

A CONTRATAÇÃO INTEGRADA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Liana Mara Vanin Kuklik Michielin

Consultora jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná, especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional e pós-graduada pela Escola do Ministério Público do Paraná (Fempar).

RESUMO

A nova lei de licitações ampliou o rol dos regimes de execução a serem utilizados nas contratações públicas de obras e serviços de engenharia, trazendo expressamente a possibilidade do uso da contratação integrada, já prevista em outros diplomas legislativos. O presente artigo buscou, primeiramente, conceituar, de forma objetiva, os diferentes regimes de execução de obras e serviços de engenharia previstos na recém-publicada Lei nº 14.133/2021. Em seguida, foi realizada uma breve análise acerca dos contratos com preponderância de obrigações de meio e de resultado, a fim de introduzir as primeiras noções sobre o regime de contratação integrada. A partir daí, buscou-se conceituar e definir os novos parâmetros fixados pela Lei nº 14.133/2021 para sua utilização, haja vista a ausência de previsão expressa dos requisitos previstos na legislação antecedente. Pretendeu-se, também, abordar as principais características do regime de contratação integrada, como a questão da restrição a alterações contratuais, obrigatoriedade da elaboração de matriz de riscos, definição do preço de referência, além das vantagens e desvantagens na adoção do regime. Por fim, considerando o pouco tempo de vigência da nova lei de licitações e a inexistência de jurisprudência sobre a possibilidade de ampliação do uso da contratação integrada e sobre quais requisitos serão efetivamente exigidos, concluiu-se que sua eventual adoção deve ser justificada, em termos técnicos e econômicos, de forma a ficar comprovada sua real eficácia e vantajosidade frente aos demais regimes previstos em lei.

Palavras-chave: Contrato administrativo. Obras e serviços de engenharia. Nova lei de licitações. Regimes de execução. Contratação integrada. Regime jurídico.

ABSTRACT

The new bidding law expanded the list of execution regimes to be used in public contracting of engineering works and services, expressly bringing the possibility of using integrated contracting, already provided for in other

legislation. The present article sought, first, to conceptualize, in an objective way, the different regimes for the execution of engineering works and services provided for in the recently published Law nº 14.133/2021. Then, a brief analysis was carried out on contracts with a preponderance of means and results obligations, in order to introduce the first notions about the integrated contracting regime. From there, we sought to conceptualize and define the new parameters set by Law No. 14.133/2021 for their use, given the absence of express provision for the requirements provided for in the preceding legislation. It was also intended to address the main characteristics of the integrated contracting regime, such as the issue of restriction to contractual changes, mandatory risk matrix elaboration, definition of the reference price, in addition to the advantages and disadvantages of adopting the regime. Finally, considering the short duration of the new bidding law and the lack of jurisprudence on the possibility of expanding the use of integrated contracting and on what requirements will actually be required, it was concluded that its eventual adoption must be justified, in technical and economic terms, in order to prove its real effectiveness and advantage over other regimes provided for by law.

Keywords: Administrative contract. Engineering works and services. New bidding law. Enforcement regimes. Integrated contracting. Legal regime.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conceituando-se de forma simples e objetiva, o regime de execução de uma contratação pública diz respeito à forma como determinado objeto contratual será executado. A execução direta se dá quando o próprio ente administrativo desenvolve e executa o objeto pretendido, e a indireta, quando o desempenho dessas atividades é transferido a um terceiro.

A nova lei de licitações, promulgada no dia 1º de abril de 2021 sob nº 14.133¹, inovou no que tange aos regimes de execução indireta previstos para a execução de obras e serviços de engenharia. Além dos quatro tradicionais já existentes na Lei nº 8.666/1993 (empreitada por preço global, empreitada por

¹ Este artigo foi escrito nos meses de setembro e outubro de 2021. Desde a publicação da Lei nº 14.133, em 1º de abril de 2021, outros estudos doutrinários se realizaram, bem como teve início a construção de uma nova jurisprudência sobre o assunto. As análises e conclusões expostas aqui, portanto, respeitam os limites desse marco temporal.

preço unitário, empreitada integral e contratação por tarefa), o novo diploma recepcionou os regimes da contratação integrada e semi-integrada, previstos originariamente no Regime Diferenciado de Contratação (RDC), possibilitando também a opção pelo fornecimento e prestação de serviço associado, inédito no ordenamento jurídico brasileiro.

Os regimes de execução se distinguem, basicamente, em relação aos critérios para remuneração das obrigações assumidas pelo contratado, bem como a obrigações, responsabilidades e riscos assumidos pelas partes. A tarefa é o regime de contratação para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem o fornecimento de materiais. O regime de fornecimento de prestação de serviço associado é aquele em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado. Diferencia-se da empreitada integral, pois, além da execução completa do objeto em condições de entrada em operação, compete ao contratado também operar e manter a obra por tempo determinado.

No regime de contratação integrada, que será objeto do presente estudo, o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e demais operações necessárias para a entrega final do objeto. Da mesma forma ocorre na contratação semi-integrada, com a diferença de que, nesse caso, o projeto básico será elaborado pela administração.

