpo técnico da empresa, devem demonstrar aptidão para a contratação.

A simples fiscalização dos serviços pela contratante original não exclui o risco da má execução do objeto. Apesar de a contratante original estar exercendo a sua capacidade técnico-profissional na fiscalização da boa execução do objeto, tal prática não elimina a necessidade da executante propriamente dita ter a capacidade técnico-operacional própria, consignada por seus operários, maquinário e capacidade gerencial.

*Logo, a Administração tem o interesse e o dever de se cercar de meios que garantam o fiel adimplemento do objeto — e com qualidade. Na licitação, passada a etapa de habilitação, serão tomadas tais providências.<sup>152</sup> (grifos nossos)*

Em resumo, uma vez que para a garantia do *savoir feire* dos licitantes para adimplir o objeto envolve, também, a demonstração de experiência e capacitação em projetar, em regra, faz-se vedada a subcontratação dessa parcela do “principal do objeto” — correspondente à fração do empreendimento para o qual foram exigidos atestados de habilitação técnica (Figura 12.22).

**Figura 12.22 – Vedação à subcontratação do “principal do objeto”**



<sup>151</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*, p. 326.

<sup>152</sup> CAMPELO; CAVALCANTE. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*, p. 529.

Aliás, conforme detalhado na questão 170, o TCU já firmou entendimento de “que não é possível a subcontratação das parcelas tecnicamente mais complexas ou de valor mais significativo do objeto, que motivaram a comprovação de capacidade financeira ou técnica”. (TCU. Acórdão nº 3.144/2011. Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. *DOU*, 09 dez. 2011)

## **245. É possível subcontratar a autora do anteprojeto para elaborar o projeto básico e executivo a cargo da empreiteira?**

No tópico anterior, discutiu-se a inviabilidade de se subcontratar a feitura do projeto básico, visto ser encargo fundamental para efeitos de habilitação. Podem existir situações, todavia, em que o responsável técnico pelo projeto tenha de ser substituído ou, ainda, existirem problemas na constituição do consórcio que executará a obra. Caso esta hipótese aconteça, o novo profissional (ou empresa) deverá comprovar possuir qualificação igual ou superior a do substituído. A jurisprudência do TCU é farta em casos congêneres.

Entretanto, situação inaceitável é a autorização da participação do responsável pelo projeto na licitação da fase da execução da obra, conforme apregoa a Lei nº 12.462/2011:

Art. 36. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações de que trata esta Lei:

I – da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente;

II – da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente;

III – da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou

Contudo, na contratação integrada, a situação guarda uma peculiaridade interessante em face de ser a própria empreiteira responsável pela elaboração do projeto básico. Neste caso, continua valendo a mesma diretriz de impedimento, com um ajuste para o caso concreto, por meio da proibição da participação de quem fez o anteprojeto. Com efeito, o art. 3º, §1º, inciso II do Decreto nº 7.581/2011 veda no caso adotado o regime de contratação integrada a participação direta ou indireta nas licitações da pessoa física ou jurídica que elaborar o anteprojeto de engenharia.

A motivação de tais vedações é preservar valores fundamentais garantidores da “melhor proposta”. Caso a autora do anteprojeto, no caso da contratação integrada, ou do projeto básico, nos demais regimes de execução, tenha qualquer relação com a futura contratada, existe exponencial risco da perda de isonomia do certame. Algumas informações cruciais podem não ser publicadas, para privilégio de um ou outro participante.

Algumas condições de contorno são por demais decisivas ao resultado do certame, como as características específicas de solo, por exemplo. As soluções de projeto — e seus custos — serão diretamente proporcionais a estas condições ambientais. Por exemplo, publica-se com má intenção que o solo tem baixa capacidade de suporte quando, em verdade, “sondagens posteriores” demonstrarão “fato novo” sobre a melhor qualidade do solo e viabilizarão a realização de fundações menos onerosas.

No caso narrado, a assimetria de informações foi decisiva para o resultado do certame. Se todos os concorrentes soubessem da condição, o resultado licitatório seria outro. Tais circunstâncias já podem ocorrer nos regimes “tradicionais” de execução de obra.

*Nas contratações integradas, porém, esses riscos se assoberbam; justamente porque a solução de projeto ainda não existe.*

---

---

Isso visto, para garantia desses valores fundamentais, veda-se a relação contratual da pessoa ou empresa que elaborou o anteprojeto nas contratações integradas com a empresa contratada para a feitura do projeto básico e posterior execução da obra.

