

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO  
E EXTENSÃO DA PUC-SP (COGEAE)**

**André Luís Iera Leonardo da Silva**

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:  
REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA.**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**SÃO PAULO  
2014**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO  
E EXTENSÃO DA PUC-SP (COGEAE)**

**André Luís Iera Leonardo da Silva**

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:  
REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA.**

**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof<sup>a</sup>. Angélica Petian.

**SÃO PAULO  
2014**

Nome: **SILVA, André Luís Iera Leonardo da**

Título: **Regime Diferenciado De Contratações Públicas: Regime De Contratação Integrada.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof<sup>a</sup>. Angélica Petian.

Aprovado em: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

## RESUMO

A Lei nº 12.462/2011, regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.581/2011 ao instituir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, traz elementos que significam importante evolução no que se refere à formação e execução do contrato administrativo de empreitada, uma vez que rompe com algumas premissas fundamentais da Lei 8.666/93.

A principal grande inovação trazida pelo novo regime de contratação pública foi a contratação integrada, regime esse que confere ao particular mais autonomia no desenvolvimento do projeto. Por outro lado, também é transferido ao particular grande parcela do risco do empreendimento, fator esse que pode encarecer demais o empreendimento. De modo a reduzir os riscos, foi criada a chamada taxa de risco. O regime de contratação integrada é algo que ainda está sendo construído, certamente alguns ajustes serão realizados.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Regime de contratação integrada. Anteprojeto. Taxa de Risco.

## **ABSTRACT**

Law No. 12.462 / 2011, regulated by Federal Decree No. 7581/2011 to institute the Differentiated System of Procurement, brings elements that signify important progress with regard to the formation and execution of the works contract administration, since it breaks with some fundamental premises of Law 8,666 / 93.

The large main innovation brought by the new public procurement system was integrated contracting, this system that gives more autonomy to the individual in developing the project. On the other hand it is also transferred to the particular large portion of the risk of the enterprise, that this factor too may endear the venture. In order to reduce risk, call risk rate was established. The integrated system of hiring is something that is still in development, certainly some adjustments will be made.

Keywords: Differential Regime on Government Procurement. Integrated procurement regime. Draft. Risk Rate.

## ÍNDICE

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	<b>ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRES NORMAS GERAIS E ESPECIAIS</b>	12
2.1.	A NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS INSTITUIDORAS DO RDC	12
2.2.	FEDERALISMO E NORMAS GERAIS – BREVES NOÇÕES	12
2.3.	AS NORMAS GERAIS NO ÂMBITO DA LEI N° 8.666/93	22
2.4.	O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI 12.462/11.	24
3.	<b>REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA</b>	29
3.1.	DEFINIÇÃO	29
3.2.	ORIGEM DO REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA	31
3.3.	PRESSUPOSTOS PARA ADOÇÃO DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA	32
3.4.	GRAU DE DEFINIÇÃO DO ANTEPROJETO	36
3.5.	JULGAMENTO DA PROPOSTA	42
3.6.	TAXE RISCO NA CONTRATAÇÃO INTEGRADA	47
4.	<b>CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b>	52
4.1.	REGRAS GERAIS SOBRE REVISÃO CONTRATUAL NO REGIME DE CONTRAÇÃO INTEGRADA	52
5.	CONCLUSÃO	57
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

## 1. Introdução

O presente estudo pretende apresentar uma análise sobre o regime de contratação integrada, previsto pela Lei 12.462/2011 e regulamentado pelo Decreto nº 7.581 de outubro de 2011.

Passados vinte anos da promulgação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o tema do contrato administrativo de empreitada, pelo qual o tomador e destinatário direto da obra ou serviço é o Estado, volta à tona, através da edição da Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratação – RDC, a ser utilizado, ao menos de acordo com a redação legal inicial, nas contratações de obras e serviços que se relacionem diretamente à Copa do Mundo de Futebol de 2014, Jogos Olímpicos e para-olímpicos de 2016 e obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km.

Escopo esse, que foi ampliado através da Lei nº 12.688/2012 e medida provisória nº 630/2013. Além dos já mencionados, a expansão atingiu os seguintes campos de aplicabilidade: (i) obras do PAC; (ii) obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; (iii) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Tal texto traz elementos que significam importante evolução no que se refere à formação e execução do contrato administrativo de empreitada, uma vez que rompe com três premissas fundamentais da Lei 8.666/93: (i) intensa desconfiança da inabilidade e desonestidade do administrador público, tornando a Lei em verdadeiro manual de procedimento a ser seguido *ipsis litteris* pelo ente licitante, seja qual for o tipo de obra/serviço a ser adquirido

pela Administração<sup>1</sup>; (ii) separação entre a administração e o particular contratado, possuindo aquelas prerrogativas de Direito Público e estas sujeições, possuindo muito mais deveres do que direitos, além de seus interesses serem sempre considerados diametralmente opostos aos do Poder Público; e (iii) regime jurídico único para todos os contratos administrativos firmados sob a égide de tal norma.

O primeiro aspecto, referente à impossibilidade de mobilidade do administrador na condução do certame licitatório, pode ser depreendido de

---

<sup>1</sup> A noção da lei nº 8.666/93 como manual de procedimento a ser seguido em sua integralidade pelos agentes públicos é verificada em diversos dispositivos do texto normativo, que possuem por finalidade impor um manual procedimental aos agentes envolvidos no procedimento licitatório.

Tal caráter pode ser explicado pelo ambiente histórico no qual foi editada a Lei de Licitações. A grande preocupação do Poder Legislativo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 era o controle da corrupção no Poder Executivo. Não é à toa, que tal lei surge apenas um ano após a edição da Lei de Improbidade Administrativa (lei nº 8.429/92).

Nesse quadro, ainda quando vigorava o Decreto-Lei nº 2.300/86 foram apresentadas diversas propostas de alteração legislativa (seis em 1989, cinco em 1990 e mais de dez em 1991).

Ao comentar o momento histórico de surgimento da lei nº 8.666/93, o saudoso Professor Marcos Juruena Villela Souto ensina:

“A bem da verdade, o que motivou as propostas foi a tentativa (muitas vezes demagógica) do Poder Legislativo em combater a onda de corrupção que assola a Administração e que, especialmente no ano de 1992, com eleições em mais de quatro mil municípios, se tornou mais visível ao público, através de sucessivas denúncias contra integrantes do primeiro escalão federal.

(...)

Foi nesse sentido que veio à tona mais uma lei dispendo a respeito do funcionamento da Administração. Destarte, esse esclarecimento histórico visa a demonstrar que, na dúvida quanto à sua interpretação, deveria prevalecer o entendimento de que mais reduzisse a discricionariedade do administrador. Foi essa a finalidade da lei nº 8.666/93 – fechar ao máximo o espaço para o administrador de má-fé, o que implica num maior rigor na interpretação das hipóteses de dispensa de licitação e daqueles que estão obrigados a licitar. (...)

Portanto, desde o advento do DL 2.300/86 os legisladores e administradores públicos do País têm se dedicado à elaboração de uma ‘lei ideal’ para disciplinar as licitações públicas, de modo a evitar as fraudes e os superfaturamentos que assolam as contratações. Este o espírito que norteou a elaboração da Lei nº 8.666/93, cuja modificação já se estuda, eis que o procedimento licitatório, nos termos em que está positivado, dificilmente leva à seleção da proposta mais vantajosa”. (*Licitação e contratos administrativos*, 3ª ed., p. 46).

Ainda nessa linha, imprescindível o ensinamento de André Rosilho, com base em atenta análise dos debates legislativos envolvidos em torno do Projeto de Lei nº 1.491 de 1991, que gerou a Lei 8.666/93: “O ambiente político vivido pelo Congresso nacional e a eclisção de uma série de escândalos envolvendo o Governo criaram uma espécie de janela de oportunidade para que fosse alterado o diploma normativo que regulamentava justamente o grande foco de corrupção do momento: as contratações públicas. (...) A descoberta desse episódio de corrupção endêmica no Governo Federal [o caso ‘PC Farias’] foi o início de um longo processo de investigação, diálogos e acordos que tem como ápice, ou etapa final, a aprovação de uma nova legislação sobre licitações e públicas, capaz de moralizar e coibir abusos no relacionamento entre a Administração Pública e a iniciativa privada”. (*Licitação no Brasil*, p. 95-96).

Conforme ensinamento de Carlos Ari Sundfeld, “Se pudesse sintetizar em uma frase o objetivo geral desta lei, eu diria que ela procurou neutralizar o administrador público, declarar sua morte. Era preciso fazê-lo desaparecer para evitar que ele pudesse ser um agente de desvios, eliminando, assim, sua discricionariedade”. (*Como reformar as licitações*, Revista Interesse Público, v. 11, nº 54).

diversos dispositivos da Lei de Licitações que, ao pretenderem “amarrar” a atuação dos agentes públicos, acabam por impor regras formais que, por vezes, mostram-se desnecessárias ou mesmo tecnicamente prejudiciais ao bom andamento da contratação e execução do contrato<sup>2</sup>.

O segundo aspecto que pode ser depreendido da Lei 8.666/93, referente à total separação entre o particular contratado e a administração contratante pode ser atribuída a dois fatores.

De um lado, no receio que o legislador possuía quando da edição da Lei a respeito da desonestidade do agente público, considerando o afastamento do privado da administração a melhor forma de evitar a corrupção.

De outro lado, há a tradicional percepção, equivocada, diga-se, de que os interesses privados jamais representam o interesse público, que, apesar de padecer de definição clara e precisa, acaba sendo analisado sob um prisma negativo, considerando-se público o interesse não privado envolvido na questão, de tal forma que tais conceitos são sempre tomados como antagônicos<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Exemplo disso é o quanto exposto no artigo 7º da Lei 8.666/93, que, ao tratar dos requisitos para contratação de obras e serviços estabelece a necessidade de projeto básico (inciso I), projeto executivo (inciso II), o que impõe a existência destes independentemente da simplicidade do objeto a ser contratado.

Além disso, o artigo 4º determina ser direito subjetivo daqueles que participarem do certame a fiel observância ao procedimento definido na lei, estipulando o parágrafo único ser a licitação um procedimento formal.

Não estou a afirmar que a estipulação de regras procedimentais seja, em si, algo negativo. No entanto, esse apego desmedido da lei à formalidade, sem considerar qualquer hipótese de relativização, acaba por gerar distorções que impedem que a administração realize a melhor contratação. Por vezes, vence a licitação não a empresa que possui as melhores condições de executar o objeto contratado por melhor preço, mas sim aquela que mais seguiu as formalidades do instrumento convocatório.

<sup>3</sup> Nesse sentido parecer ser o ensinamento de Hely Lopes Meirelles: “Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia. (Direito administrativo brasileiro, 29ª ed., 2004, p. 49).

Em terceiro lugar, todos os contratos firmados pela administração sob a égide de tal lei devem seguir a mesma ritualística e o mesmo regime jurídico, independentemente do objeto contratado, seja ele uma obra de grande vulto, seja a construção de casas populares, o fornecimento de copos d'água, de serviços etc. Todos esses fornecimentos seriam regidos por um único regime jurídico.

No entanto, a evolução tecnológica e das necessidades da Administração, determinadas pelos inúmeros deveres impostos a ela pela Constituição Federal e pelas leis, levaram à necessidade de mudanças nas contratações públicas. Ou seja, trata-se de caminho sem volta.

Diante desse quadro, foi editada a Lei 12.462/11 que apresentou diversas alterações em relação ao diploma anterior, ainda em vigência, que regia a contratações públicas de um modo geral.