Na empreitada por preço unitário, contrata-se a obra ou o serviço por preço certo de unidades determinadas. A remuneração do contratado corresponde de maneira exata ao serviço prestado, uma vez que a medição é realizada mediante a multiplicação das quantidades efetivamente executadas pelos seus respectivos preços unitários ofertados na licitação. Já na empreitada por preço global, o objeto é contratado por um preço certo, e os serviços executados são medidos de acordo com as etapas previamente definidas no cronograma físico financeiro da obra, podendo não corresponder, fielmente, ao que foi efetivamente executado.

De acordo com o § 9º do artigo 46 da Lei nº 13.144/2021, a empreitada por preço global, a empreitada integral, a contra-

tação por tarefa, a contratação integrada e a contratação semi-integrada são regimes de execução a serem licitados por preço global, ou seja, configuram um subtipo da empreitada por preço global. A diferença entre eles vai residir basicamente na forma como as obrigações e os riscos pela execução do objeto serão distribuídos no contrato.

2. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Em regra, nos contratos administrativos preponderam as obrigações de meio, em que a administração pública determina não apenas o objeto a ser executado e o resultado a ser obtido, como também define a forma como ele deverá ser executado. Tal conclusão se infere da regra estabelecida na Lei nº 8.666/1993 (§ 2º do artigo 7º) e na nova Lei nº 14.133/2021 (§§ 1º e 2º do artigo 46), que veda a licitação de obras e serviços de engenharia sem os respectivos projetos básico e executivo, exceto nos casos da contratação integrada e semi-integrada.

Nas contratações com obrigações de meio, a administração define prévia e exaustivamente todos os termos, elementos, condições e métodos para a execução completa do objeto. Cabe ao particular executar fielmente as atividades predeterminadas pela parte contratante, não tendo autonomia para realizar escolhas ou implementar soluções diversas. Nesse caso, menores são as responsabilidades e os riscos assumidos pelo contratado, uma vez que, caso tenha cumprido todas as determinações postas pela administração e o objeto não atenda ao esperado, não poderá ser responsabilizado. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a pactuação de obrigações de meio assegura uma remuneração mais reduzida para o particular. A redução dos riscos e a assunção, pela administração, dos encargos atinentes à determinação das atividades necessárias à obtenção do resultado satisfatório permitem obter um contrato por valores reduzidos”. Isso porque “a administração determina todas as etapas e todas as soluções, assumindo os riscos de resultados inadequados. Como decorrência, elimina-se a necessidade de

transferir para o particular uma remuneração correspondente a riscos previsíveis ou de consequências calculáveis. Pode ser obtido, desse modo, o preço mais reduzido possível” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 586 e 588).

Por outro lado, nos contratos onde predominam as obrigações de resultado, como é o caso da contratação integrada, não há a definição prévia e exaustiva da forma como o objeto deve ser executado, mas apenas do resultado pretendido a partir da atuação do contratado. O objeto será determinado a partir de um anteprojeto, onde serão fixados parâmetros qualitativos e quantitativos e a partir do qual o contratado terá condições de projetar e definir a forma como atingirá o resultado.

Nos contratos com obrigações de resultado, “a contratada se prevalecerá de sua expertise para escolher os melhores meios, a melhor tecnologia e/ou metodologia, os materiais mais condizentes, o sistema ideal, tudo para atingir o resultado previsto no anteprojeto de engenharia e que deverá ser cobrado pela administração” (BONATTO, 2020). Tal autonomia implica uma maior assunção de riscos e, conseqüentemente, preços mais elevados, pois, ao assumir a responsabilidade pela definição e escolha das soluções, eventual erro ou inadequação do objeto será imputado ao contratado. Em contrapartida, essa forma de contratação permite maior eficiência, e poderá trazer melhores soluções, expertises e inovações ao contrato.

3. DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

3.1. Conceitos e requisitos

A contratação integrada, novidade na Lei nº 14.133/2021, ganhou destaque na legislação brasileira a partir de sua implementação na Lei do RDC (Lei nº 12.462/2011) e, posteriormente, quando introduzida na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016). Seu cabimento, nesses diplomas, restringe-se a obras e serviços de engenharia que envolvam, ao menos, uma das seguintes condi-

ções: inovação tecnológica, implementação de diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.

Tais características não estão expressamente previstas na Lei nº 14.133/2021. Nos termos definidos pelo legislador, no artigo 6º, inciso XXXII, a contratação integrada é o regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Enquanto no modelo tradicional a administração estabelece detalhadamente o que deseja, através do projeto básico, especificando todas as características técnicas necessárias à execução da obra, na contratação integrada é o construtor quem assume a responsabilidade por conceber as soluções necessárias à obtenção do resultado. Trata-se, portanto, de contratação com obrigação de resultado. Nesse contexto, Hamilton Bonatto afirma:

À administração cabe conhecer que resultados o mercado tem condições de oferecer e chegar, [mas] não cabe a ela saber chegar a esses resultados. Conhece o porto a que deseja chegar, mas não prediz como se deve navegar para atingi-lo. A administração não é detentora dessa experiência, por isso busca a potencial capacidade inventiva do mercado e transfere à contratada a elaboração do projeto básico e executivo. Navegar é preciso, mas quem conhece os meios para se atingir essa precisão é o mercado (BONATTO, 2020, p.30-33).