---

---

#### **246. De quem é a responsabilidade pela aprovação dos projetos nos órgãos governamentais (corpo de bombeiros, companhias de distribuição de luz e água, etc.)?**

Levando em conta que nas contratações integradas a responsabilidade pelo projeto básico é das contratadas, a incumbência de aprovação do projeto nas esferas administrativas respectivas, via de regra, também o será (aprovação nas concessionárias de água e luz, por exemplo) para aquelas frações da empreitada tidas como obrigações de fim, em que haja plena liberdade para que as contratadas apresentem soluções metodológicas ou tecnológicas distintas.

Para as obrigações de meio, entretanto — e esse é o caso típico do projeto arquitetônico em contratações integradas para obras de edificação — o Poder Público deve licitar a obra já com as respectivas aprovações cabíveis. O crivo do corpo de bombeiros na concepção arquitetônica, por exemplo, é obrigatório. Eventualmente, a “caixa de escada” poderá não estar de acordo com as medidas exigidas nos normativos contra incêndio; ou a obra ultrapassar o gabarito ou a área máxima de construção prevista no código de obras do município. Não raro serão exigidas alterações relevantes, já na arquitetura, em face do crivo desses órgãos governamentais. Nesses casos, mais uma vez, a aprovação do projeto remeterá à própria viabilidade do empreendimento. Daí, nesse caso específico, a necessidade de sua aprovação previamente à licitação, sob a responsabilidade do Poder Público, consequentemente.

#### **247. Existe diferença entre a forma de realização das medições nas contratações integradas e nas empreitadas por preço global?**

Preliminarmente às considerações para responder a esta pergunta, sugerimos uma leitura atenta ao item 4.2 deste livro, no qual discorreremos sobre diversas peculiaridades afetas a regime de execução.

A Lei nº 12.462/2011 em nada inovou, em comparação com a Lei nº 8.666/1993, em termos da definição das empreitadas por preço global, por preço unitário e integral.

A diferenciação conceitual entre as empreitadas por preço unitário e por preço global abriga o mesmo “limbo” prático do já então observado na Lei Geral de Licitações, o que causa alguma confusão à época da execução e medição dos serviços. Muitas vezes, a empreitada por preço global é tratada como se preço unitário fosse. Como já mencionado na questão 41 desta publicação, o TCU preencheu essa lacuna com a prolação do Acórdão nº 1.977/2013-Plenário. Consta do voto do relator:

A aceção abrigada na Lei de Licitações indica que ambos os institutos destinam-se a contratar a execução de obra ou serviço por “preço certo”, pré-avaliado e de modo judicioso. No preço global, contudo, tal oferta para execução do objeto deve se fazer em razão do todo (preço certo e total), como entidade una; concisa. No preço unitário, tal “preço certo” será realizado em termos de unidades pré-determinadas que compõem esse todo. Intui-se nesse último instituto, pela diferença redacional, que o objeto é visto como uma soma de várias parcelas; de frações que, juntas, formarão a unidade. A empreitada por preços unitários é o conjunto de retalhos vistos, cada qual, de maneira individual na contratação, de maneira a formar a totalidade.

Na prática, tendo em vista que ambos os regimes podem levar à realização do mesmo objeto, a diferença encontrar-se-á, basicamente, na maneira de como serão realizadas as medições — e nos riscos assumidos pela contratada em razão dessa distinção na forma de pagamento. Nas empreitadas por preço unitário, mede-se cada unidade de serviço e os pagamentos far-se-ão mediante a multiplicação das quantidades executadas pelos seus respectivos preços unitários. O memorial de medições — peça necessária e fundamental para a regular liquidação de despesas — trará, em detalhes, a fundamentação dessas quantidades, para cada item constante do orçamento contratado.