As principais alterações trazidas pela Lei 12.462/11 em relação a Lei 8666/93, são as seguintes: (a) inversão das fases de habilitação e apresentação das propostas de preço; (a.1) fase recursal única; (b) sigilo do orçamento; (c) contratação integrada a partir de anteprojeto de engenharia; (d) Remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado; (e) negociação de condições mais vantajosas com as licitantes; (f) contratação simultânea para o mesmo objeto; (g) possibilidade de disputa por lances; (h) procedimento de disputa aberto ou fechado, permitindo a combinação de ambos os modos de disputa; (i) formato eletrônico ou presencial; (j) possibilidade de lances intermediários ou de o edital estabelecer intervalo mínimo entre dois lances subsequentes de uma mesma licitante; (k) divulgação eletrônica do edital, acabando com a obrigatoriedade de publicação de avisos de licitação em jornais; (l) novos critérios de julgamento das propostas: (i) menor preço ou maior desconto; (ii) técnica e preço; (iii) melhor técnica ou conteúdo artístico; (iv) maior oferta de preço; (v) maior retorno econômico; (m) catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras; (n) contratos de eficiência; (o) pré-qualificação permanente; (p) acesso a documentos contábeis da contratada; (q) novos critérios para exame da

exequibilidade e economicidade das propostas; (r) uso do Sinapi e de outras fontes de preços referenciais.

Conquanto a Lei 12.462/11 tenha estabelecido uma séria de inovações, o objetivo precípua do presente trabalho, consiste em explorar de forma profunda a principal e mais polêmica inovação trazida pela Lei que institui o Regime de Contratação Diferenciada, qual seja, a Contratação Integrada.

Para melhor didática, de rigor anotar que o presente trabalho será dividido em três tomos. **Primeiro tomo:** Será analisado o RDC a partir do regime constitucional de licitações e contratos públicos, notadamente no que se refere (i) à natureza das normas instituídas pela Lei nº 12.462/2011, se normas gerais ou especiais, no sentido federado, e (ii) à possibilidade de se instituir um regime paralelo de licitações e contratações públicas, diverso daquele determinado pela Lei nº 8.666/93.

**Segundo tomo:** Contratação Integrada, abordando os seguintes temas: (i) definição; (ii) origem do regime de contratação integrada; (iii) pressupostos para adoção do regime de contratação integrada; (iv) grau de definição do anteprojeto; (v) julgamento da proposta; (vi) taxa de risco na contratação integrada.

E, por fim, no último e **terceiro** tomo, será elaborada conclusão, onde será exposta com clareza e objetividade as principais vantagens e desvantagens da utilização o regime de Contratação Integrada, bem como a nossa opinião final sobre o tema.

De modo a cumprir com estabelecido, nos próximos tópicos serão abordados os seguintes temas (Tomo I): (a) natureza jurídica das normas instituidoras do RDC; (b) federalismo; (c) as normas gerais no âmbito da Lei 8666/93; (d) as normas gerais no âmbito da Lei 12.462/2011.

## PRIMEIRO TOMO

### 2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE NORMAS GERAIS E ESPECIAIS

#### 2.1 A Natureza Jurídica das Normas Instituidoras do RDC.

Nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, compete à União editar textos normativos<sup>4</sup> gerais em matéria de licitação e contratação pública, o que obriga o intérprete a, diante de uma norma expedida por tal ente em qualquer dessas matérias, analisar se a natureza desta é geral (lei nacional) ou meramente federal.

Tal análise possui uma importante função dogmática, qual seja, a de permitir aos entes federados a verificação da possibilidade, ou não, de editarem normas específicas que regulem os preceitos gerais a seus respectivos âmbitos.

#### 2.2 Federalismo e Normas Gerais – Breves Noções

A República brasileira constitui-se em uma federação, que se caracteriza por ser “uma associação, uma união institucional de Estados, que dá lugar a um novo Estado (o Estado Federal), diverso dos que dele participam (os Estados-membros). Nela, os Estados Federados, sem perderem suas

---

<sup>4</sup> Preferimos a expressão “textos normativos” à “norma” prevista no enunciado constitucional, uma vez que o texto, enunciado prescritivo de palavras, não se confunde com a norma, a interpretação do texto.

A esse respeito, importante o ensinamento de Eros Roberto Grau:

“Antes disso, no entanto, um aspecto importantíssimo deve ser explicitado, atinente ao equívoco reiteradamente consumado pelos que supõe que se interpretam normas.

O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.

A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”. (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 4ª ed., 2006, p. 27).

Na mesma linha, cf. as lições de Francesco Ferrara (Interpretação e aplicação da lei, 3ª ed., 1978, p. 127/128) e de Riccardo Guastini (Das fontes às normas, 2005, p. 24-26).

Não obstante, no presente trabalho, à exceção de referência expressa, a referência à norma significa referência ao texto normativo.

personalidades jurídicas, despem-se de algumas tantas prerrogativas, em benefício da União. A mais relevante delas é a soberania”<sup>5</sup>.

A Federação é caracterizada por um duplo aspecto: (i) do ponto de vista externo, o Estado federal é soberano, ou seja, não possui acima de si qualquer poder, sendo, naquele território e para aquele povo, “o poder supremo, absoluto e incontestável, que não reconhece, acima de si, nenhum outro poder”<sup>6</sup>; (ii) do ponto de vista interno, há diversas unidades autônomas que recebem da Constituição competências a serem exercidas nos limites impostos pela norma maior, o que lhes retira a soberania em relação ao Estado<sup>7</sup>. Apesar disso, em virtude da teoria do policentrismo cratológico institucionalizado, perante os entes da sociedade civil, a soberania acaba por se repartir entre todas as unidades federadas<sup>8</sup>.

Tal autonomia detida pelos entes federados se revela nos seguintes elementos fundamentais: (a) existência de órgãos governamentais próprios, independentes dos órgãos federais<sup>9</sup>; (b) competências materiais e legislativas exclusivas ou concorrentes com o Estado-central; (c) direito à auto-organização administrativa.

---

<sup>5</sup> Roque Antônio Carrazza, Curso de direito constitucional tributário, 22ª ed., 2006, p. 126.

<sup>6</sup> idem, ibidem, p. 126.

<sup>7</sup> A esse respeito, importante o quanto asseverado por Paulo Bonavides: “A par da unidade do poder externo, ordinariamente exclusivo, possui o Estado federal também unidade relativa a todo o território geográfico sobre o qual assenta seu sistema de organização jurídica. Mas do ponto de vista interno, há, paralelamente distribuída pela maior parte da área geográfica da Federação ou por toda essa área (se não houver territórios federais), diversas unidades de poder, que são os Estados-membros, servidos de elementos constitutivos, como território e povo, os quais tomados conglobadamente vêm a formar um só território, e um só povo: o território e o povo do Estado federal, sujeitos, pelo aspecto nacional, à jurisdição única do poder central”. (Ciência política, 13ª ed., 2006, p. 197-198).

<sup>8</sup> Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Sem descer às teorias do poder no Estado Federado, pode-se, em resumo, dizer que predomina hoje a corrente que reconhece um policentrismo cratológico institucionalizado. A Soberania, qualidade do poder insubmetido, concentra sua expressão externa, aquela que diz respeito às relações internacionais União, mas sua expressão interna, a que diz respeito às relações do poder estatal institucionalizado com as demais expressões de poder coexistentes na sociedade civil, individuais, coletivas e difusas, reparte-se entre todas as entidades federadas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por esse motivo, são todas essas entidades autônomas no exercício das expressões da soberania estatal que lhes cabe na partilha constitucional espacial e substancial básicas.

Em suma: autonomia federativa é a medida constitucional do exercício da soberania e competência federativa, a expressão positiva dessa partilha”. (A competência legislativa e executiva do município em matéria ambiental – a nova organização federal e as atribuições do município na proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, Revista de Informação Legislativa, n. 111, p. 125).

<sup>9</sup> José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 26ª ed., 2006, p. 100.

Interessa-nos, para os fins do presente estudo, a competência legislativa, que guarda um traço muito peculiar, decorrente da própria noção de autonomia: ao mesmo tempo em que é elemento da autonomia, pois permite que o ente se auto-regule, é diretamente limitada pela soberania do Estado federal, que estabelece, na Constituição, as balizas do exercício de tal competência.

Conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr., “As competências do Estado federal são repartidas horizontal e verticalmente. A repartição horizontal ocorre pela atribuição a cada ente federativo de uma área reservada, que lhe cabe, então, disciplinar em toda a sua extensão. A repartição vertical distribui uma mesma matéria em diferentes níveis (do geral ao particular) e a reparte entre os entes federativos. No primeiro caso (horizontal), as competências, ou são comuns ou são privativas. No segundo (vertical), temos a competência concorrente. Para disciplinar a competência concorrente há duas técnicas conhecidas: a cumulativa, pela qual os entes podem avançar na disciplina das matérias desde que o que lhes é considerado superior não o faça (não há limites prévios, mas a regra da União prevalece, em caso de conflito); a não-cumulativa, em que, previamente, as matérias estão delimitadas por sua extensão (normas gerais e normas particulares)”<sup>10</sup>.

No caso brasileiro, desde a Constituição de 1934, o critério da competência concorrente clássica (cumulativa), em que não há limites prévios ao exercício da competência pela União, cujas normas sempre prevalecem sobre as dos demais entes, foi substituído pelo critério da competência concorrente limitada (não-cumulativa), pelo qual a União está limitada à estipulação de normas gerais, sendo estas complementadas pelas normas específicas dos demais entes federados<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> *Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nº 90, p. 247-248.

<sup>11</sup> *Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais*, Revista de Informação Legislativa, nº 100, p. 129-135. Conforme afirma o autor, a Constituição de 1934 possuía alguns dispositivos de competência concorrente clássica e de competência concorrente limitada.

Nesse passo, à exceção das matérias que forem de competência legislativa privativa dos entes federados e que, portanto, cada ente poderá disciplinar da forma que melhor entender, respeitados os limites constitucionais, as matérias de competência concorrente serão disciplinadas de modo geral pela União Federal, podendo cada ente suplementar a legislação geral dentro de suas bases territoriais.

Assim, de acordo com a forma de partilha da competência posta pela Constituição Federal, o Legislativo Federal editará dois tipos de normas, conforme o clássico ensinamento de Geraldo Ataliba<sup>12</sup>: normas federais, aplicáveis aos órgãos, entes e pessoas subordinadas a relações da União Federal, opondo-se às normas estaduais e municipais; e normas nacionais, aplicáveis a todo o território do Estado Brasileiro, tanto à União, quanto aos demais entes federados.

---

<sup>12</sup> Nas palavras do saudoso professor:

“O Congresso é o legislativo nacional e faz a lei nacional, a lei brasileira, que transcende às contingências regionais e locais. Sob esta perspectiva não importa ao legislador, ou ao destinatário, a eventual vinculação deste último às sociedades políticas menores.

São, com efeito, nitidamente distintas a lei nacional e a lei federal, estando seu único ponto de contato na origem comum: o legislador comum.

Contribui, sem dúvida, para tornar muita vez difícil o discernimento entre ambas, também, a circunstância de confundirem-se fisicamente os destinatários das normas. Juridicamente, entretanto, o *discrímen* é rigoroso e nítido. As pessoas recebem as normas nacionais na qualidade de jurisdicionados (*‘lato sensu’*) do Estado brasileiro; na qualidade de súditos do Estado federal.

(...) A lei federal vincula todo o aparelho administrativo da União e todas as pessoas que a ela estejam subordinadas ou relacionadas, em grau de sujeição, na qualidade de seus administrados ou jurisdicionados.

Imediatamente se vê que esta lei não colhe, nem pode colhêr Estados, Municípios, Distrito Federal, e sua autarquias que não são jurisdicionados nem administrados pela União. Jurisdicionadas ou administradas pela união são as pessoas – físicas ou jurídicas, não importa – contribuintes da União ou de qualquer forma relacionadas com seus serviços, com sua atividade ou com seu aparelho administrativo.

Já a lei nacional é muito mais ampla e, como dito, transcende às distinções estabelecidas em razão das circunstâncias políticas e administrativas.

A lei nacional, categoria jurídico-positiva diversa, é o produto legislativo do Estado nacional, total, global.