Na contratação integrada, a administração indica o objetivo a ser alcançado, confiando ao contratado a escolha do melhor caminho. Não trouxe a lei requisitos expressos para a utilização da contratação integrada. Em razão do veto² ao § 7º do artigo

2 Nas razões do veto presidencial, adotaram-se as seguintes justificativas: ‘Entretanto, em que pese o mérito da proposta, a medida contraria o interesse público na medida em que restringe a utilização dos regimes de contratação integrada e semi-integrada para obras, serviços e fornecimentos de pequeno valor, em prejuízo à eficiência na administração, além do potencial aumento de custos na realização de posteriores aditivos contratuais. Outrossim, considerando o conceito estabelecido no artigo 6º, incisos XXXII e XXXIII, do projeto de lei, para os regimes de execução em questão vê-se o risco de

46, que restringia o uso da contratação integrada para obras e serviços de valor superior a 10 milhões de reais, a única condição trazida pela nova lei foi a elaboração, pela administração, de um anteprojeto pelo órgão contratante, observados os requisitos estabelecidos no inciso XXIV do artigo 6º, a fim de definir os padrões mínimos para a contratação, entre os quais: condições de solidez, segurança e durabilidade do empreendimento, prazo de entrega, estética do projeto arquitetônico, impacto ambiental e de acessibilidade, memorial descritivo dos elementos da edificação, componentes construtivos e materiais de construção, etc. Para Ronny Charles Lopes Torres, o presidente da República acertou ao vetar referido dispositivo:

A experiência da adoção da contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/2011) e contratação semi-integrada na lei das estatais (Lei nº 13.303/2006) é positiva. Apresentam-se como interessantes opções (ferramentas) quando a obra ou o serviço de engenharia envolve natureza predominantemente intelectual, inovação tecnológica ou pode ser executada com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado (TORRES, 2021, p. 252).

Na visão de Joel de Menezes Niebuhr, condicionar a utilização desse regime a um critério pecuniário não parece fazer muito sentido, dado que a maior dificuldade na elaboração dos projetos básicos está justamente nas obras de menor vulto, nos municípios menores e nos órgãos menos estruturados (NIEBUHR, 2021, p.120).

Considerando o pouco tempo desde a entrada em vigor da nova lei de licitações, ainda não há consenso acerca da necessidade do preenchimento dos requisitos originalmente previstos na Lei do RDC e na lei das estatais (inovação tecnológica, implementação de diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado). O veto presidencial ao § 7º do ar-

que tecnologias diferenciadas fiquem impossibilitadas de ser internalizadas em obras de médio e menor porte, tais como: obras de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, no âmbito da segurança pública, melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, SUS e PAC. Por fim, tem-se que o dispositivo impacta negativamente em diversas políticas públicas sociais que hoje utilizam a contratação integrada como meio mais efetivo para a realização dos fins traçados no planejamento estatal.

tigo 46 e a ausência de requisitos específicos expressos permite discussão acerca da possibilidade de ampliação da contratação integrada para toda e qualquer obra de engenharia.

Em verdade, a própria natureza de tal regime (de obrigação de resultado) acaba por implicar na necessidade de internalização de novas tecnologias ou metodologias, já que se busca, com ele, ampliar a qualidade do resultado a ser obtido com a contratação. Em artigo publicado na Revista Zênite ILC - Informativo de Licitações e Contratos, Paulo Sergio de Monteiro Reis afirma:

Uma característica diferenciadora desse regime é que a licitação é feita a partir de um anteprojeto de engenharia, e não de um projeto básico, como ocorre em todos os demais casos. Isso decorre do fato de, sendo possibilitado ao licitante oferecer inovações técnicas, tecnológicas ou metodológicas, não teria sentido realizar a licitação com uma definição completa, como ocorre com o projeto básico. A elaboração deste será, então, tarefa obrigatória do contratado, a ser realizada antes do início da execução da obra (REIS, 2018, p. 1104-1118).

Para Hamilton Bonatto, muito embora a Lei nº 14.133/2021 não traga claramente os requisitos previstos na lei do RDC, prevalece a necessidade da qualidade do resultado, com a solução a ser dada pelo contratado. Segundo ele, dificilmente se chegará a um resultado diferente do costumeiro, e melhor que este, se não houver a internalização de tecnologias por meio de técnicas ou metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado (BONATTO, 2021, p 58). No entendimento de Marçal Justen Filho, o laconismo da Lei nº 14.133/2021 quanto aos requisitos para o uso da contratação integrada não autoriza uma interpretação simplista. Como tal regime acaba por transferir maior grau de responsabilidade ao contratado, elevando, conseqüentemente, a remuneração devida, a administração deve justificar o ganho de eficiência na transferência do encargo da concepção das soluções ao contratado, ao invés de ela própria desenvolver um projeto satisfatório (JUSTEN FILHO, 2021, p. 607). Portanto, segundo o autor, a adoção da contratação integrada depende da verificação de características diferenciadas relativamente ao objeto contratual, que tornem economicamente mais eficiente a escolha de tal regime em comparação aos demais previstos na lei.