Nas empreitadas por preço global, de outro modo, medem-se as etapas de serviço de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra ou mediante as etapas objetivamente estabelecidas no instrumento convocatório. Em exemplo prático, terminadas as fundações, paga-se o valor global das fundações; feita a estrutura, remunera-se o valor previsto para essa etapa; concluída determinada fase da obra, com marco previamente estipulado, retribui-se o montante correspondente; até chegar ao final da empreitada, que deverá corresponder ao valor total ofertado para o objeto como um todo, no ato da licitação (preço certo e total). Trata-se, em consequência, em algum termo, da transferência de imprecisões quantitativas para o particular, como ainda, de um esforço fiscalizatório menor, no que se refere à verificação em pormenores dos quantitativos de cada serviço. Embora os cuidados com a qualidade do objeto permaneçam, não se fazem necessárias avaliações meticulosas e individuais de quantidades. Ao executar, por exemplo, um piso cerâmico de uma obra em uma empreitada por preço unitário, uma vez que se contrata um preço por unidades determinadas, pega-se a trena e se mede exatamente o que foi feito. Se as medidas indicarem que se executarem 100,5m<sup>2</sup>, 100,5m<sup>2</sup> serão pagos (e não 100m<sup>2</sup>). No preço global, de outro modo, como se contratou a obra por preço certo e total (se não houver modificação de projeto), uma vez que o piso da sala foi feito, remunera-se o previsto em contrato — ou exatamente 100m<sup>2</sup>. Em verdade, a forma de medir os serviços feitos nas empreitadas globais deve ser precisamente estipulado no instrumento convocatório. Pode-se pactuar que as medições serão realizadas de acordo com o término de determinada etapa da obra (como o piso), ou proporcionalmente ao cronograma físico-financeiro do empreendimento, sem a necessidade de medir “na trena” cada filigrana realizada. O edital e o instrumento de contrato devem ser cristalinos acerca de tais critérios; sob pena de o preço global se transformar em um preço unitário, porque, na ausência de regra, os serviços serão medidos um a um. Uma orientação específica aos auditores quanto a este ponto é cabida, visto que tal omissão nas licitações são casos comuns. (TCU. Acórdão nº 1.977/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 05 ago. 2013)

Nessa mesma decisão, o TCU julgou que as regras e princípios aplicáveis às empreitadas por preço global e unitário estabelecidas na Lei nº 8.666/1993 valem, na íntegra, para o RDC:

9.2. Nos contratos executados mediante o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicam-se, no que couber, os entendimentos expressos nesta decisão, por força do disposto no art. 2º, inciso II; art. 8º, §1º; art. 39; art. 45, inciso I, alínea “b” e art. 63, todos

da Lei nº 12.462/2011, como também no Acórdão nº 1.510/2013-Plenário, mormente no que se refere à necessidade de estabelecer uma matriz de riscos, a explicitar as exatas responsabilidades e encargos a serem assumidos pelos particulares — inclusive no que se refere a erros quantitativos. (TCU. Acórdão nº 1.977/2013. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. *DOU*, 05 ago. 2013)

A contratação integrada, pelo modo como serão realizadas as medições — por etapa — classifica-se como espécie do gênero empreitada por preço global, assim como a empreitada integral. A obra, de igual modo, é contratada por preço “certo e total”, com medições realizadas etapa por etapa; até chegar ao seu final, em que, na ausência de aditivos, propiciará plena identidade entre o preço final e o inicialmente ofertado. A distinção relevante é que na contratação integrada o projeto básico será elaborado no decorrer da contratação. As regras de como serão realizados os pagamentos e as medições (a serem objetivamente delineadas no instrumento contratual) serão realizados, todavia, de modo idêntico.

## **248. O que mudou com relação aos termos aditivos na contratação integrada?**

A Lei nº 12.462/2011 tentou trazer ao universo normativo alguma “limitação” nas regras para se prolarar um termo aditivo nos casos de contratação integrada. O art. 9º do RDC assim especificou:

§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. (grifos nossos)

A dicção do comando legislativo intui alguma intenção em trespassar à contratada os riscos contratuais por eventos posteriores à pactuação da avença, à exceção nas situações de caso fortuito, força maior, ou por necessidade de alteração do projeto ou especificações do objeto, a pedido da Administração Pública.

A questão está nos contornos da amplitude conceitual dos termos “caso fortuito ou força maior”. Na teoria civil, “caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (art. 393 do CC). Em termos amplos, qualquer evento superveniente à contratação, na ausência de impedimento absoluto, a ocorrer de modo excepcional, alheio a culpa ou vontade das partes e com impacto econômico relevante da proporção entre encargos e respectiva remuneração, enquadra-se, em regra geral, nessa gama conceitual.

O art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/1993 foi pontual na guarda dessa lógica:

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 consequências 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.

O art. 9º, §4º, incisos I e II, da Lei nº 12.462/2011, não obsta a aplicação do dito dispositivo. Tal preceito na Lei de Licitações veio em densificação à disposição constitucional trazida no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

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

Existiu, na Carta Magna, claro prestígio à teoria da imprevisão. Eventos imprevisíveis — ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis — *a priori*, de ocorrência alheia à vontade das partes, em relevante modificação das condições iniciais do contrato, impõem a revisão contratual para o reequilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado.