Vige no território do Estado brasileiro, vinculando todos os sujeitos à sua soberania, abstração feita de qualidades outras que possam revestir. Esta lei faz abstração da circunstância de ser o Brasil Estado unitário ou federal.

Em termos práticos, a lei federal se opõe à lei estadual e à municipal, enquanto que a lei nacional abstrai de todas elas – transcendendo-se”. (*Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios: limites à norma geral: código tributário nacional*, Revista de Direito Público, nº 10, p. 49).

As normas nacionais, por sua vez, podem ser gerais, no sentido de trazerem diretrizes genéricas a serem especificadas pelos entes federados nas suas esferas de competência, ou específicas, por tratarem de um tema de forma exaustiva.

Qualquer das espécies e subespécies legislativas cima será determinada pela competência legislativa atribuída pela Constituição Federal à União, se apenas para expedir normas gerais (nacionais), ou se para legislar totalmente o assunto (normas nacionais ou federais), o que obriga o intérprete a analisar, a cada texto normativo expedido pela União, a mencionada competência, com a finalidade de verificar o alcance das regras postas.

No que se refere às licitações e contratos administrativos, o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal estabelece ser competência privativa da união legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, o que nos coloca diante do difícil e controvertido tema de tal subespécie normativa denominada de geral.

A dificuldade para tratar do tema decorre do fato de que, na federação, os entes possuem a autonomia, ou seja, a capacidade de se auto-administrarem, sendo extremamente delicada a estipulação de norma geral nas matérias constitucionalmente previstas e a invasão do campo de autonomia federativa de cada ente.

Tal dificuldade é demonstrada pela ausência, na doutrina nacional, assim como a estrangeira, de um conceito uníssono do que seja norma geral<sup>13</sup>, no sentido da divisão de competência legislativa no Estado Federal, o que leva

---

<sup>13</sup> A respeito das diferentes correntes doutrinárias que tentam conceituar as normas gerais, importantes os estudos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais*, Revista de Informação Legislativa, nº 100, p. 127-162, especialmente p. 140 e seguintes), que traz panorama da doutrina nacional e estrangeira a respeito do tema, Alice Gonzales Borges (*Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*, 1991, p. 26-46) e Paulo Afonso Cavachioli Carmona (*Das normas gerais: alcance e extensão da competência legislativa concorrente*, 2010, p. 57-60), que expõe todos os entendimentos da doutrina nacional sobre o tema.

autores de escol como Adilson Abreu Dallari a afirmar que “é mais fácil chegar às norma geral pelo caminho inverso, dizendo o que não é norma geral”<sup>14</sup>.

Entretanto, apesar da ausência de conceito uno de norma geral, há algumas diretrizes que podem ser seguidas para chegar-se ao conceito de norma geral.

O primeiro lineamento diz respeito ao seu aspecto dúplice: de um lado, pretende ser instrumento de fortalecimento da democracia, sobretudo em países de grande extensão territorial, permitindo que as realidades e peculiaridades locais sejam valoradas e sopesadas no âmbito da edição das normas expedidas pelos entes federados, o que significa respeito e aplicação ao princípio da isonomia<sup>15</sup>.

De outro lado, além de servirem como instrumento de fortalecimento da democracia, as normas gerais possuem função instituidora de regime jurídico uniforme, ao menos nos aspectos macros, a certas matérias de interesse nacional<sup>16</sup>, que poderiam ficar desprotegidas caso cada ente

---

<sup>14</sup> *Aspectos jurídicos da licitação*, 7ª ed, 2007, p. 25.

<sup>15</sup> Conforme ensina Ricardo Marcondes Martins, “Para a compreensão do limite material do conceito de normas gerais, necessário examinar uma característica do federalismo só recentemente reconhecida: sua indissociável ligação com o conceito de democracia. O Federalismo implica na descentralização territorial do poder, fato que, em países de território extenso, é condição indispensável para o exercício da democracia. A descentralização territorial do poder implica em poderes executivo e legislativo locais ou regionais e isso, evidentemente, facilita e muito o exercício da cidadania. Basta o exemplo brasileiro, país de enormes dimensões territoriais: um cidadão de um pequeno Município tem muito mais facilidade de influenciar o legislativo de seu Município do que o Congresso Nacional. Disso decorre uma consequência fundamental: o exercício democrático do poder garante de forma muito mais efetiva o princípio da igualdade do que o exercício autoritário. Se as leis fossem sempre produzidas pelo Congresso Nacional, perceber-se-ia, valeriam sempre para todo o território nacional e, na maioria das vezes, passariam por cima de idiosincrasias extremadas. Por impossibilidade fática, o legislador não poderia prever todas as diversidades que assolam o Brasil e ao igualar as condições de um cidadão residente no sul com um cidadão residente no norte, em muitas e muitas vezes, feriria drasticamente o princípio da igualdade. O legislador local e regional ao atentar para as peculiaridades de sua localidade cumpre as exigências do princípio da igualdade: tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. A descentralização territorial do poder, em síntese, é, em países de territórios extensos e de acentuada diversidades regionais e locais, uma imposição dos princípios democráticos e da igualdade”. (*As normas gerais de direito urbanístico*, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), nº 20, p. 5).

<sup>16</sup> Conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o federalismo brasileiro possui características de federalismo cooperativo, “que exige a colaboração dos entes federativos e confere, correspondentemente, menor importância à separação e independência recíproca entre eles, de tal forma que “o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma

federado competente legislasse à sua forma a matéria, ligando-se, nesse aspecto, à segurança jurídica, por permitir uma uniformidade de tratamento dos preceitos básicos da matéria em âmbito nacional<sup>17</sup>.

Consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “cumprir reconhecer como incluído no campo das normas gerais a fixação, pela União, de padrões mínimos de defesa do interesse público concernentes àquelas matérias em que tais padrões deveria estar assegurados em todos o País, sob pena de ditos interesses ficarem à míngua de proteção. É que este malefício evidentemente poderia ocorrer, seja por inércia de certos Estados, seja em determinados casos mais específicos, por carecerem alguns deles de preparo ou informação técnica suficientes para o reconhecimento e definição de ditos padrões mínimos indispensáveis ao resguardo do interesse público quando envolvida matéria técnica”<sup>18</sup>.

Outro aspecto presente nas normas gerais diz respeito ao fato de se destinarem aos legisladores dos entes federados, de tal forma que estes não

---

unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse), ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral”. (Ob. cit., p. 249-250).

<sup>17</sup> Mais uma vez colhe-se o ensinamento de Ricardo Marcondes Martins: “Os princípios democrático e da igualdade, no entanto, não podem ser levados até a última conseqüência, por dois motivos. Pelo primeiro, o Estado Federal é uno, composto por entidades não soberanas, de modo que a exclusiva defesa dos interesses locais ou regionais inviabilizaria a sobrevivência da união. Daí a pertinência das competências privativas da União: proteger os interesses predominantemente nacionais e, com isso, a permanência da unidade federal. Esse primeiro fator de importância da legislação federal, a tutela dos interesses predominantemente nacionais, imprescindível para a manutenção do vínculo, justifica, portanto, as competências privativas. O segundo fator é a garantia do princípio da segurança jurídica, justificante das competências concorrentes da União. Esse fator é bem caracterizado através do exemplo brasileiro: como a Federação brasileira possui mais de três mil municípios, se cada Município tivesse uma legislação processual, penal, civil totalmente diferente, a segurança jurídica dos cidadãos brasileiros estaria absolutamente comprometida. Uma legislação processual diversa, por exemplo, implicaria menos no enfraquecimento do vínculo federativo do que na ofensa ao princípio da segurança jurídica”. (*As normas gerais de direito urbanístico...*, cit., p. 5).

Também nesse sentido é a opinião de Alice Gonzalez Borges: “Assim, segundo entendemos, são normas gerais aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que têm pertinência. A bem da ordem harmônica que deve manter coesos os entes federados evitam-se, desse modo, atritos, colidências, discriminações, de possível e fácil ocorrência”. (*Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*, 1991, p. 26).

<sup>18</sup> *O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro*, Biblioteca Digital Revista Interesse Público, nº 66.

podem extrapolar os limites nelas previstos, nem podem contrariar os valores e princípios nelas expressos.

A par disso, as normas gerais acabam impondo ao legislador federal a cautela de não invadir, por meio de tal norma a esfera particular de cada ente federado, esgotando as matérias legisladas e impedindo que haja campo pormenorizado a ser preenchido pelas normas particularizantes expedidas pelos demais entes.

Nesse aspecto, Marçal Justen Filho adverte que “o conceito de norma geral não é sobreponível ao de Federação. As competências locais derivadas da organização federal não podem ser limitadas através de lei da União, destinada a veicular normas gerais. Em termos ainda mais diretos: norma geral não é instrumento de restrição da autonomia federativa”<sup>19</sup>.

Ainda nessa linha, Carlos Ari Sunfeld assevera que “a lógica impõe a constatação de que na competência da União não se inclui o tratamento dos aspectos particulares, de detalhes de organização, de questões contingentes.

As normas gerais contém apenas os princípios da regulamentação da matéria, os deveres básicos dos indivíduos e do Estado e os instrumentos a serem utilizados pela Administração. São impróprios para as normas gerais problemas como: a fixação de prazos, a definição de autoridades competentes

---

<sup>19</sup> *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª ed., 2005, p. 14.

Na mesma linha, Alice Gonzalez Borges:

“Por definição, a noção de *normas gerais*, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, significa um *restrição* ao legislador federal, e, não, um salvo-conduto generalizado. Nas estruturas constitucionais brasileiras, o termo sempre foi empregado para *limitar* a competência legiferante da União, em assuntos que demandariam um enfoque particularizado, adaptável a diversas circunstâncias especiais.

Dizer-se, na Constituição brasileira, que a União, em matéria determinada, expedirá apenas normas gerais, significa que esse mesmo ordenamento não quer que ela discipline, integralmente, todos os seus aspectos. Quer, isto sim, que alguma coisa seja deixada à competência das outras ordens federadas, apenas lhes traçando parâmetros, balizas, de que não se devem afastar, ou que não devem ultrapassar. Implicitamente, é o reconhecimento de que aquela competência prevalecerá sobre outras competências, também incidentes sobre o mesmo assunto.

Quando o constituinte quer que o legislador nacional discipline tudo, exhaustivamente, sobre determinado assunto, não se refere a normas gerais. Assim é que a Constituição não diz que compete à União legislar sobre *normas gerais* de direito penal, ou *normas gerais* de direito comercial: diz que lhe cabe legislar sobre esses ramos do direito, *tout court*. O fato, mesmo, de aludir o Texto Maior a normas gerais, importa o reconhecimento de que alguém mais pode, *também*, legislar aquela matéria”. (*Normas gerais...cit.*, p. 27).

para tal ou qual ato, o estabelecimento de valores exatos de multas, o detalhamento dos procedimentos administrativos, e assim por diante”<sup>20</sup>.

Ainda nesse tema, Eros Roberto Grau enuncia que “*normas gerais* (normas nacionais) (i) consubstanciam *regras* que conferem concreção a *princípios* jurídicos fundamentais recepcionados, expressa ou implicitamente, na Constituição, e a *princípios* que Canotilho denomina *políticos constitucionalmente conformadores* - inobstante as *normas gerais* também veiculem *princípios* e *princípios* sejam também veiculados por normas que não se pode qualificar como *normas gerais*; (ii) consubstanciam a ordenação de condutas uniformes, visando a prevenir conflitos entre as entidades da Federação e/ou entre os que nela estejam situados; (iii) suprem lacunas constitucionais; e (iv) no Brasil, respeitam às matérias enunciadas no art. 22 da Constituição de 1988”<sup>21</sup>.