Em nota no Portal Zênite sobre esse novo regime previsto na nova lei de licitações, Rodrigo Vissotto Junkes, comenta:

A omissão da lei em definir hipóteses precisas para o cabimento da contratação integrada não fundamenta o entendimento de que ela poderá ser aplicada para toda e qualquer obra ou serviço de engenharia. Antes disso, ao considerar que sua tônica envolve a obrigação de o contratado desenvolver, a partir do anteprojeto de engenharia, todo o projeto básico e o executivo, assim como executar a integralidade do objeto, conduz à conclusão de que seu cabimento é restrito aos casos em que a complexidade técnica que encerra o objeto, marcada pela existência de diversas tecnologias distintas que podem ser aplicadas na sua concepção, ou, até mesmo, por envolver conhecimentos técnicos específicos e de conhecimento restrito, justifica a transferência de tais encargos ao contratado (JUNKES, 2021).

Seguem nessa mesma linha, os autores Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

Há situações em que a administração pública defronta-se com a necessidade de contratar a execução de obra ou serviço cujo delineamento pormenorizado não seja do domínio técnico suficiente da administração, mas o é de entidades empresariais atuantes no ramo do objeto da licitação. Daí conferir-se, nesse regime, margem maior de autonomia ao contratado para que este conceba soluções técnicas e/ou operacionais essenciais à satisfatória execução do objeto, desconhecidas da administração (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2018).

Vale destacar julgado recente do TCU acerca da adoção da contratação integrada pelo RDC, que poderá eventualmente orientar também o uso desse regime na nova lei de licitações, dada a fundamentação utilizada:

[...] A adoção da contratação integrada, de que trata a Lei nº 12.462/2011, sem a devida demonstração das vantagens técnicas e econômicas auferidas pela sua utilização, comparativamente aos outros regimes previstos na legislação, afronta o disposto no artigo 9º da Lei nº 12.462/2011 e na jurisprudência do TCU (Acórdão 10.829/2020. 1ª Câmara. Relator: ministro Walton Alencar Rodrigues).

Dessa forma, durante a fase preparatória da licitação, é importante que tais questões sejam enfrentadas e examinadas pelo setor técnico, a fim de que a escolha do regime de contratação integrada em detrimento do uso dos demais regimes seja

justificada de maneira satisfatória, em termos de vantajosidade técnica e econômica, competitividade, prazo, preço e qualidade.

A definição deve ser feita caso a caso, buscando-se sempre o regime mais adequado para cada contratação específica. Além disso, deve-se buscar com a contratação integrada maior eficiência nas contratações públicas, a implementação de inovações técnicas ou tecnológicas, novas metodologias e soluções e, principalmente, a atração da expertise do mercado ao setor público. Atendidos tais requisitos e, em se optando pela contratação integrada, caberá ao contratado, após elaborado o projeto básico, submetê-lo à aprovação da administração, em conjunto com os desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro, a qual avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento, mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.

3.2. Alterações contratuais na contratação integrada

Uma característica fundamental do regime de contratação integrada é a vedação à celebração de aditivos contratuais. Em regra, tendo em vista que na contratação integrada o contratado assume a responsabilidade pela concepção dos projetos e pela execução completa da obra, com todos os riscos inerentes ao negócio, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados.

Tal vedação decorre da maior autonomia dada ao contratado na definição das especificações técnicas atinentes ao objeto, uma vez que qualquer erro ou omissão decorrente do projeto básico ou executivo deverá ser por ele absorvido. O artigo 133 da Lei nº 14.133/2021 permite, excepcionalmente, a alteração dos valores contratuais somente nos seguintes casos: a) para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; b) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da admi-

nistração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no artigo 125 da Lei (25% do valor inicial atualizado do contrato para acréscimos e supressões; ou 50% para acréscimos nos contratos de reforma de equipamentos ou edifícios; e c) por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da administração.

Registre-se que as hipóteses de aditamento contratual na contratação integrada são taxativas, somente podendo ocorrer nos estritos termos estabelecidos pelo legislador. A alteração do contrato em tais hipóteses encontra respaldo no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que garante, nas contratações públicas, a igualdade de condições a todos os concorrentes, mantidas as condições efetivas da proposta. Isso implica a necessidade de preservação da relação inicial estabelecida entre as partes, entre encargo e remuneração durante toda a execução contratual.

Nos termos definidos pelo legislador, a recomposição da equação econômico-financeira do contrato no regime de contratação integrada somente cabe em situações supervenientes e excepcionais, não decorrentes dos riscos assumidos pelo particular, enquadrados como riscos do empreendimento, ou nos casos em que a própria administração impõe soluções ou altera o projeto em seu interesse, para atender de forma mais adequada aos objetivos da contratação, desde que essa alteração não decorra de erros ou omissões do contratado.

