

ano 20 - n. 82 | outubro/dezembro – 2020
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i81
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Contratação integrada: o (des)alinhamento do regime a boas práticas internacionais

Integrated contracting (Brazilian EPC model): the (dis)alignment of the regime to good international practices

João Forni*

Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Brasil)
joao.forni@gmail.com

Paulo Cavichioli Carmona**

Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Brasil)
paulo.carmona@ceub.edu.br

Recebido/Received: 10.07.2019/July 10th, 2019

Aprovado/Approved: 18.08.2020/August 18th, 2020

Resumo: A contratação integrada é um novo regime de execução de obras e serviços de engenharia que integra as responsabilidades pela elaboração do projeto básico e pela execução da obra, em oposição ao modelo tradicional, presente na Lei nº 8.666/1993, que separa essas duas atribuições. A utilização desse regime tem se expandido com base em certos pressupostos, dentre eles o alinhamento a boas práticas internacionais. O presente trabalho, por meio de revisão bibliográfica, pesquisa em atos normativos e análise de estudos empíricos, objetiva testar esse pressuposto, demonstrando que a alusão à experiência internacional, especialmente ao *design-build* norte-americano, padece de fragilidades, tanto conceituais quanto relacionadas a requisitos de utilização. Além disso, modelos similares à contratação integrada ou são usados de maneira excepcional (Portugal), ou foram

Como citar este artigo/*How to cite this article:* FORNI, João; CARMONA, Paulo Cavichioli. Contratação integrada: o (des)alinhamento do regime a boas práticas internacionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 221-250, out./dez. 2020.

* Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Brasília/DF, Brasil). Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. *E-mail:* joao.forni@gmail.com.

** Professor Titular de Direito Administrativo e Urbanístico do Programa de Mestrado/Doutorado de Direito e Políticas Públicas e do Mestrado de Arquitetura e Urbanismo do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Brasília/DF, Brasil). Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2012). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). *E-mail:* paulo.carmona@ceub.edu.br.

abandonados (Itália), ou envolvem requisitos mais rigorosos (França) em relação aos impostos pelo ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Contratação integrada. Licitações e contratações. *Design-build*. EPC. Direito administrativo.

Abstract: The Brazilian EPC Model, or “integrated contracting” is a new public engineering regime that integrates the project making, or conception, and the execution of the public construction work, in opposition to the traditional model, which separates these two attributions. The use of this scheme has been expanding based on certain assumptions, such as alignment with international best practices. This work, through bibliographic review, research in normative acts and analysis of empirical studies, intends to test this assumption, demonstrating that the supposed alignment with international best practices, especially with the American design-build, considering the Brazilian EPC Model, is a fragile argument. Both the requisites and the concepts regarding the two building models are different. Among that, similar models used in Italy, Portugal and France either are being abandoned or demand more rigorous requisites than the Brazilian model.

Keywords: EPC model. Public procurement. Design-build. Administrative law. Integrated contracting.

Sumário: 1 Introdução – 2 A relação da contratação integrada com as boas práticas internacionais – 3 As distinções entre design-build e contratação integrada – 4 A redução da utilização do design-build e seus rigorosos requisitos – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

A iminência da Copa do Mundo FIFA de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016 no Brasil gerou o ambiente necessário para uma intensificação¹ de debates acerca da imprescindibilidade de mudanças nos procedimentos licitatórios, marcados, sob a égide da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações – LGL), pela burocracia.² Foram várias as tentativas nesse sentido, com destaque para a Medida Provisória (MP) nº 489/2010, que perdeu eficácia por decurso de prazo; para a MP nº 503/2010, que, após uma série de emendas, foi convertida em lei, mas revogada posteriormente; e para a MP nº 521/2010, que também não logrou êxito.³

¹ Inúmeras foram as tentativas de mudança da LGL anteriores ao cenário imposto pelos grandes eventos esportivos. “Em 1997, o Anteprojeto de Nova Lei de Licitações, apelidado de Anteprojeto Bresser (elaborado pelo então Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado); em 2002, o denominado Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública (originário do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão); em 2003, o PL n. 146, apresentado pelo Dep. José Santana de Vasconcellos; em 2007 o PL n. 7.907, apresentado pelo Dep. Márcio Reinaldo; e também em 2007 seu sucessor, o PL n. 32 e substitutivo de autoria do Senador Eduardo Suplicy”. BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários ao PLS n. 559/2013. Modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 181, p. 9-23, jan. 2017.