Ante tais noções e diretrizes das normas gerais, podemos destacar as seguintes características das normas gerais, de acordo com lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “1. declaram um valor juridicamente protegido; 2. conformam um padrão vinculatório para a norma particularizante; 3. vedam o legislador e o aplicador de agirem em contrariedade ao valor nelas declarado; 4. aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito da competência administrativa federal; 5. aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito da competência administrativa estadual (ou municipal, sem que o Estado-Membro (ou Município) não haja exercido sua competência concorrente particularizante; 6. aplicam-se concreta e diretamente às relações e situações específicas no âmbito de competência administrativa estadual (ou municipal), sempre que o Estado-Membro (ou Município) haja exercido sua competência concorrente particularizante em contrariedade ao valor nelas declarado”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> *Sistema constitucional das competências*, RTDP 1/276, apud *Licitação e contrato administrativo*, 2ª ed., 1995, p. 29.

<sup>21</sup> *Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da Lei)*, 1995, p. 12.

<sup>22</sup> *Competência concorrente limitada....cit.*, p. 155-156.

Consoante tais aspectos, podemos elencar os seguintes critérios caracterizadores das normas gerais: (i) possuem abrangência nacional, aplicando-se a todos os entes federados; (ii) dizem respeito a temas que devem possuir tratamento uniforme, ao menos m sentido macro, em todo o território nacional; (iii) limitam-se às matérias constitucionalmente determinadas como de competência concorrente limitada; (iv) são editadas pela União, que está limitada à estipulação de princípios, linhas gerais e diretrizes a serem seguidas pelos demais entes federados; (v) não podem detalhar ou pormenorizar os assuntos de maneira a esgotá-los e violar a autonomia dos entes federados, à exceção de situações muito específicas, nas quais isto seja necessário para a manutenção da aplicação uniforme das matérias de interesse nacional, com possibilidade de afronta aos princípios da isonomia e da segurança jurídica<sup>23</sup>; (vi) deve conter o mínimo indispensável à garantia da aplicação uniforme no território nacional, deixando espaço às suplementares normas dos entes federados; (vii) enquanto inexistir norma do ente federado específica a respeito da matéria, as disposições gerais e específicas da norma da União aplicam-se aos entes federados, de forma subsidiária, no que não lhes restringir a autonomia federativa; (viii) inexistindo norma da União a respeito do tema, os entes federados podem legislar a respeito da matéria, sendo que a superveniência de norma geral nacional prevalecerá sobre as disposições daquelas incompatíveis com essa; (ix) a norma específica e pormenorizada editada pela União, em matéria de competência concorrente limitada, somente será aplicável no âmbito federal (norma federal)<sup>24</sup>, à exceção do quanto exposto no item 'v' *supra*.

De acordo com essas balizas postas acima, chegamos ao conceito de normas gerais, acolhendo o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no sentido de que “as normas gerais são declarações principiológicas que cabe á União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que

---

<sup>23</sup> Alice Gonzalez Borges, *Normas gerais...cit.*, p. 43-44.

<sup>24</sup> Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 927-3/RS, para conceder interpretação conforme ao artigo 17, inciso I, alíneas “b” e “c”, inciso II, “b”, e §1º, da Lei 8.666/93, e suspender a eficácia de tais dispositivos e esclarecer que somente se aplicam à União Federal, por entender que tais dispositivos extrapolaram o conceito de norma geral. (ADIIn-MC 927/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01.11.1993).

deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura de suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos”<sup>25</sup>.

### **2.3. As Normas Gerais no Âmbito da Lei nº 8.666/93.**

O primeiro objeto de análise a respeito das normas gerais no âmbito do RDC toma por base as normas gerais no âmbito da Lei nº 8.666/93, tema extremamente tormentoso e controverso.

Consoante visto acima, o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal concede à União a competência legislativa de editar normas gerais de licitação e contratações públicas<sup>26</sup>, no que andou bem o constituinte<sup>27</sup>, uma vez que é preciso que haja um mínimo de uniformidade no tratamento do tema de licitações pelos diversos entes federados.

Com efeito, caso cada um dos entes federados – o que inclui os mais de 5.500 municípios – tivesse a competência de livremente estipular as suas regras de licitação e contratações públicas, haveria o risco de se instalar o caos em tal setor, com as mais diversas regras procedimentais, exigências de habilitação e regras para apresentação de propostas.

Ora, se no atual sistema de regras gerais de habilitação, diversos editais são publicados com exigências que em muito extrapolam os limites legais, o que obriga os Tribunais de Contas à edição de Súmulas, o que mostra

---

<sup>25</sup> *Competência concorrente...*, cit., p. 159.

<sup>26</sup> Interessante notar que a preocupação com a extensão longa do Projeto da lei 8.666/93 também permeou os debates legislativos do Congresso Nacional, notadamente em relação à diferença de realidades entre os diversos entes federados no Brasil, havendo grande complexidade na União Federal, com fundações públicas e empresas estatais, e Municípios pequenos, todos submetidos a uma mesma Lei de licitações. A esse respeito conferir André Rosilho, *Licitação no Brasil*, p. 106-108.

<sup>27</sup> Digna de nota, apesar de discordarmos, é a posição de Fernanda Dias Menezes de Almeida, no sentido de que o constituinte, ao conceder à União a competência para estipular normas gerais de licitação e contratos, invadiu “um dos últimos redutos da competência legislativa tradicionalmente reservada às ordens periféricas”, o que seria desnecessário, ante os princípios dispostos nos artigos 37 a 41 da Constituição Federal, que constituiriam um norte a ser seguido por cada ente federado. (*Competências na constituição de 1988*, p. 110-111).

a recorrência das questões analisadas, sem as regras gerais a quantidade de estipulações abusivas seria muito maior.

Nesse quadro, haveria amplo campo para que se formassem cartéis em licitação, uma vez que somente as empresas que habitualmente concorressem nos certames de um mesmo município teriam condições de apresentar a documentação exigida pelo ente, uma vez que essas exigências, provavelmente, seriam diversas daquelas feitas por outros entes, o que poderia levar à formação de verdadeiros feudos licitatórios, com regras próprias e diversas entre si.

Também seria dificultado o controle das licitações, uma vez que não haveria uma norma de parâmetro para a estipulação das regras licitatórias, ficando esta baliza determinada apenas pelos princípios dispostos nos artigos 37 a 41 da Constituição Federal, insuficientes para regradar a complexidade que cerca o tema das contratações públicas.

No que se refere à norma em apreço, a despeito do artigo 1º determinar que “esta lei estipula normas gerais de licitação e contratos administrativos”, tal afirmativa está longe de ser real, uma vez que diversas disposições da Lei 8.666/93 somente são aplicáveis à União, justamente por não trazerem as características acima apontadas como identificadoras das normas gerais.

Surge, então, a questão: dos dispositivos que formam a Lei nº 8.666/93, quais são normas gerais (normas nacionais) e quais são normas especiais (normas federais)? Ou, em outros termos, quais dispositivos são de aplicação obrigatória pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, e quais são de aplicação restrita à União Federal?

A questão não é fácil e exige análise pormenorizada de todos os dispositivos legais, avaliação essa que não será elaborada no presente trabalho, já que a matéria está fora do alcance do objetivo pretendido.

Apesar disso, nos resta a dizer que a Lei 8.666/93 poderá ser aplicada ao regime previsto RDC naqueles casos em que há previsão expressa na própria legislação e, em relação a matéria não específicas.

De modo a exemplificar o disposto, importante transcrever o disposto pelo artigo 39 da Lei que institui o Regime de Contratação Diferenciada, *in verbis*:

*“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.”*

Como se denota, os contratos administrativos derivados do Regime de Contratação Diferenciada serão regidos pelas normas da Lei 8.666/1993, exceto naqueles casos em que há previsão específica.

Logo, conclui-se que os contratos administrativos derivados do regime de contratação previsto Lei 12.462/11, também serão regidos pela 8.666/1993. Portanto, através do princípio da especialidade serão aferidos os artigos que da Lei 8.666/1993 que incidirão sobre a RDC.

Na sequência será demonstrado o âmbito de aplicação da Lei 12.462/11, ocasião em que será devidamente explorado o princípio da especialidade, bem como, os demais elementos que delimitam campo de aplicação da RDC.

#### **2.4 – O Âmbito de Aplicação da Lei 12.462/11.**

Conforme visto acima, à União compete estipular normas gerais de licitação e contratos administrativos (art. 22, XXVII, CF), editando normas

nacionais sobre tais assuntos. Mas, ao editar normas específicas e pormenorizadas, estas somente terão vigência no âmbito da União.

Sendo a Lei 12.462/2011 uma norma que versa a respeito de licitações e contratos administrativos e, portanto, expedida pela União no exercício de competência concorrente limitada, aqueles dispositivos que tratam de assuntos específicos terão seu campo de alcance restringido ao âmbito da União e, em relação às normas gerais, a extensão da sua aplicabilidade a todos os entes da federação.

Diante disso, surgem questões emblemáticas, quais sejam: Há possibilidade da existência de duas ou mais normas gerais no âmbito das contratações públicas? Qual o campo de aplicação do RDC? Quais dispositivos da lei 8.666/93 são aplicáveis ao RDC? Há um regime misto de contratação? O Administrador pode optar por quaisquer umas das leis gerais, no exercício do seu Poder Discricionário?

A partir desses pontos e indagações é que surgem as críticas mais severas. A questão é amplamente debatida por grandes nomes da doutrina administrativista, que por anos fio ditam as regras sobre o campo de atuação do Estado, influenciando assim, a edição das Leis e formação da Jurisprudência.

A par disso, importante anotar o disposto pelo Ilustre Administrativa Ivan Rigolin Barbos<sup>28</sup>a, ferrenho crítico do Regime de Contratação Diferenciada, sobre o campo de aplicação das normas gerais e o RDC, *in verbis*:

**“A Lei nº 12.462/11 sepultou definitivamente, com sete pás de cal em cima, a liturgia das normas gerais de licitações e contratações. Norma geral passou a ser sinônimo de nada, de coisa nenhuma em direito, desmoralizando por completo a classificação da Lei nº 8.666/93.”**

---

<sup>28</sup> RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas. São Paulo: NDJ, 2011, fls. 1042.

*Sim, **porque na medida em que existem os pregões, que ignoram a proibição de que existam novas modalidades de licitação além da Lei nº 8.666/93**; na medida em que todo Estado e já muitos Municípios a todo tempo editam leis invertendo fases da licitação conforme previsto na lei nº 8.666/93; na medida em que a periodicidade de reajuste dos contratos no Brasil é dada por uma Lei nº 8.666; na medida em que a periodicidade de reajuste dos contratos no Brasil é dada por uma lei federal de 2001 que não se diz norma geral de coisa alguma, então, fácil é concluir que, nesta autêntica festa do caqui em que se converteu o Direito Público brasileiro, ninguém mais respeita minimamente a ideia de que a lei de normas gerais de licitação limite qualquer ação de qualquer pessoa de direito público interno – que literalmente faz o que bem entende em tema de licitação.”*

A questão não é simples, desde a edição da Lei do Pregão surgiram grandes debates sobre o tema norma geral e especial. Com o devido respeito, a crítica é exagerada.

No entanto, é compreensível, eis que toda alteração legislativa na área de licitações e contratações públicas geram muitos debates e, não poderia ser diferente.

Outra crítica que merece ser mencionada versa sobre a ausência de parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e compras que devam seguir o Regime de Contratações Públicas – RDC.

Isso de fato pode gerar grandes dúvidas ao Administrador Público, sobretudo porque não se sabe ao certo quais obras, serviços e compras podem ser licitados através do RDC. Intrinsecamente, tem-se que o RDC é um regime de contratação destinado a execução de obras complexas de infraestrutura, contudo, não há definição legal sobre o assunto.

No entanto, a solução desse problema é mais fácil do que parece. Primeiro porque, o artigo 1º da Lei 12.462/11 estabelece de forma taxativa o campo de aplicabilidade do RDC, de modo que, o emprego da legislação fora das hipóteses elencadas, é manifestamente ilegal.

Outra afirmação que merecer ser desmitificada sobre o RDC corresponde a ideia de que o novo regime de contratação é destinado somente a execução de obras complexas de infraestrutura.