3.3. Obrigatoriedade de matriz de riscos

De acordo com o artigo 22, §§ 3º e 4º, da Lei nº 14.133/2021, quando adotado, pela administração, o regime de contratação integrada, o edital obrigatoriamente deverá contemplar matriz de alocação de riscos entre contratante e contratado. Nesse caso, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução do projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

O modelo básico de alocação de riscos nas contratações integradas foi disciplinado pelo artigo 103 da nova lei, e deverá ser seguido pela administração na fase preparatória do certame, quando da concepção do anteprojeto e da confecção da minuta contratual, que deverá conter cláusula específica e autônoma de matriz de riscos. Trata-se da consolidação, na nova lei de licitações, de uma tendência do direito administrativo de conferir maior segurança, equilíbrio e confiança aos contratos administrativos, a partir da definição dos riscos e responsabilidades entre as partes e do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação.

A matriz de riscos trouxe uma nova sistemática, dentro da lei de licitações, quanto às áleas extraordinárias. A ideia é que possam ser reduzidos os atritos entre o poder público e o particular por meio da previsão do máximo possível de eventos relativos à contratação, assim como do máximo possível das respectivas soluções, dentro do contrato, distribuindo-se equitativamente os riscos, com base em qual parte tenha maiores condições de gerenciá-los.

Os efeitos da previsão de cláusula de matriz de riscos são extremamente benéficos ao contrato, pois têm o condão de contornar situações de insegurança, gerando um cenário favorável para ambas as partes: a) ao ente particular, que terá maior garantia do retorno de seus investimentos em um ambiente economicamente equilibrado; e, ao mesmo tempo, b) à administração pública, que assegurará a continuidade da prestação de serviços públicos, de abastecimento e de desenvolvimento de projetos relevantes para o desenvolvimento nacional (CAMPOS, *et al*, 2021).

A distribuição objetiva de riscos na contratação integrada, de acordo com a capacidade de cada parte de precificá-los e gerenciá-los, constitui, a princípio, um fator inibidor de aditivos contratuais que visem à recomposição do valor contratado, além de contribuir para a redução do custo final do empreendimento. Contudo, há que ressaltar acerca da relação direta entre alocação de riscos e elevação dos custos. Quanto mais elevadas as responsabilidades atribuídas ao particular, tanto maior será sua remuneração. Portanto, ao optar pelo regime de contrata-

ção integrada, a administração deverá levar em conta essa elevação na precificação do contrato em decorrência dos maiores riscos assumidos pelo contratado, a qual deverá ser compensada pelas vantagens técnicas e de superação tecnológica oferecidas por tal modelo de execução.

3.4. Metodologia para definição do preço de referência na contratação integrada

A estimativa dos custos da contratação integrada é indispensável para se permitir a correta avaliação sobre a solução mais compatível com a economicidade em comparação com os demais regimes previstos na lei. A nova lei de licitações dispõe especificamente acerca da metodologia a ser utilizada para a definição do preço de referência das contratações integradas:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

[...]

§ 2º. No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

III - contratações similares feitas pela administração pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

[...]

§ 5º. No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado no sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.

§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo.

A ausência de projeto básico nas contratações integradas não autoriza a administração a deixar de projetar os custos do empreendimento, pois isso, segundo Marçal Justen Filho, violaria os postulados norteadores da atividade administrativa do Estado. Dessa forma, a estimativa dos custos envolvidos no contrato deve ser feita da forma mais realista possível, a fim de que possa ser identificada a real economicidade da solução e feita a devida avaliação sobre a existência de recursos orçamentários suficientes para a execução do objeto (JUSTEN FILHO, 2021, p 610).

Sobre a formação dos preços nas contratações integradas, o TCU assim decidiu:

Em um anteprojeto é natural de existam lacunas de dimensionamento de partes do empreendimento ainda não elaboradas e, dessa forma, são necessários procedimentos expeditos e paramétricos para o balizamento preliminar de custos. Diante dos elementos de que dispõe, cumpre a Administração realizar estimativas tão precisas quanto o anteprojeto permitir, máxime para que o julgamento dos preços ofertados na licitação tenha paradigma consistente de comparação (Acórdão 2.980/2015. Plenário. Relatora: ministra Ana Arraes).

3.5. Critério de julgamento

Embora a lei não tenha fixado um critério de julgamento específico para as licitações de obras e serviços de engenharia pelo regime de contratação integrada, o que mais se adequa ao referido regime é a técnica e preço. Nesse tipo de julgamento, além do preço, serão avaliadas também as soluções técnicas trazidas pelos licitantes, as quais serão pontuadas segundo critérios objetivos, pré-definidos no instrumento convocatório. Caberá à administração avaliar as vantagens técnicas das soluções constantes das propostas apresentadas, considerando os resultados obtidos e a relação custo-benefício, tendo em vista o custo geral do empreendimento, o prazo para conclusão e a facilidade de manutenção, entre outros fatores (JUSTEN FILHO, 2021, p. 613).