² Referimo-nos, neste ponto, ao que se denomina disfunções do modelo burocrático, proposto por Max Weber. Para aprofundamento do tema, vide PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, ano 47, n. 1, jan./abr. 1996.

³ BENATTI, Roberta Moraes Dias. Contratação integrada do regime diferenciado de contratação: estudo de caso à luz da economia dos custos de transação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=230811>. Acesso em: 24 abr. 2017.

Como fruto desse debate e como possível solução para as dificuldades relacionadas às obras necessárias aos grandes eventos esportivos, surge o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), fruto de conversão em lei (nº 12.462/2011) da MP nº 527/2011.

Inicialmente aplicável no âmbito da Copa das Confederações FIFA de 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, o regime apresentava característica de transitoriedade. No entanto, após a inclusão, em seu escopo de aplicação, das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e de obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, o RDC passou a ser um regime permanente, tendo sua aplicabilidade estendida, ainda, a ações no âmbito de segurança pública e de órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação, entre outras.⁴

O novo marco legal, no intuito de conferir, ao menos em tese, maior celeridade e competitividade aos certames, trouxe algumas inovações⁵ em relação à LGL, dentre as quais se destacam: menores prazos; inversão de fases;⁶ julgamento por disputa aberta, fechada ou combinada das propostas; disputa por lances intermediários; forma eletrônica; orçamento sigiloso; remuneração variável conforme critérios de desempenho estabelecidos no edital; possibilidade de indicação de marcas; fase recursal única; e a principal delas, a contratação integrada, objeto da presente obra e verdadeira espinha dorsal⁷ do novo regime, muitas vezes até confundida com o RDC.⁸

A contratação integrada (CI) é um regime de execução contratual inspirado no Decreto nº 2.745/98, norma que disciplinava, até o advento da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais),⁹ as licitações no âmbito da Petrobras, com a seguinte redação:

⁴ Vide art. 1º da Lei nº 12.462/2011. Além dos incisos de I a X, ali constantes, há remissão ao RDC por parte de outras leis, a exemplo da Lei nº 12.873/2012, que autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o RDC para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural.

⁵ Segundo estudo empírico empreendido pelo TCU, a forma eletrônica, em linha com o que aponta a doutrina, mostrou-se vantajosa em todos os regimes de execução do RDC quando comparada à forma presencial. O mesmo ocorre com a combinação dos modos de disputa aberto e fechado, que se mostrou mais vantajosa, para todos os regimes, que o uso exclusivo de um dos modos. Já o orçamento sigiloso mostrou-se mais vantajoso para todos os regimes, exceto para a contratação integrada. Essas questões, no entanto, não serão abordadas no presente artigo. Para mais detalhes, vide: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 22/02/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarReiVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=573366>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁶ Algumas dessas inovações já constavam de outras normas, sendo a inversão de fases um exemplo. Tal prática já constava da Lei nº 10.520/2002.

⁷ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. *O Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 232.

⁸ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Op. cit.*

⁹ Com o advento da Lei nº 13.303/2016, o Decreto nº 2.745/98 perdeu seu fundamento de validade, uma vez que o art. 67 da Lei nº 9.478/97, que legitimava o regulamento, foi revogado expressamente.