O fato de o RDC apresentar soluções inovadoras (no âmbito da Administração Pública) para execução de obras complexas de infraestrutura, não limita o seu campo de atuação a somente esse tipo de escopo.

Pois bem. Após a análise inicial de tais questionamentos, nos cabe avançar com o tema, e, examinar se RDC é norma geral ou especial. Tal questão já foi enfrentada por vários grandes administrativas e, não há consenso.

De plano, de rigor anotar nosso posicionamento sobre o tema, qual seja, a RDC é norma geral e especial. Em suma, é norma geral, para fins de identificação da competência legislativa e, norma especial em relação à Lei nº 8.666/93.

Portanto, ao optar o Administrador Público pelo emprego do RDC naqueles casos previstos pelo artigo 1º, deverá seguir à risca o procedimento disposto pelo novo regime de contratação. E, existindo algum conflito entre a Lei nº 8.666/93 e a 12.462/11, deverá prevalecer o disposto pela RDC, em razão do princípio da especialidade.

Nesse mesmo sentido, é o disposto por Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

*“Logo, o RDC é norma geral diferenciada de licitação e contratação administrativa. Afinal, a distância constitucional entre normas gerais e normas federais, estaduais, distritais e municipais não diz respeito ao Direito Interporal e à solução das pseudoantinomias porventura constadas pelo intérprete (em que se poderia cogitar da distinção, que ocupa outra categoria hermenêutica, entre normas gerais, distinguidas devido à abrangência da matéria legislada). Desta forma, o RDC é norma geral-especial, pois configura, ao mesmo tempo, uma norma geral de licitações públicas e uma*

***norma especial em relação às demais leis que disciplinam licitações públicas.***

*É, simultaneamente, norma geral em termos verticais (a competência do Congresso Nacional para promulgar normas vinculantes a todos os entes da federação) e norma especial em termos horizontais (disciplinando de forma exclusiva e a diferenciada a matéria regida por outras leis).*

*Constatação que permite a fixação de premissa que deve orientar a hermenêutica de toda a Lei nº 12.462/11: o RDC é regime excepcional de licitações e contratos administrativos que tem por sua natureza de norma geral e que, por isso mesmo, possui autonomia interpretativa - tanto em relação às licitações e contratos ordinários da LGL como no que respeita às demais licitações e contratos ordinários da LGL como no que respeita às demais licitações e contratos extraordinários (pregão, concessões comuns e parcerias público-privadas).*

*Isto significa dizer que não se deve ler a Lei nº 12.462/11 com a lente da LGL (e/ou demais diplomas pretéritos). A LGL permanece válida e eficaz, exceção feita ao RDC (e demais normas especiais como, p. ex., a Lei nº 10.520/02 – que institui o pregão). Mais ainda: na justa medida em que se trata de leis com a mesma hierarquia normativa (leis ordinárias com dispositivos de natureza geral), a sucessão de leis no tempo confere autonomia específica ao RDC.<sup>29</sup>*

Portanto, pode-se assentar com segurança que o RDC é norma geral e especial, de modo que, seu campo de aplicabilidade está limitado ao disposto pelo artigo 1º da Lei 12.462/2011, sendo certo que sua adoção é discricionária. Ou seja, fica a critério do Administrador Público.

Por fim, anota-se que determinados regramentos disciplinados na Lei 8.666/93 podem ser aplicados ao RDC, naqueles casos em que não houver conflito.

Na sequência será abordada com a devida profundidade a principal inovação trazida pela Lei 12.462/2011, qual seja, contratação integrada. Ocasão em que serão apontados tantos os problemas, quantos as possíveis soluções do novo regime.

---

<sup>29</sup> Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p.81124, mar./ago.2012.

## SEGUNDO TOMO

### CONTRATAÇÃO INTEGRADA

#### 3.1 DEFINIÇÃO

O regime da contratação integrada foi a principal inovação trazida pela Lei 12.462/2011. Consoante se depreende do texto legal (art.9º, § 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 do objeto.

Segundo Marçal Justen Filho, *“A Contratação integrada consiste num contrato de empreitada de obra e serviços de engenharia, em que a Administração contratante apresenta um anteprojeto de engenharia e o particular contratado assume a obrigação de contratante apresenta um anteprojeto de engenharia e o particular contratado assume a obrigação de conceber as soluções, elaborar os projetos básico e executivo e executar o objeto com o fornecimento de materiais, utilização de equipamentos, aquisição e de desenvolvimento de programas de informática e tudo o mais que se fizer necessário à entrega do objeto em funcionamento, mediante remuneração abrangente e vinculada à operação do empreendimento em condições predeterminadas.”*<sup>30</sup>

Traçando um paralelo com o mercado privado, o regime de contratação integrada equivale ao contrato de EPC (*Engineering, Procurement and Construction Contracts*)/Turn Key.

Embora o modelo de contratação de EPC/Turn Key não seja o objeto do presente trabalho, importante delinear algumas de suas

---

<sup>30</sup> Comentários ao RDC (Lei nº 12.462/11 e Decreto 7.581/11.). São Paulo: Dialética, 2013, página 178.

peculiaridades, dada a sua similaridade com o regime de contratação integrada.

O modelo de contrato denominado EPC/Turn key, foi concebido para execução de grandes obras de infraestrutura, no qual o contratado fica incumbido de desenhar, construir e colocar em operação o escopo do contrato. Portanto, lhe incumbe executar todas as etapas necessárias para que a obra seja entregue em pleno funcionamento.

Noutras palavras, o contratado assume o risco da execução de todo o empreendimento. E, por óbvio, o risco é embutido no preço.

Diga-se de passagem, que a inadequação da distribuição dos riscos é o ponto fraco do contrato EPC/Turn Key, devido ao impacto que a assunção excessiva de riscos traz ao custo da obra.

Tal como no contrato EPC/Turn Key, no regime de contratação integrada, o contratado também assume grande parcela do risco da execução do empreendimento.

Logo, também haverá reflexos no preço a ser pago pela Administração Pública, razão pela qual, o regime de contratação integrada só deve ser empregado nos casos realmente necessários, sob pena de afronta aos princípios da economicidade e legalidade.

Se comparado a algum modelo pré-existente na Lei de Licitações, o regime de empreitada integral é o que mais se aproxima ao regime da contratação integrada. No regime de empreita integral a Administração Pública fornece o Projeto Básico, já na contratação integrada, há obrigação de fornecimento do anteprojeto.

Tal peculiaridade reflete na álea contratual, na medida em que, as hipóteses de alteração contratual no regime de contratação integrada são mais restritivas em relação ao regime de empreitada integral.

Apesar dessa distinção, o ponto central entre o regime de contratação integrada e empreitada integral é idêntico, uma vez que ambos conferem maior grau de autonomia ao executor do empreendimento.

Na sequência será demonstrada a origem do regime da contratação integrada. E, como se verá, não se trata de algo extremamente inovador no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.2. A ORIGEM DO REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Apesar das anotações do tópico anterior, o regime de contratação integrada não consiste em procedimento tão inovador quanto parece, sobretudo porque antes da Lei 12.462/11, já havia previsão expressa desse tipo de regime no Regulamento da Petrobrás (Decreto 2.745/1998):

*“1.9 Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.”*

De modo semelhante a Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões) e a Lei 11.079/04 (Lei de PPPs), também já previam uma espécie similar ao regime de contratação integrada.

No âmbito internacional, a adoção do regime similar ao da contratação integrada é prevista nos seguintes países: (a) Espanha; (b) Portugal; (c) França.

Na Espanha, a contratação conjunta é viável nos casos em que os motivos de ordem técnica tornem necessária a vinculação da empreiteira ao projeto ou nas hipóteses que o empreendimento possui dimensões excepcionais ou apresente dificuldade singular, conforme o artigo 124 da Lei de Contratos do Setor Público.

Em Portugal, a contratação integrada pode ser empregada nas hipóteses em que a empreiteira assume obrigações de resultado relativas a execução da obra ou naqueles casos de grande complexidade do processo construtivo, que de ensejo a *sui generis* ligação da empreiteira à concepção inicial da obra, conforme artigo 43 do Código de Contratos Públicos.

Na França, os contratos de concepção-realização são admitidos: (i) por motivos de ordem técnica (aqueles ligados a destinação ou à implementação técnica da obra) que tornam imprescindível que a empreiteira elabore o projeto de engenharia, nos termos do artigo 37 do Código de Contratos Públicos).

Como fecho do presente item, anota-se que antes mesmo de existir previsão legal, o Brasil e a China, por meio de acordo internacional, aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto 6.009/2007), celebraram contrato de EPC (Engineerin, Procurement and Construction), objetivando a implantação da Usina Termelétrica Candiota III, no Rio Grande do Sul.

Ou seja, embora com denominação diversa, o regime de contratação integra já foi empregado no Brasil, motivada pelo grau de especialidade e complexidade envolvido na execução de obras de infraestrutura, que envolvem profundo conhecimento tecnológico.

Na sequência serão demonstrados os pressupostos essenciais para adoção do regime de contratação integrada.

### 3.3. PRESSUPOSTOS PARA ADOÇÃO DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

No presente tópico serão delineados os pressupostos para a adoção do regime de contratação integrada, de modo que, imperativa sua observância, sob pena de colocar em xeque a lisura de todo o procedimento licitatório.

É notória a preocupação do Legislador com o dispêndio desnecessário de recurso público, ao estabelecer de forma taxativa as hipóteses de cabimento da adoção do regime de contratação integrada. Segundo consta no artigo 9º<sup>31</sup> da Lei 12.462/11 poderá ser empregado o regime de contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada, nas seguintes hipóteses: (i) inovação tecnológica; (ii) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (iii) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Trata-se de requisitos alternativos, não cumulativos. Ou seja, desde que atendido algum dos requisitos acima mencionados, será viável a adoção do regime de contratação integrada.

A par disso, registre-se que a contratação integrada poderá se aplicada nos casos em que a complexidade técnica do objeto é tamanha, que a atuação do particular é imprescindível para que seja fornecido ao Poder Público soluções inovadoras, que assegurem a obtenção de um resultado predefinido pela Administração com alto grau de eficiência.

Logo, a mera dificuldade na elaboração do Projeto básico não dá ensejo a adoção do regime de contratação integrada.

Na opinião de Ribeiro, Prado e Pinto Junior, a *“contratação integrada será tecnicamente e economicamente justificável quando transferido ao contratado da obra a responsabilidade de implantá-la, em conjunto com a responsabilidade de operá-la e mantê-la.”*<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> 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: [\(Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014\)](#)

I - inovação tecnológica ou técnica; [\(Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014\)](#)  
II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014\)](#)

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. [\(Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014\)](#)

<sup>32</sup> Regime diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para copa do Mundo e Olimpíadas/ Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado, Mario Engler Pinto Junior – São Paulo: Atlas, 2012, página 45.

Na acepção de Marçal Justen Filho, “A solução da contratação integrada destina-se a ser adotada nos casos em que a complexidade técnica do objeto impede recorrer ao conhecimento assentado e exige atribuir ao particular contratado uma margem de autonomia adequada à concepção de soluções inovadoras, de modo a assegurar a obtenção de um resultado predeterminado.”.

Por conseguinte, não se trata de um ato discricionário, deve o administrador ater-se aos pressupostos legais para adotar a modalidade de contratação integrada. E, sendo assim, deve o Administrador Público na fase interna do certame licitatório, apresentar justificativa plausível para adoção do regime de contratação interna, sob pena de nulidade do ato administrativo.

Portanto, na fase interna do procedimento licitatório, devem-se explicitar os motivos que deram ensejo a escolha do regime de contratação integrada.

A propósito, convém lembrar o magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello, que desenvolveu de forma magistral, a Teoria do Ato Administrativo, no qual aponta a motivação como requisito de validade do ato administrativo, *in verbis*:

*“Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser dita como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas sim simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, “todo o poder emanada do povo (...)” (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, praticado o ato em Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se com “Estado Democrático de Direito” (art. 1º caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a “cidadania” (inciso II), **os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber porque foi praticado, isto é, que fundamentos justificam.**<sup>33</sup>*

---

<sup>33</sup> Curso de Direito Administrativo, editora Malheiros, 27ª edição, página 402.