A comparação de diferentes propostas, contudo, pode trazer grande dificuldade à administração, já que não haverá uniformidade entre as soluções apresentadas pelos licitantes, podendo haver diferentes formas de se atender aos requisitos de performance estabelecidos no anteprojeto. Por isso a importância da definição dos critérios de seleção da proposta, a fim de dar condições à administração de bem discernir sobre a melhor escolha a ser feita. Na visão de Marçal Justen Filho, que defende a utilização da contratação integrada apenas para obras e serviços de engenharia de natureza complexa, a técnica e preço é o único critério de julgamento possível, de acordo com o que estabelece o artigo 36 § 1º, inciso IV, da Lei nº 14.133/2021 (JUSTEN FILHO, 2021, p. 611). Assim é o entendimento de Paulo Sérgio de Monteiro Reis:

Entendemos, porém, que, se vamos discutir no curso da licitação inovações técnicas e novas tecnologias e metodologias, a licitação deveria ser obrigatoriamente do tipo técnica e preço. Só assim teríamos efetivas condições de mensurar a importância dessas inovações, compatibilizando-as com o preço ofertado, de modo a obter, aí sim, a proposta mais vantajosa para a administração (REIS, 2018, p. 1104-1118).

De acordo com referido autor, a seleção da proposta pelo critério unicamente monetário pode levar à seguinte incongruência: o licitante pode oferecer em sua proposta novas técnicas

cas e metodologias inovadoras, mas só ganhará a licitação se conseguir ofertar o menor preço. “O importante é o preço, e não a inovação técnica e as vantagens que poderia trazer para a administração contratante”. Marcos Nóbrega, nessa mesma linha, entende que a opção pelo menor preço, sem levar em conta as soluções apresentadas, não costuma levar a uma competição mais adequada, nem a projetos mais orientados à performance:

Esse rol de incentivos acaba por gerar seleção adversa, expulsando as melhores empresas e chancelando empresas que ofertam seus preços muitas vezes abaixo dos seus custos. Assim, fazem com a esperança de rapidamente conseguir um favorável aditivo contratual e a recomposição de suas margens de lucro (NOBREGA, 2015, p. 109-128).

A própria natureza da contratação integrada parece impedir que a seleção da proposta leve em conta o critério único do menor preço, pois o que se pretende com esse tipo de regime é justamente a escolha da melhor solução, daquela que traga as melhores e mais inovadoras técnicas ou metodologias, considerando os resultados obtidos e, conseqüentemente, a relação custo-benefício.

4. VANTAGENS NA UTILIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Parte da doutrina parece mostrar entusiasmo com a inovação trazida pela Lei nº 14.133/2021 a partir da previsão dos regimes de contratação integrada e semi-integrada para a licitação de obras e serviços de engenharia. Ronny Charles Lopes de Torres celebra a quebra de paradigma dos regimes de execução tradicionais da Lei nº 8.666/1993, que impõe a assunção de riscos pelo órgão público. Segundo ele, a ideia fundamental da contratação integrada é reduzir as falhas nos projetos básicos e executivos (evitando-se a celebração de termos aditivos ou algum tipo de compensação financeira), combater o planejamento falho ou incompleto das contratações públicas, resultante de projetos básicos mal elaborados, além de servir a uma alocação

de riscos do planejamento deficiente e oportunizar a absorção de expertise do mercado (TORRES, 2021, p. 249). Além disso, tal regime permite maior integração entre o projeto e a execução da obra, concentração da responsabilidade em um único contratado e maior previsibilidade do orçamento da obra.

Grande entusiasta do regime, Hamilton Bonatto defende que a contratação integrada permite a inovação, a internalização de novas tecnologias na administração pública, sistemas construtivos mais eficientes, materiais sustentáveis e metodologias diversas das convencionais, trazendo resultados mais satisfatórios do que os que têm sido vistos, além da conclusão de obras em tempo absurdamente menor, com menor emissão de CO₂, menor produção de resíduos, entre outras vantagens (BONATTO, 2021). Segundo ele, o regime cria incentivos para que o empreendimento seja mais eficiente, mitigando os riscos da relação agente-principal, abundantes nos regimes tradicionais da Lei nº 8.666/1993, em que falhas no projeto básico induzem o contratado (agente), que tem preferências próprias, a comportamentos que se desviam do objetivo maior definido pela administração pública (principal), que é a conclusão do empreendimento.

Outra vantagem é o ganho de agilidade e tempo, visto que em um único contrato seriam elaborados os projetos básico e executivo, com a entrega total da obra.

A combinação de projeto e execução em um único contrato, já usual em diversos países no sistema chamado *design-building*, pretende, a partir de melhores projetos básico e executivo, a importação da expertise do mercado da engenharia e da arquitetura pela administração pública e a internalização de novas tecnologias, com metodologias diferenciadas e sistemas construtivos inovadores (BONATTO, 2021).

O professor Marcos Nóbrega traz como principais benefícios da contratação integrada: a) a concentração da responsabilidade em apenas uma empresa, que responderá por qualquer custo adicional resultante do mau desenho do projeto ou de inadequado planejamento para execução do objeto; b) a economia de tempo, tendo em vista que o contratado elaborará os projetos e ele mesmo os executará; e c) a diminuição do preço final, pois, mesmo que *ab initio* a contratação integrada seja

uma opção mais cara, poderá, mais adiante, ensejar economias pela ausência de conflito entre o design que seria promovido pela administração e a execução feita pelo particular (NOBRE-GA, 2020, p. 100-102).