Item 1.9 Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS 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.¹⁰

Nesse regime, restrito a casos que envolvam inovação tecnológica ou técnica, possibilidade de execução com diferentes metodologias ou com tecnologias de domínio restrito no mercado, o particular compromete-se a oferecer o projeto, construí-lo e entregá-lo em perfeitas condições de funcionamento e operação.¹¹

Trata-se de modalidade de preço global fixo, como a empreitada integral e a empreitada por preço global, ambas previstas na Lei nº 8.666/1993, porém com escopo ainda mais amplo. Inclui a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.¹²

Quando adotada a CI, portanto, o projeto básico (PB) faz parte do objeto da licitação, surgindo, assim, a necessidade de oferecer elementos mínimos aos licitantes, no instrumento convocatório, para que possam elaborar suas propostas. O anteprojeto de engenharia é o documento que visa preencher essa lacuna.

O anteprojeto pode ser definido como a peça prévia, desenvolvida após os estudos de viabilidade, que representa a linha de contorno das soluções técnicas, a ser devidamente preenchida em projeto detalhado, necessária e fundamental à obtenção do PB. Esse documento deve abranger todos os elementos necessários à elaboração e comparação das propostas, com isonomia, bem como à posterior elaboração do PB pelas contratadas.¹³

Retornando à contratação integrada, esse regime vem sendo cada vez mais utilizado pela administração pública no Brasil. Exemplo disso é o percentual

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 2.745/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm. Acesso em: 19 maio 2018.

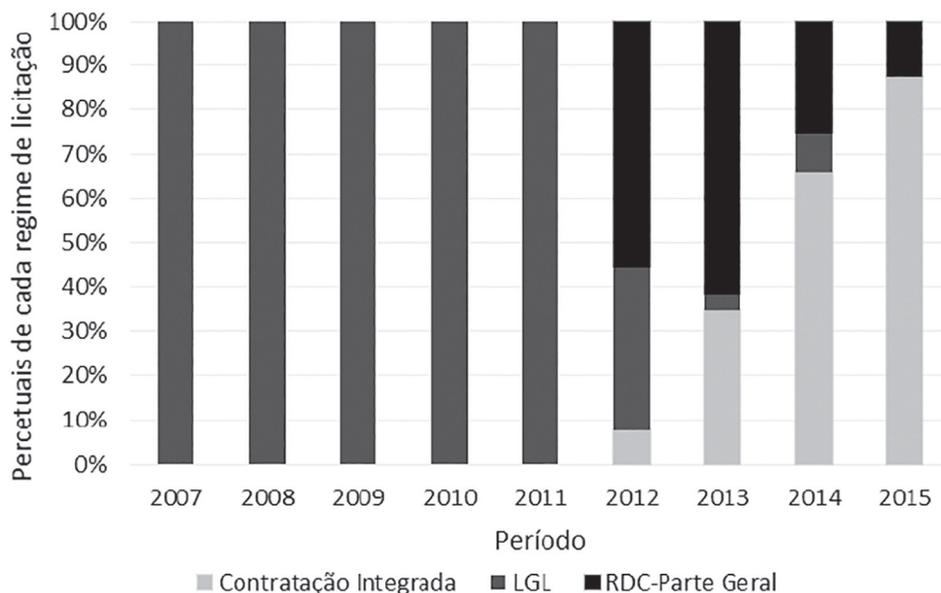
¹¹ ROCHA, Silvío Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a contratação integrada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDIO006.aspx?pdicntd=217497>. Acesso em: 24 abr. 2017.

¹² 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: [...] §1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. BRASIL. Lei Federal nº 12462/2011. *Op. cit.*

¹³ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e Contratação Integrada na prática: 250 questões fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 257-262.

crescente que a CI representa nas licitações do DNIT,¹⁴ autarquia que ocupa a primeira posição em ordem decrescente de despesas liquidadas de 2010 a 2017 no elemento de despesa “obras e instalação” entre 287 órgãos e/ou unidades gestoras da administração pública federal, em montante que se aproxima a R\$45 bilhões.¹⁵ Essa entidade passou a utilizar a CI a partir de 2012 e, cada vez mais, ano a ano, esse regime ganhou representatividade em relação aos demais, até atingir quase a totalidade das contratações em 2015.