A imposição legal de motivação de todas as decisões administrativas tem como primordial objetivo assegurar a tutela judicial dos interesses lesados. SÉRGIO FERRAZ e ADÍLSON ABREU DALLARI advertem que sem “a explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sindicá-los, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido. **Sem a motivação fica frustrado ou, pelo menos, prejudicado o direito de recorrer, inclusive perante o Poder Judiciário**”.<sup>34</sup>

Pelos mesmos motivos são ilegais as decisões com motivação genérica. Neste sentido, importantes as lições de ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, que aduz que “a suficiência da motivação abrange a sua precisão, que importa em levar em conta as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, **não se contentando com afirmações genéricas e vagas**”<sup>35</sup>.

Noutras palavras, é imperativa a exposição dos motivos que conduziram o Administrador Público a adoção regime de contratação integrada, sob pena nulidade do ato administrativo praticado.

Aliás, esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União, in verbis:

**“Acórdão TCU nº 1.510/2013 – Plenário:**

**9.1. notificar a Infraero, (...), observe os seguintes requisitos para as licitações baseadas no regime de contratação integrada:**

**9.1.1. a obra ou o serviço de engenharia deve preencher pelo menos um dos requisitos elencados no art. 20, §1º, da Lei 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);**

**9.1.1.1. para enquadramento do objeto nos ditames do inciso II, § 1º, do art. 20 da Lei 12.462/2011, a expressão “de domínio**

<sup>34</sup> “Processo Administrativo”, 1ª ed., Malheiros, pág. 58.

<sup>35</sup> “Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, pág. 128.

*restrito de mercado" refere-se, especificamente, ao termo "tecnologias", e não, necessariamente, às "diferentes metodologias";*

*9.1.1.2. tendo em vista que uma obra licitada com base no anteprojeto já carrega em si a possibilidade de a contratada desenvolver metodologia e/ou tecnologia própria para a feitura do objeto, no caso de a motivação para a utilização da contratação integrada estiver baseada nessa viabilidade de emprego de diferenças metodológicas, nos moldes do art. 20, § 1º, inciso II, da Lei 12.462/2011, **justifique, em termos técnico-econômicos, a vantagem de sua utilização, em detrimento de outros regimes preferenciais preconizados no art. 8º, § 1º c/c art. 9º, § 3º da Lei 12.462/2011;***

*9.1.2. faz-se necessária a motivação acerca da inviabilidade do parcelamento da licitação, em razão da diretriz enraizada no art. 4º, inciso VI, da Lei 12.462/2011.(...)"*

Nesse ínterim, conclui-se que ao adotar o regime da contratação integrada, deve o Administrador Público ater-se aos pressupostos consagrados na Lei 12.462/11. Além disso, os motivos justificadores devem ser apresentados de forma clara na fase interna do procedimento licitatório. A adoção do novo regime, não é uma competência discricionária.

#### 3.4. GRAU DE DEFINIÇÃO DO ANTEPROJETO

No presente tópico será enfrentada questão de extrema complexidade, uma vez que o GRAU DE DEFINIÇÃO DO ANTEPROJETO é alvo de amplos e profundos debates na doutrina administrativista, sobretudo porque é partir desse documento que os licitantes terão que formular suas propostas.

É sabido e ressabido que o procedimento licitatório tem por finalidade a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, a ser realizada em procedimento que garanta a igualdade de condições entre todos os participantes, consoante resta claro do mandamento do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que assim dispõe:

*“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”.*

Embora a Administração Pública esteja dispensada de fornecer os projetos básicos e executivos, não dá ensejo a instauração de um procedimento licitatório lacônico. Deve a administração fornecer elementos concretos sobre o empreendimento, de modo a permitir que os particulares formulem as suas propostas de forma adequada e compatível com objeto do certame.

No regime de contratação integrada, caberá ao particular a confecção do projeto 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 necessária e suficientes para a entrega do objeto.

A par disso, é fundamental que a Administração apresente de forma precisa às características do objeto concluído (objeto). A ausência de projeto básico e executivo, desonera a Administração Pública de detalhar apenas os meios da execução do empreendimento.

Empregando as palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>36</sup>, *“A ausência de projeto básico não significa a possibilidade de desencadear uma contratação sem a existência de elementos aptos a identificar o problema e a conceber uma solução satisfatória e viável. Portanto, é indispensável a existência de levantamentos técnicos, elaborados mediante o concurso de profissionais especializados, que contenha elementos e informações suficientemente consistentes para indicar a viabilidade da execução do objeto e que defina as soluções possíveis. Esses documentos são, usualmente, referidos como estudos preliminares.”*

---

<sup>36</sup> Comentários ao RDC, Editora Dialética, ano 2013, página194.

O anteprojeto não possui a mesma abrangência do projeto básico. Suas características são delineadas pelo §2º, inciso I do artigo 9º, *in verbis*:

*“§ 2º No caso de contratação integrada:*

*I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:*

*a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;*

*b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;*

*c) a estética do projeto arquitetônico; e*

*d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;”*

De igual modo, o artigo 74 do Decreto Federal Nº 7.581, DE 11 DE OUTUBRO DE 2011, também define as informações que deverão constar no anteprojeto de engenharia:

*“Art. 74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo:*

*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.*

*§ 1º Deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos:*

*I - concepção da obra ou serviço de engenharia;*

*II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;*

*III - levantamento topográfico e cadastral;*

*IV - pareceres de sondagem; e*

*V - memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.*

*§ 2º 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.*

**§ 3º O anteprojeto deverá possuir nível de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas das licitantes.**

*§ 4º Os Ministérios supervisores dos órgãos e entidades da administração pública poderão definir o detalhamento dos elementos mínimos necessários para a caracterização do anteprojeto de engenharia. [\(Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013\)](#)”*

Como se denota, ao contrário do que muitos críticos apontam, a adoção do regime de contratação integrada não é um cheque em branco dado a Administração Pública, sobretudo porque o anteprojeto deverá apresentar grau de definição suficiente para proporcionar a comparação entre as propostas recebidas pelos licitantes, característica essa que também não transforma o anteprojeto em projeto básico.

Nesse passo, importante transcrever o disposto pela Ministra do Tribunal de Contas da União, através da Ministra Ana Arraes:

*“Para que o processo de concessão seja consistente do ponto de vista técnico e até jurídico, há que possuir elemento de projeto que contenham um conjunto de informações e conteúdos que demonstrem a correta estimativa de todos os custos, receitas e meios para consecução do objeto, mesmo que não pretenda executá-lo nos exatos termos em que inicialmente concebido. Além disso, em face da possibilidade de serem apresentadas propostas que contemplem as mais diversas metodologias, a consistência do projeto conceitual é relevante para aferir a viabilidade técnica das soluções trazidas pelos participantes do certame.*

*(...)*

*Embora não seja clara a delimitação da extensão e do grau de precisão dos estudos que devem ser realizados para a elaboração dos projetos*

*conceituais em concessões, é certo que a exigências não alcançam o nível de detalhamento estabelecido na Lei Geral de Licitação e Contratos.” (TCU, Acórdão nº 3.661/2013, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, DOU de 13.12.2013.)*

Tal entendimento ilustra a preocupação dos órgãos de controle, em relação ao nível de detalhamento do anteprojeto. Ainda, em relação ao nível de detalhamento do anteprojeto, importante transcrever assentado por Augusto Neves Dal Pozzo, in verbis:

*“Se a Administração Pública deixar de estabelecer, de maneira completa o conjunto de elementos suficientes para caracterizar o que está pretendendo contratar, não haverá torneio possível, pois, em verdade, estarão sendo oferecidas propostas para alguma coisa que não se sabe ao certo o que efetivamente é: trata-se de um pressuposto lógico do certame.*

*E as consequências são absolutamente nefastas, pois essa imprecisão possibilita o oferecimento de propostas com valores muito acima daqueles que efetivamente poderiam conseguir caso estivesse bem delineado o objeto da contratação a ser entabulada.*

*A experiência mostra que a falta de projetos adequados causa inúmeros transtornos para a Administração durante a execução contratual (...)<sup>37</sup>*

Por óbvio, se a Administração Pública possui condições de fornecer todos os elementos previamente, inclusive aqueles relativos ao meio de execução do empreendimento, não faz sentido proceder com o regime de contratação integrada, sobretudo porque consoante já delineado, a adoção do novo regime só é viável naqueles casos em que há: (i) inovação tecnológica; (ii) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (iii) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Cuida-se de situações peculiares, na qual a Administração Pública precisa recorrer a tal mecanismo para uma contratação mais eficiente. Mais: em determinados empreendimentos de infraestrutura não é possível antever o

---

<sup>37</sup> Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos.

que está pela frente. Há situações, sequer há tecnologia existente para executar o empreendimento (exemplo pré-sal), casos esses em que o particular deverá desenvolver soluções para execução do empreendimento.

Com o devido respeito a opinião emitida pelo renomado jurista, a ausência de projeto básico, não dá ensejo ao início das obras a partir de um projeto falho. Pelo contrário, quando adotado o regime de contratação integrada, deverá a Administração Pública avaliar a viabilidade do projeto básico e executivo e, em caso de viabilidade de sua execução, autorizará o início dos trabalhos, consoante o disposto pelo Art.8, § 7º da Lei 12.462/2011: *“É vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia para cuja concretização tenha sido utilizado o RDC, qualquer que seja o regime adotado.”*

Aliás, é quase impossível a administração pública atingir tamanho nível de detalhamento do anteprojeto, como o proposto. No entanto, a nosso ver, de forma equivocada, a Administração Pública, com receio dos órgãos de controle está elaborando o anteprojeto com nível de detalhamento similar ao do projeto básico, descaracterizando, portanto, o regime de contratação integrada.

Se há possibilidade da Administração Pública detalhar o anteprojeto como fazia em relação ao projeto básico, não faz sentido algum adotar o regime de contratação integrada.

Ocorrendo isso, a única diferença entre a contratação integrada e a empreitada integral, seria que, quando fornecido o anteprojeto (aquele com nível de detalhamento igual ao projeto básico), o contratado não estaria vinculado a executar o projeto estritamente nos termos que foi concebido.

Nesses casos a contratação integrada deve ser afastada, eis que certamente ao formular sua proposta, o particular levaria em consideração o risco do empreendimento, o que acarretaria em um dispêndio desnecessário de recursos públicos.

De fato, a má elaboração do anteprojeto, impossibilitará o particular de ofertar uma proposta condizente com custo efetivo do empreendimento. A falha na elaboração dos documentos prévios que embasam a formulação da proposta, não é um problema exclusivo do regime da contratação integrada.

Ao elaborar o projeto básico, deve o Poder Público descrever de forma detalhada o objeto do contrato, de modo que o licitante possa identificar o escopo contratual e formular uma proposta adequada.

Além do mais, deve estar claro no instrumento convocatório o critério de seleção das propostas, uma vez que os princípios da do julgamento objetivo e isonomia não foram derogados com o advento da Lei de RDC (regime de contratação integrada).

Logo, o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual e julgamento adequado da proposta.

### 3.5. JULGAMENTO DA PROPOSTA

Ratificando o disposto no tópico anterior, quando adotado o regime de contratação integrada, deverá o instrumento convocatório contemplar anteprojeto de engenharia com informações precisas acerca das características do objeto a ser executado, de modo que o particular possa ofertar sua proposta de forma adequada.