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União, no acórdão nº 1388/2016 - Plenário, de relatoria da ministra Ana Arraes, assim se manifestou:

Trata-se de licitações em que há maior liberdade para as contratadas inovarem e buscarem a metodologia construtiva mais adequada à execução do objeto. Essa maior liberdade poderá redundar que os licitantes vislumbrem alternativas com menores custos do que aquela eventualmente teria sido fixada no projeto básico. Esses menores custos, em um ambiente competitivo, deverão repercutir em propostas mais vantajosas para a administração, privilegiando o princípio da economicidade. Ou seja, os impactos econômicos propiciados pelas maiores incertezas acerca do orçamento da obra quando da licitação podem ser contrabalanceadas pela possibilidade de o contratado buscar melhores soluções quando da execução contratual.

A contratação integrada tem, portanto, a aptidão de estimular as empresas a trazer novas técnicas, metodologias e tecnologias não conhecidas até então pelo órgão público, a reduzir custos e aditivos contratuais, aumentar a qualidade do empreendimento e a facilidade de manutenção e operação pós-obra, além da redução dos prazos de execução. O êxito de uma contratação integrada, contudo, depende diretamente da qualidade e da completude do anteprojeto de engenharia, que será o principal elemento técnico instrutor da licitação (BONATTO, 2021).

5. DESVANTAGENS NA UTILIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Dentre as principais críticas ao regime da contratação integrada está a utilização do regime sem a presença dos requisitos justificadores, como forma de burlar a obrigatoriedade da elaboração do projeto básico pela administração. Marçal Justen

Filho alerta que tal conduta é antijurídica e descabível, já que a contratação integrada acarreta a ampliação da responsabilidade do particular, alterando a alocação usual dos riscos, proporcionando a elevação da remuneração desembolsada em favor do particular (JUSTEN FILHO, 2021, p. 607).

A transferência da elaboração do projeto básico ao particular pode causar profunda incerteza quanto à execução do objeto e sua entrega nos termos e na qualidade esperados pela administração. André Pachioni Baeta observa:

A contratação integrada pode se tornar um perverso mecanismo de seleção adversa, em que a administração pública contratará a pior empresa, justamente aquela que avaliou de forma precária todos os riscos envolvidos no empreendimento, formulando proposta inexequível. E as consequências serão obras inacabadas ou construtores em dificuldades financeiras, exigindo a celebração de um aditivo, sem amparo legal, para concluir a obra (BAETA, 2014, p. 144-146).

Para Marcos Nóbrega, um grande risco da contratação integrada é o contratado tentar economizar nos custos da elaboração do projeto básico e esses custos serem ampliados quando da execução do objeto, abrindo-se grande espaço para seleção adversa, porque os custos poderão propositadamente ser empurrados para a execução contratual, o que levaria a fortes pressões pelo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (NOBREGA, 2015, p. 109-128).

Em análise à nova lei de licitações, Henrique Savonitti Miranda considerou um retrocesso a falta de previsão expressa quanto aos requisitos de inovação tecnológica ou técnica, possibilidade de execução de diferentes metodologias e possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado, previstos originalmente na lei do RDC e na lei das estatais, pois torna possível a opção pelo regime de contratação integrada em situações dotadas de menor complexidade, que faz com que o valor do contrato se eleve em comparação às outras espécies de empreitada (MIRANDA, 2021). Ao analisar as desvantagens do regime de contratação integrada, o professor Marcos Nóbrega ressalta os seguintes pontos: a) difícil comparação de propostas de design, considerando que haverá várias formas de atender aos requisitos de performance fixados no anteprojeto; e b) risco do *design down*, ou seja, de a empresa

diminuir a complexidade do projeto básico para ficar mais livre para adequar o design na fase de execução e diminuir sua responsabilidade (NOBREGA, 2020, p. 103-105).

De acordo com o referido autor, na contratação integrada a administração resta fragilizada porque, ao não executar um projeto básico e se contentar com um anteprojeto de engenharia, tem menor controle sobre a execução do objeto e dificuldade de estabelecer parâmetros claros de performance por conta da perda de aderência em relação aos seus interesses e aos da empresa contratada.

O presidente do Sindicato da Arquitetura e Urbanismo, em notícia veiculada no site do Conselho Regional de Arquitetura em 21 de junho de 2019, manifestou sua desaprovação quanto ao regime da contratação integrada, sob o argumento de que as experiências até então verificadas com o uso desse regime não corroboram a crença de que as obras seriam desenvolvidas em prazos menores ou sem a formalização de aditivos (MINGIONE, 2021). Afirmou que, de acordo com acompanhamento feito pelo sindicato em 147 contratos celebrados pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) por meio do Regime de Contratação Integrada, “apenas 5,4% dos contratos foram encerrados sem aditivos de prazo e valor. No total, 24,5% dos contratos foram concluídos, sendo 61,1% com aditivos de prazo e 58,3% com aditivos de valor”.