Ou seja, não obstante o conteúdo do §4º do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, na prática, as regras para a prolação de termo aditivo, de modo objetivo, em nada se diferenciam com relação ao já praticado sob a vigência exclusiva da Lei nº 8.666/1993. *O que existe, sim, é um cenário de maior insegurança decorrente do menor nível de detalhamento do anteprojeto licitado que, em face da decorrente revelação de situações fáticas não passíveis de conhecimento prévio, em ausência de culpa das contratadas, podem ensejar a elevação de termos aditivos — ao contrário, inclusive, do que parece ter sido idealizado no texto da lei.*

A consequência é que os contratos carecem de uma estruturação muito mais precisa acerca da definição objetiva das responsabilidades contratuais advindas de eventos supervenientes. De quem será a responsabilidade por solos aquém da resistência definida em anteprojeto? Haverá aditivos em caso de alagamentos no canteiro? E se houver greve? E se a localização das jazidas de solos e materiais mudarem? E se o preço de algum insumo “disparar”? E se o objeto contratual for alvo de vandalismo? E se o câmbio dobrar do dia para a noite?

---

Caso se trate de condição diversa da disposta nos elementos de contorno do anteprojeto — base para o dimensionamento superveniente do projeto básico, com informações disponíveis a todos os licitantes, em *condição isonômica* — com ausência de previsibilidade ou culpa das contratadas, em uma visão de boa-fé objetiva, impõe-se uma revisão contratual; a não ser que o contrato estipule, motivadamente e de forma proporcional, condição diversa. Igualmente, quando não houver liberdade para as contratadas proporem sua própria metodologia/tecnologia, em exigência de meio, a modificação da peça base editalícia deve ensejar a prolação

de termo aditivo. Por outro lado, a orientação objetiva aos particulares sobre a imputação de risco a respeito de determinado evento superveniente possibilitará a alocação de custos (ou contratação de seguro) respectiva a essa imprevisibilidade, o que, em álea contratual ordinária, será de responsabilidade do particular e não redundará em alteração do contrato.

---

Todas essas situações devem ser objeto de delimitação específica nas minutas de contrato licitadas. Do contrário, as contratações integradas serão muitíssimas suscetíveis a alterações contratuais, com todos os riscos decorrentes dessas sucessivas modificações. À positivação dessas regras damos o nome de “matriz de riscos”, o que já expusemos no tópico “O que é matriz de riscos?” (*questão 215*). Para cada condição estabelecida na matriz, há de se justificar a vantajosidade da transferência de risco ao particular, em termos da obtenção de isonomia e da obtenção da melhor proposta.

#### **249. E se houver a necessidade de chamar a segunda colocada para a continuidade da obra, na contratação integrada?**

O art. 40 da Lei nº 12.462/2011, em seu inciso II, prega que é facultado à Administração Pública, quando o convocado não assinar contrato, ou ainda não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo vencedor. Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nesses termos, pode-se convocar a segunda colocada (depois a terceira e assim por diante) para a assinatura do contrato nas condições apresentadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório (parágrafo único).

No que se refere ao remanescente de obra, a contratação observará, igualmente, a ordem de classificação dos licitantes classificados, nas condições de cada participante, desde que, mais uma vez, o preço não ultrapasse as estimativas editalícias. Essa é a regra geral; aliás, já tratada na questão 207.

Nos remanescentes de obra das contratações integradas, porém, *os preços oferecidos pelos particulares referem-se, cada qual, à metodologia/tecnologia distinta*. O segundo colocado (ou terceiro), provavelmente apresentou proposta concebendo modelagem diferente em seu projeto básico para adimplir ao comando editalício. Em verdade, a obra então inacabada potencialmente apresenta outra tecnologia construtiva idealizada pelas demais empresas participantes da licitação. Poderão existir dúvidas, inclusive, quanto à habilidade dos concorrentes remanescentes em adimplir ao término da obra, nos moldes do projeto aprovado pela Administração durante a fase contratual. Aliás, ainda com relação à “técnica e preço”, a própria ordem de classificação do certame pode ter sido comprometida, tendo em vista que a pontuação atribuída à segunda colocada foi efetuada com base em outra concepção metodológica. Ou seja, a justeza das “melhores propostas” remanescentes pode ter sido afetada, contaminando por completo o que restou do processo licitatório.