Sobre esse aspecto importante colacionar o disposto por Marçal Justen Filho:

*“É indispensável que o objeto da contratação seja descrito em termos suficientes para a sua individualização. A caracterização do objeto envolve não apenas uma descrição vulgar. É essencial determinar os atributos técnicos científicos que lhe dão identidade, de modo a permitir a compreensão*

*precisa e exata prestação a ser executada. A ausência de projetos básico e executivo autoriza a ausência de determinação mais detalhada sobre os meios, mas é indispensável a definição precisa e incontroversa sobre os atributos do objeto concluído.*<sup>38</sup>

A fixação de parâmetros bem definidos no edital também possui como objetivo evitar favoritismos, quebra de isonomia entre os licitantes. O princípio do julgamento objetivo possui previsão expressa nos artigos 45 e 46 da Lei 8666/93 e artigo 20 da Lei 12.462/2011, os quais garantem aos licitantes a análise de suas propostas com a utilização única dos critérios fixados no Edital, sem o que não seria possível coibir favoritismos eventuais a alguns licitantes em detrimento de outros com gravíssimo prejuízo do interesse público.

Dessa forma, se a proposta deve se conformar precisamente com o exigido pelo Edital, evidentemente sua análise também deverá ser feita com base nos critérios editalícios, o que por consequência veda a possibilidade de aceitar ou mesmo conceder quaisquer vantagens que não estejam previstas no ato convocatório, consoante nos ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles:

*“Já vimos que o edital ou o convite esclarecerá as condições em que a Administração deseja contratar o objeto da licitação. **Segundo essas condições, estabelecidas na convocação licitatória, é que os interessados deverão apresentar suas propostas, obedecendo, tanto na forma quanto no conteúdo, às especificações do órgão que promove a licitação. Em tema de proposta nada se pode oferecer, considerar, aceitar ou exigir além ou aquém do edital ou do convite. Justifica-se esse rigor para manter-se igualdade entre todos os licitantes na formulação e apreciação de suas ofertas. Tudo o que for ofertado além do pedido ou permitido no edital é de ser considerado não escrito, desde que***

---

<sup>38</sup> Comentários ao RDC (Lei nº 12.462/11 e Decreto 7.581/11.). São Paulo: Dialética, 2013, página 193.

*possa ser eliminado da proposta sem desnaturá-la; **o que faltar na proposta conduzirá à sua desclassificação.***<sup>39</sup>

Nesse ponto é fundamental frisar que a seleção da menor proposta jamais autorizaria a transgressão das normas editalícias, consoante o claro e percuciente posicionamento de Marçal Justen Filho sobre a questão:

*“Em termos amplos, a objetividade significa imparcialidade mais finalidade. O julgamento objetivo exclui a parcialidade (tomada de posição segundo o ponto de vista de uma parte). Mas isso é insuficiente. Além da imparcialidade, o julgamento tem de ser formulado à luz do interesse público. **O interesse público não autoriza, contudo, ignorarem-se as disposições norteadoras do ato convocatório e da Lei. Não se admite que, a pretexto de selecionar a melhor proposta, sejam amesquinhasdas as garantias e os interesses dos licitantes e ignorado o disposto no ato convocatório.**”*

(Comentários..., pg. 413)

A seleção da proposta de mais vantajosa jamais poderia justificar a inobservância do princípio do julgamento objetivo, mesmo nos casos envolvendo contratação integrada.

Ao contrário do que muitos imaginam o fato de o licitante possuir maior autonomia na execução contratual no regime de contratação integrada, não significa que procedimento de seleção de propostas não deva seguir os parâmetros previamente definidos no instrumento convocatório.

De modo a comprovar isso, importante assentar o disposto pelo artigo 20 da Lei 12.462/2011:

*“Art. 20. No julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, **mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório.**”*

---

<sup>39</sup> Licitação e Contrato Administrativo 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, página 130

*§ 1º O critério de julgamento a que se refere o caput deste artigo será utilizado quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela administração pública, e destinar-se-á exclusivamente a objetos:*

*I - de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou*

*II - que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução.*

*§ 2º É permitida a atribuição de fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70% (setenta por cento).”*

A análise das propostas deverá ocorrer por intermédio de ato motivado que contemple verificação objetiva do atendimento dos parâmetros previamente estabelecidos no instrumento convocatório.

Tal preceito também é aplicável na hipótese do anteprojeto de engenharia admitir a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, nos termos do artigo 9º, §3º da Lei nº 12.462.

Empregando as palavras de Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer, “*A aferição da viabilidade econômica das propostas com metodologias diversas dependerá do exame específico tanto das diversas técnicas propostas pelos licitantes quanto dos custos distintos envolvidos em cada proposta*”.

No entanto, ao atribuir ao particular possibilidade para conceber soluções, a Administração transfere ao particular os riscos, razão pela qual o edital deverá conter exigências mais detalhadas sobre essas questões.

Portanto, existindo alguma dúvida acerca da viabilidade do projeto apresentado, deve Administração diligenciar para obter maiores informações para aferição da exequibilidade da proposta. De modo diverso, cabe ao particular demonstrar a viabilidade e exequibilidade da sua proposta.

Além da obrigatoriedade do estabelecimento de parâmetros claros e objetivos, deve o instrumento convocatório contar a estimativa de custos do empreendimento, que por sua vez, deverá ser estimado com base nos valores praticados pelo mercado ou pagos pela Administração Pública em obras similares, contando, inclusive com a possibilidade do Poder Público orçar o custo total do empreendimento através de orçamento sintético ou metodologia expedida ou paramétrica.

Outrossim, registra-se que aquelas propostas que forem inexequíveis ou estiverem acima do valor inicialmente orçado/previsto pela Administração Pública será automaticamente desclassificada do certame, conforme o disposto pelo artigo 24, inciso III da Lei que instituiu o RDC:

*“Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:*  
*I - contem vícios insanáveis;*  
*II - não obedecem 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; (...)**”

O atendimento a todos esses mandamentos é de extrema importância, sobretudo porque o particular precisa ter segurança acerca dos riscos envolvidos na contratação para formulação de uma proposta adequada.

Se por um lado o particular possui mais autonomia na execução do contrato, por outro o risco do negócio é ampliado, fator esse que certamente irá refletir no preço a ser ofertado pelo particular, sobretudo a natureza da contratação integrada envolve uma alocação de riscos diferenciada.

Apesar dessa peculiaridade, aplica-se a contratação integrada toda regra prevista acerca da intangibilidade da equação econômico-financeira, já que decorre de mandamento constitucional. O tema será mais bem abordado no tópico relativo às alterações contratuais.

Na sequência será abordada a legalidade da adoção da taxa de risco no regime de contratação integrada.

### 3.6. TAXE RISCO NA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Tal como nas PPPs, há aplicação da REGRA MATRIZ DE RISCOS aos contratos celebrados sobre a égide do regime de contratação integrada, contudo tal previsão foi instituída pelo Decreto 8.080/2013.

Mais uma vez o Poder Executivo fez as vezes do Poder Legislativo e criou a chamada taxa de risco no regime de contratação integrada por intermédio do Decreto 8.080/2013. Veja:

*“Art. 75. O orçamento e o preço total para a contratação serão estimados com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em contratações similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.*

**§ 1º Na elaboração do orçamento estimado na forma prevista no caput, poderá ser considerada taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, devendo a referida taxa ser motivada de acordo com metodologia definida em ato do Ministério supervisor ou da entidade contratante. (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)**

*§ 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)”*

É indiscutível o seu benefício da inserção da taxa de risco no regime de contratação integrada, uma vez que neste tipo de contratação o particular assume grandes riscos na execução do empreendimento, ao alocar de forma específica os riscos, o particular pode ofertar uma proposta ajustada aos riscos que está assumindo.

Apesar disso, sua previsão deveria constar em Lei, na medida em que o poder regulamentar da Administração é limitado pelos próprios limites da

lei, uma vez que não poderá inovar no ordenamento jurídico, somente podendo expedir norma para a fiel execução de lei, a teor do art. 84, IV, da CF.

Jamais poderão ser veiculadas por Decreto obrigações, penalidades, deveres, uma vez que somente por lei poderão ser limitadas a liberdade e a propriedade.

Consoante precisa lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

*“É, pois, livre de qualquer dúvida ou entredúvida que os precitados dispositivos constitucionais brasileiros (arts. 5º, II, 84, IV, e 37) consagram, com luminosa explicitude, esta genérica proteção – a que aludem os doutrinadores referidos - contra eventuais pretensões do Executivo de disciplinar, ele próprio e segundo seus próprios critérios, a liberdade, e a propriedade dos administrados, mediante imposição de obrigações de fazer ou não fazer radicadas meramente em regulamentos.*

*Em suma: só por lei se regulam liberdade e a propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos. (...)*

*Segue-se que os regulamentos não podem aportar à ordem jurídica direito ou obrigação que já não estejam, na lei, previamente caracterizados e de modo suficiente, isto é, nela delineados, ao menos pela indicação dos critérios e balizamentos indispensáveis para o reconhecimento de suas composturas básicas”<sup>40</sup>.*

Importante asseverar que a delegação de matérias para que sejam regulamentadas pelo Executivo é limitada pelos preceitos constitucionais, ou seja, nem todos os temas poderão ser deixados, pela lei, para a disciplina do regulamento, por constituírem reserva de lei, ou seja, somente ato do legislador poderá disciplinar matérias como liberdade e propriedade.

---

<sup>40</sup> Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro, in Grandes Temas de Direito Administrativo, Malheiros, 2009, p. 258-259.

A finalidade do decreto é a de explicitar e dar concreção ao texto da lei, jamais podendo inová-la.<sup>41</sup> Não é admitido no direito pátrio a inovação da ordem jurídica por meio de decretos editados pelo Poder Executivo. Por força do princípio da legalidade (art. 5º, II da Constituição Federal), apenas a lei tem o condão de criar, alterar ou suprimir direitos ou obrigações. O regulamento tem papel subordinado à lei e serve apenas para facilitar sua regular aplicação.

Calha, a esse respeito, o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

*“Com efeito, os dispositivos constitucionais caracterizadores do princípio da legalidade no Brasil impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei.”<sup>42</sup>*

Apesar dessa impropriedade, o instituto é aplicado pela Administração Pública. E, em razão de seu emprego (apesar da ausência de previsão legal), de rigor sua análise. A propósito, convém anotar que há orientação expressa do Tribunal de Contas da União no sentido de que quando adotado o regime de contratação integrada, deve a Administração Pública inserir a taxa de risco, nos seguintes termos:

*“Auditoria avaliou a licitação para restauração e duplicação da BR-163/364/MT (Edital RDC Presencial 608/2012-00), promovida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), que tinha por objeto a “contratação integrada de empresa para elaborar projeto básico e projeto executivo de engenharia, além da execução das obras ...”. A licitação restara fracassada, contudo o relator ressaltou que algumas questões apontadas pela equipe de auditoria “não indicam desconformidade direta com a lei, mas revelam preocupação com a segurança da Administração Pública para o bom resultado da execução contratual e, conseqüentemente, da obra pretendida”. Em seguida apresentou considerações acerca dos riscos inerentes ao modelo: “... na contratação integrada, a executora da obra é a própria responsável pela elaboração do projeto básico, que, no regime comum da Lei nº*

---

<sup>42</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – op., - pág. 317

8.666/1993, competia à própria Administração ou a uma empresa projetista. No novo modelo, a executora parte apenas de um anteprojeto, que orienta a disputa licitatória.

Por outro lado, outra diferença importante na contratação integrada do RDC está na vedação de aditivos contratuais, a não ser em duas hipóteses, previstas no art. 9º, § 4º, da Lei nº 12.462/2011: para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando quebrado por caso fortuito ou força maior; e para ajuste técnico do projeto ou das especificações, desde que por interesse da Administração e que não decorra de erros ou omissões atribuíveis à contratada. A responsabilidade da executora pelo projeto básico conjugada com a proibição de aditivo contratual para correção de erro na elaboração desse instrumento impõe à contratada a assunção dos riscos financeiros adicionais que eventualmente surgirem para a conclusão da obra conforme os padrões de qualidade". Ressaltou, então, a importância da matriz de riscos, "a ser integrada ao edital e ao contrato, definindo o mais claro possível a responsabilidade pelos riscos inerentes à execução do projeto". **O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu, em relação a essa questão, recomendar ao DNIT que "preveja, nos empreendimentos a serem licitados mediante o regime de contratação integrada ...uma 'matriz de riscos' no instrumento convocatório e na minuta contratual, de forma a tornar o certame mais transparente, fortalecendo, principalmente, a isonomia da licitação ... e a segurança jurídica do contrato...".** (Acórdão 1465/2013-Plenário, TC 045.461/2012-0, relator Ministro José Múcio Monteiro, 12.6.2013.)