Outro ponto sensível desse regime reside no fato de que, como na contratação integrada é a empresa contratada quem “dá as cartas”, ela pode lucrar muito com o repasse dessa responsabilidade, aproveitando-se de lacunas e omissões contidas no anteprojeto para exigir a formalização de aditivos ou entregar o empreendimento com qualidade muito abaixo do que a administração obtería se tivesse licitado no modelo tradicional.

6. DO PRAZO DE DOIS ANOS PARA EXPERIMENTAÇÃO DA NOVA LEI E DA IMPLEMENTAÇÃO GRADUAL DA CONTRATAÇÃO INTEGRADA

O artigo 191 da Lei nº 14.133/2021 admitiu, até o decurso do prazo de dois anos de sua publicação oficial, que a administração pública possa optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com as normas que ela contém ou de acordo com a Lei nº 8.666/1993, devendo a escolha ser indicada expressamente no edital, vedada a aplicação combinada dos dispositivos.

A comunidade jurídica da área de licitações e contratos tem elogiado a escolha do legislador em permitir a convivência dos diplomas legais disciplinadores das licitações e contratações públicas durante um certo período de tempo, pois isso permitirá a adaptação gradual dos órgãos públicos aos novos paradigmas fixados pela lei, além de propiciar mais tempo para a capacitação dos servidores e aperfeiçoamento dos procedimentos, prestigiando a experimentação dos novos institutos com segurança e moderação. Em vista disso, é importante que a administração inicie, desde já, os devidos estudos e capacite seus servidores a fim de que as inovações trazidas pela nova lei possam ser efetivamente aplicadas com segurança, e que os novos institutos, como é o caso da contratação integrada, possam ser gradualmente implementados e testados caso a caso.

Diante de tudo que foi exposto, é possível concluir que a contratação integrada pode trazer efetivas vantagens ao setor público, no que concerne à internalização da expertise do mercado, à implementação de técnicas mais avançadas de engenharia potencialmente desconhecidas pela administração, à superação tecnológica, além de propiciar maior eficiência às contratações públicas. Contudo, diante dos maiores riscos e custos decorrentes da adoção de tal regime, é indispensável que sua escolha seja minuciosamente estudada, avaliada e justificada sob os aspectos técnico e econômico, comprovando-se na fase interna da licitação que a contratação integrada é efetivamente o regime mais apropriado para o objeto a ser executado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAETA. André Pachioni. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC**. São Paulo: Pini, 2014.

BONATTO. Hamilton. Contratação integrada: é preciso, pá, navegar, navegar. **Revista Negócios Públicos**. Curitiba: Editora Negócios Públicos. Ano XVI, n. 193, p.30-33. set/2020.

BONATTO. Hamilton. **Questões relevantes sobre a contratação de obras e serviços de engenharia na nova lei de licitações**. Nova lei de licitações: destaques importantes - Lei nº 14.133/2021. Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira, Tatiana Camarão (coord) – Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

BONATTO, Hamilton. **A futura nova lei e a proibição de internalização de novas tecnologias em obras com valor inferior a 10 milhões**: o que será, que ser? Disponível em: <<http://ronnycharles.com.br>>. Acesso em: 3/9/2021.

BONATTO. Hamilton. **Tecnologias inovadoras nas obras públicas**: há pedras no meio do caminho. Disponível em: <<https://inovecapacitacao.com.br>>. Acesso em: 3/9/2021.

CAMPOS, Mariana, COELHO, Fernanda, e FOLLADOR, Gabriel. **Matriz de riscos na nova lei de licitações pode dar previsibilidade às contratações**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/opiniao-matriz-riscos-lei-licitacoes>>. Acesso em 11/9/2021.

JUNKES, Rodrigo Vissotto. **Portal Zênite**. Anotação nº 55670. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Regimes de Execução. Contratação Integrada. Cabimento.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei nº 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021.

MINGIONE, Carlos. **Os retrocessos da contratação integrada**. Disponível em: <<https://www.caubr.gov.br/os-retrocessos-da-contratacao-integrada>>. Acesso em: 9/9/2021.

MIRANDA. Henrique Savonitti. Licitações e contratos administrativos. Parte I - Teoria Geral das Licitações. Capítulo IV. Disposições Setoriais. **Revista dos Tribunais**, 2021, p. RB 4.23. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/266278221/v5/page/RB-4.23>>.

NIEBUHR, Joel de Menezes. (E-book) **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

NOBREGA, Marcos. Por que optar pela contratação integrada? Vantagens e Riscos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jul/set.2015, p.109-128.

NOBREGA, Marcos. A contratação integrada no regime diferenciado de contratação: inadequação da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Direito e Economia da Infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.100-102. ISBN 978-85-450-0722-7.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Regime de contratação integrada: vinculante ou discricionário? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862,

Teresina, ano 23, n. 5524, 16 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65203>>. Acesso em: 9/9/2021.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. Definição do regime de execução. **Revista Zênite ILC - Informativo de Licitações e Contratos**. Curitiba: Zênite, n. 297, p. 1104-1118, nov./2018.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de licitações públicas comentada**. 12. Ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.