Avaliamos, em razão dessas considerações, que a viabilidade de convocar os licitantes remanescentes para a continuidade da obra deva ser examinada caso a caso. Dependerá do estágio da construção, da complexidade da obra, das metodologias executivas idealizadas pelos outros concorrentes em confronto com aquela aprovada para execução, da demonstração da habilidade dos outros licitantes em executar o projeto básico já aprovado, e mesmo da urgência no término da obra. Os valores a serem balanceados nessa equação deverão perceber tanto o interesse público primário, quanto a busca da melhor proposta (oferecida por licitante apto a executar o objeto).

## **250. Como ficam as condições de garantia na contratação integrada, após a entrega do objeto?**

Neste tópico, nada muda com relação às práticas então vigentes na atual Lei de Licitações. A obra ainda carece dos recebimentos provisório e definitivo, estipulados no art. 73 da Lei nº 8.666/1993. Tais recebimentos, todavia, não excluem a responsabilidade civil da construtora pela solidez e segurança da obra, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato (§2º do art. 73 da Lei nº 8.666/1993).

No que se refere à responsabilidade civil, prevê o Código Civil Brasileiro:

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Significa que o ônus da prova é invertido, cabendo ao empreiteiro a obrigação de demonstrar que não agiu com dolo ou culpa na consecução de vícios que digam respeito à solidez e segurança da construção. Tal dispositivo induz a uma responsabilidade objetiva do construtor, o que se estende, segundo o STJ, à habitabilidade da construção (como infiltrações, por exemplo), consoante a decisão transcrita *in verbis*:

A expressão “solidez e segurança” utilizada no artigo 1.245 do Código Civil não deve ser interpretada restritivamente; os defeitos que impedem a boa habitabilidade do prédio, tais como infiltrações de água e vazamentos, também estão por ela abrangidos.<sup>153</sup>

Quer dizer que a garantia para defeitos que envolvam a estrutura, a segurança ou a habitabilidade da obra é de cinco anos. Durante esse prazo, a presunção (*juris tantum*) de culpa é do construtor. Existem excludentes dessa responsabilidade civil, que, de acordo com a doutrina, extinguem a responsabilidade objetiva. São elas:

- a) estado de necessidade e legítima defesa;
- b) estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito;

<sup>153</sup> Processo REsp nº 46.568/SP 1994/0010054-0. Rel. Min. Ari Pargendler. Julgamento 25.05.2009. Terceira Turma. DJ, p. 171, 1º jul. 1999.

- c) caso fortuito ou de força maior;
- d) fato de terceiro;
- e) culpa exclusiva da vítima.

As duas primeiras, em certa medida fora do âmbito fático que geralmente envolve as construções de obras públicas; as três últimas, estas sim, mais recorrentes. Acentuamos, aqui, a “culpa exclusiva da vítima” em seu dever de bem realizar a manutenção dos imóveis, questão recorrentemente desprezada nos imóveis públicos.

Finalmente, com relação à abrangência e a consequência do parágrafo único do art. 618 do CC, sobre a decadência do direito de garantia de cinco anos, caso não proposta ação contra o empreiteiro no prazo de cento e oitenta dias contados a partir do aparecimento do vício, apropriado reproduzir as considerações de Del Mar:

Não se figura razoável que uma pessoa perca o direito de solidez e segurança de toda a obra (que são propriedades intrínsecas da edificação) se deixar transcorrer o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para reclamar de um vício ou defeito em relação ao “pilar 1”, por exemplo, se existirem outros pilares atuando em conjunto naquela obra. E se outro problema surgir em seguida com o “pilar 2”, depois de decorrido o prazo de 180 dias sem reclamar do “pilar 1”, o prazo recomeçaria a contar? Seria razoável argumentar que a vítima teria perdido o direito de reclamar em relação ao “pilar 1”, mas poderia reclamar em relação ao “pilar 2”? Poder-se-ia argumentar que a pessoa perdeu o direito de solidez e segurança em relação ao “pilar 1”, mas, se reclamar dentro dos 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao surgimento do vício no “pilar 2”, teria assegurado esse direito apenas em relação ao “pilar 2”?

Não nos parece que essa propriedade da obra — estabilidade — seja passível de cisão, do que decorre o entendimento de que, se o contratante deixar de reclamar em relação ao problema surgido no “pilar 1” no prazo de 180 dias contados do seu surgimento, sem por isso perderá o direito de solidez e segurança da obra.