É indiscutível que previsão de uma matriz de risco no instrumento convocatório e na minuta contratual confere maior segurança jurídica do contrato. Logo, é fundamental que os todos os tipos de riscos associados ao empreendimento sejam elencados e analisados.

Por óbvio o emprego da teoria da imprevisão, disposta na Lei 8.666/1993, mostra-se um instrumento ineficiente para regulamentar o grande espectro de riscos em obras de infraestrutura. E, portanto, não é instrumento hábil que dê suporte adequado ao regime de contratação integrada.

Por fim, conclui-se que, apesar do decreto editado pela União ter inovado quando ao emprego da taxa de riscos no regime de contratação

integrada, sua utilização é recomendável, sobretudo porque haverá dispositivos contratuais mais ajustados ao grau de dificuldade do empreendimento.

## 4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 4.1 PECULIARIDADES CONTRATUAIS NO ÂMBITO DO REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA.

Conforme já delineado em tópico próprio, o Regime de Contratação Diferenciada veicula tanto normas especiais, quanto normas gerais. Em relação aos contratos administrativos há dispositivo expresso nesse sentido, *in verbis*:

*“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.”*

Como se denota, os contratos administrativos derivados do Regime de Contratação Diferenciada serão regidos pelas normas da Lei 8.666/1993, exceto naqueles casos em que há previsão específica. Portanto, através do princípio da especialidade serão aferidos os artigos que da Lei 8.666/1993 que incidirão sobre a RDC.

Pois bem. Em relação a contratação integrada, dispões o artigo 9º, § 4º, da Lei 12.462/11, *in verbis*:

*“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: [\(Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014\)](#)  
(...)”*

*§ 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](#). (...)”*

Para melhor didática, importante anotar o as hipóteses de alteração dos contratos administrativas que são disciplinadas pelo artigo 65 da Lei de Licitações, que possui a seguinte redação:

**“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:**

**I - unilateralmente pela Administração:**

**a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;**

*b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*

**II - por acordo das partes:**

*a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;*

*b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;*

*c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;*

*d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))*

*§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.*

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

I - (VETADO) [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (VETADO)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.”

De plano, importante anotar que permanece a ideia de relativa flexibilidade, consagrada no *ius variandi* da Administração, regulado pelo artigo 65, da Lei 8666/93, sobretudo porque também há previsão em sentido idêntico na Lei 12.462/11.

Portanto, permanece a clara lição do ilustre Professor HELY LOPES MEIRELLES, *in verbis*: “Enquanto nas avenças de Direito Privado domina a regra de que o contrato é *Lex inter partes*, sujeito ao princípio *pacta sunt servanda*, nos **ajustes de Direito Público prevalece em favor da**

**Administração o jus variandi, que autoriza a modificação unilateral do contrato sempre que o interesse público exigir.** <sup>43</sup>

Considerando que contrato administrativo só pode ser alterado nas hipóteses previstas em Lei, uma vez que a atividade administrativa é infralegal e, conforme clássica lição de MIGUEL SEABRA FAGUNDES, “*administrar é aplicar a lei de ofício*”, as de alteração do contrato administrativo no âmbito do regime de contratação integrada poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: **(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.

Como se denota, as hipóteses de alteração contratual são extremamente restritivas no regime de contratação integrada. Apesar disso, não há como negar a aplicabilidade do disposto pelo artigo 37, inciso XXI, que assegura aos contratados a manutenção ao equilíbrio-econômico financeiro, de modo que está garantida a relação original entre encargos e vantagens. Permanece a ideia de intangibilidade da equação econômica- financeira.

Consoante mencionado já no presente trabalho, quando adotado o regime de contratação integrada o particular assume riscos maiores, no entanto, isso significa que a Administração Pública está desonerada de indenizar o particular somente daqueles fatos previsíveis ou de efeitos calculáveis. Daqueles riscos ordinários do empreendimento. Já relação aos riscos extraordinários, terá o particular o direito a indenização, por força artigo 39 da Lei nº 12.462, que por sua vez, aplica o disposto pelo artigo 65 da Lei 8666/93 ao regime em tela.

Apesar disso, há possibilidade da adoção diversa de risco, como por exemplo, o estabelecimento de uma taxa de risco.

---

<sup>43</sup> Licitação e Contrato Administrativo 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, página 191.

No regime de contratação integrada o particular irá assumir aqueles riscos decorrentes de suas próprias escolhas. Ora, não cabe ao particular assumir riscos decorrentes das escolhas da Administração Pública.

Afora dessa hipótese, caberá revisão naqueles casos em que houver alteração unilateral do contrato administrativo por determinação do Poder Público, nos limites estabelecidos pela RDC.

Estaria a Administração Pública desonerada de indenizar o particular somente naqueles casos decorrentes de erros ou omissões do particular.

O regime de contratação integrada estabelecido pela Lei 12.462/2011 é novo, fator esse que permite uma evolução e ajustes do tema para correção de algumas imprecisões técnicas do texto legal, para fixação de entendimento geral que confira maior segurança jurídica aos contratados e contratantes.

## TOMO III

### 5. CONCLUSÃO

Como fecho do presente trabalho, convém efetuar um juízo geral sobre o regime de contratação integrada. O novo diploma legal de licitações regido pela Lei 12.462/11 foi impulsionado pelos dois grandes eventos mundiais que o Brasil assumiu o compromisso de sediar. Inicialmente, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas destinava-se somente a obras relacionadas a esses eventos. Posteriormente o escopo foi ampliado.

O regime da contratação integrada foi a principal inovação trazida pela Lei 12.462/2011, cuja previsão legal está consignada no art. 9º, § 1º. Cuida-se de um modelo contratação semelhante ao contrato de EPC/Turn Key, no qual, recai sobre o contratado, em regra, 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 do objeto.

Tal texto traz elementos que significam importante evolução no que se refere à formação e execução do contrato administrativo de empreitada, uma vez que rompe com três premissas fundamentais da Lei 8.666/93: (i) intensa desconfiança da inabilidade e desonestidade do administrador público, tornando a Lei em verdadeiro manual de procedimento a ser seguido *ipsis litteris* pelo ente licitante, seja qual for o tipo de obra/serviço a ser adquirido pela Administração; (ii) separação entre a administração e o particular contratado, possuindo aquela prerrogativas de Direito Público e este sujeições, possuindo muito mais deveres do que direitos, além de seus interesses serem sempre considerados diametralmente opostos aos do Poder Público; e (iii) regime jurídico único para todos os contratos administrativos firmados sob a égide de tal norma.

Apesar dos grandes benefícios que a contratação integrada pode gerar para Administração, sua adoção depende do atendimento de prévios

requisitos estabelecidos pela Lei. Logo, não se trata de um regime voltado a todo tipo de empreendimento.

O calcanhar de Aquiles do regime de contratação integrada, certamente recai sobre o grau de definição do anteprojeto de engenharia, sobretudo porque é a partir desse documento que os licitantes irão formular sua proposta. Portanto, deve esse documento conter o maior número possível de elementos para que o particular formule um preço ajustado ao empreendimento a ser desenvolvido. Deve conferir segurança ao particular. Caso contrário, o certame ficará restrito a um universo muito restrito de participantes.

Além desse ponto, outro problema deve ser mencionado, qual seja: a previsão do estabelecimento de uma taxa de risco através de decreto. A previsão da taxa de risco deveria constar em Lei, na medida em que o poder regulamentar da Administração é limitado pelos próprios limites da lei, uma vez que não poderá inovar no ordenamento jurídico, somente podendo expedir norma para a fiel execução de lei, a teor do art. 84, IV, da CF.

Apesar disso, o estabelecimento de uma taxa de risco é essencial para conferir maior segurança ao contratato, já que as hipóteses de revisão contratual são restritivas no regime da contratação integrada, sobretudo porque há uma assunção maior de riscos pelo particular no regime da contratação integrada.

Concluimos manifestando a convicção de que o regime de contratação integrada pode vir a se torna o modelo mais ajustado para execução de obras grandes de infraestrutura.

Entretanto, o instituto precisa evoluir, principalmente quanto a necessidade da elaboração de uma taxa de risco adequada para cada tipo de empreendimento, bem como o estabelecimento de regras objetivos em relação ao grau de detalhamento do anteprojeto, de modo evitar eventuais dirigismos e

conferir maior possibilidade de controle pelos órgãos competentes e sociedade civil.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**AFONSO DA SILVA, José.** Curso de direito constitucional positivo. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

**BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.** Curso de Direito Administrativo. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

**BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.** O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. Biblioteca Digital Revista Interesse Público, nº 66.

**BONAVIDES, Paulo.** Ciência Política. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

**BARROSO, Luís Roberto.** Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

**BORGES, Gabriela Lira.** Alocação de riscos na Contratação Integrada – Considerações sobre a matriz e a taxa de risco. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 240, p.164-168, fev.2014.

**CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.).** Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. Ed.rev., ampl. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

**CARRAZZA, Roque Antônio.** *Curso de Direito Constitucional Tributário.* 22ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

**DALLARI, Adilson Abreu.** *Aspectos Jurídicos da Licitação.* São Paulo: Saraiva. 7ª edição.

**DAL POZZO, Augusto Neves.** Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. Ed.rev., ampl. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

**DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.** Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

**DINIZ, Maria Helena.** Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

**FERRARA, Francesco.** Interpretação e aplicação das leis. 3 ed. Portugal: Armênio Amado – Editor Sucessor, 1978.

**FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio.** Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

**FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio.** *Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal*, Revisa da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nº 90.

**GRAU, Eros Roberto.** Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

**GUASTINI, Riccardo.** Das fontes às normas. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

**JUSTEN FILHO, Marçal.** Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

**JUSTEN FILHO, Marçal.** Comentários ao RDC (Lei nº 12.462/11 e Decreto 7.581/11.). São Paulo: Dialética, 2013.

**JUSTEN FILHO, Marçal;** PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

**MARTINS, Ricardo Marcondes.** As normas gerais de direito urbanístico. RERE (Salvador), v. 20, p. 01-16, 2010.

**MEIRELLES, Hely Lopes.** Direito Administrativo Brasileiro. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

**MEIRELLES, Hely Lopes.** Licitação e Contrato Administrativo 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

**MOREIRA, Egon Bockmann; Guimarães, Fernando Vernalha.** *Licitação pública* – A Lei Geral de Licitação/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

**MOREIRA, Egon Bockmann; Guimarães, Fernando Vernalha.** Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p.81124, mar./ago.2012.

**MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo.** A competência legislativa e executiva do município em matéria ambiental – a nova organização federal e as atribuições do município na proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, Revista de Informação Legislativa, 111, ano 28, julho/setembro 1991.

**MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira.** RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

**RIBEIRO, Mauricio Portugal.** Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas / Maurício Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado, Mario Engler Pinto Júnior. – São Paulo: Atlas, 2012.

**RIGOLIN, Ivan Barbosa.** RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas. São Paulo: NDJ, 2011.

**ROSILHO, André.** Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013b.

**VERNALHA GUIMARÃES, Fernando.** Alteração Unilateral do Contrato Administrativo - Exegese de dispositivos da Lei 8.666/93, Revista dos Tribunais | vol. 814 | p. 83 | Ago / 2003 - Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 1299 | Jun / 2011 | DTR\2003\696.

**ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro.** Regime Diferenciado de Contratação – RDC. Belo Horizonte: Fórum, 2013.