Portanto, como primeiro enfoque, não nos parece que o prazo decadencial de 180 dias, previsto no parágrafo único do art. 618 do CC, seja aplicável aos vícios ou defeitos que afetem a estabilidade da obra (solidez).<sup>154</sup>

Salientamos, finalmente, o necessário amadurecimento na concepção do empreendimento quando da idealização do “tripé” da contratação integrada: elementos de anteprojeto, matriz de riscos e condições de seguro.<sup>155</sup> As maiores liberdades e responsabilidades assumidas devem corresponder a uma maior cobertura de seguros, tanto em auxílio à precificação desse risco, como para contrapor eventual inadimplemento do objeto.

<sup>154</sup> DEL MAR, Carlos Pinto. *Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil*. São Paulo: Pini, 2008.

<sup>155</sup> Ver questão 231.



## REFERÊNCIAS

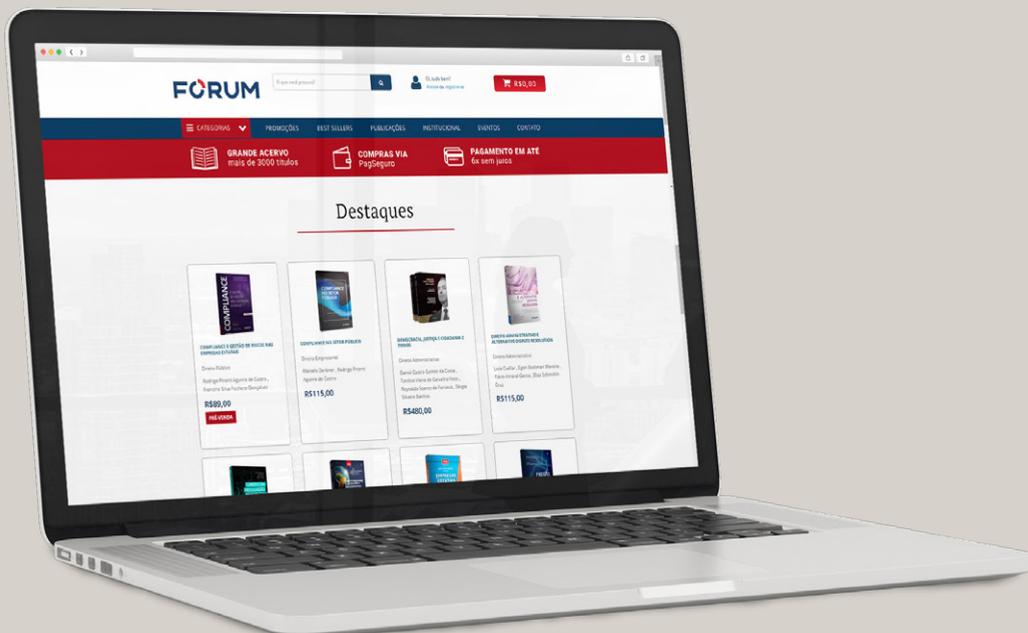
---

- ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum 2014.
- CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CARDOSO, Roberto Sales. *Orçamento de obras em foco: um novo olhar sobre a engenharia de custos*. São Paulo: Pini, 2009.
- CONSTRUCTION Management. 2<sup>nd</sup> ed. Hohm Wiley & Sons, 1998. Livros Técnicos e Científicos Editora.
- COSSALTER, Phellipe. A "Private Finance Initiative". Tradução de Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 127-180, abr./jun. 2004.
- DEL MAR, Carlos Pinto. *Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil*. São Paulo: Pini, 2008.
- JACOBY FERNANDES, J. U. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. (Coleção Jacoby de Direito Público; v. 6).
- JACOBY FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 1, maio 1999.
- PEREIRA, Gustavo Pimentel C. Ferramentas auxiliares nas auditorias de tabelas de preços. In: SÁ, Adolfo Luiz Souza de; PEREIRA, Gustavo Pimentel C. (Org.). *Auditoria de engenharia: uma contribuição do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco*. Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, 2005.
- RIBEIRO, Maurício Portugal; PINTO JUNIOR, Mário Engler; PRADO, Lucas Navarro. *Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.
- WANDERLEY, José Augusto. *Negociação total: encontrando soluções, vencendo resistências, obtendo resultados*. 18. ed. São Paulo: Gente, 1998.
- ZYMLER, Benjamim; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Esta obra foi composta em fonte Frankfurt Gothic, corpo 10  
e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa)  
pela Edelbra Gráfica, em Erechim/RS.

**FORUM**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

CONFIRA  
NOVOS TÍTULOS  
EM NOSSA  
**LOJA VIRTUAL**



IR PARA A LOJA

[loja.editoraforum.com.br](http://loja.editoraforum.com.br)

0800 704 37 37