Gráfico 1 – Representatividade da CI de 2007 a 2015 no DNIT



Fonte: Relatório do Acórdão nº 306/2017 – Plenário do TCU.

Além de constar do RDC, a CI figura no art. 43, inciso VI, da recente Lei das Estatais e do art. 41, inciso V, do Projeto de Lei nº 6814/2017, que visa substituir a atual Lei de Licitações. Tais fatos corroboram a intenção de continuidade, por parte do legislador, da utilização do regime.

Tanto a crescente utilização da modalidade quanto sua inserção em novos normativos tornam relevante uma investigação dos resultados obtidos quando adotada a CI. Na manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), no âmbito da ADI

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 306/2017. *Op. cit.*

¹⁵ Informação constante do Painel de Informações do Tribunal de Contas da União – Despesas da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 19 maio 2018.

nº 4.645,¹⁶ movida pelo Partido da Social Democracia Brasileira, pelo Democratas e pelo Partido Popular, que questiona aspectos formais e materiais do RDC, é possível vislumbrar quatro pressupostos utilizados como justificativas para a utilização da CI, quais sejam: o alinhamento às melhores práticas internacionais, a ausência de aditivos, a redução de prazos das contratações e a redução de custos para o poder público. Tais pressupostos são citados em outras publicações do setor público¹⁷ e por boa parte da doutrina.¹⁸

Este artigo, por intermédio de revisão bibliográfica, pesquisa de atos normativos e análise de estudos empíricos, objetiva testar especificamente o pressuposto relacionado ao alinhamento (ou não) da contratação integrada às melhores práticas internacionais. Conclui-se pela inadequação da menção a boas práticas internacionais como argumento favorável a um maior uso da CI, ou seja, o pressuposto será rejeitado.

O delineamento do pressuposto ora tratado pode ser extraído do seguinte trecho da citada manifestação da AGU no âmbito da ADI nº 4.645:

[...] percebe-se que o legislador nacional, inspirado em boas práticas do direito comparado, bem como em recomendações de órgãos internacionais, optou por estabelecer um novo marco regulatório para as vultosas contratações necessárias à realização dos citados eventos desportivos, sem incidir em qualquer inconstitucionalidade.

Outro ponto, alvo de críticas dos impetrantes, refere-se à contratação integrada prevista no artigo 9º da lei atacada [...]. A inovação desse dispositivo refere-se à possibilidade de a contratação prescindir da elaboração do projeto básico. Trata-se de inovação inspirada no direito norte americano [...].

Ademais, o trabalho se debruça sobre a experiência do DNIT no uso da CI, uma vez que essa autarquia está na vanguarda da utilização dessa modalidade e, entre a totalidade dos órgãos e entidades federais, é, de acordo com a CGU, seguramente

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Manifestação da AGU na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645/DF. Relator: FUX, Luiz. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁷ Como exemplo, vide BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. *Regime Diferenciado de Contratações: lições aprendidas*. 1º Seminário de Licitações e Contratos do DNIT, 2014. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/sala-de-imprensa/03-dnit-seminario-licitacoes-e-contratos-22-set-2014.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

¹⁸ Por todos, vide RAMOS, Clarissa Pacheco; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A contratação integrada à luz da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, set. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=155437>. Acesso em: 24 abr. 2017.

a entidade que mais utilizou o novo regime.¹⁹ A título de comparação, enquanto o DNIT realizou mais de uma centena de licitações utilizando a CI apenas entre setembro de 2012 e setembro de 2014,²⁰ a VALEC, empresa pública responsável pela construção e exploração de infraestrutura ferroviária brasileira, realizou apenas 11 certames sob esse regime, sendo três deles fracassados.²¹

A confirmação ou contestação empírica do mencionado pressuposto terá por base estudos realizados pela Câmara dos Deputados,²² pelo TCU,²³ pela Controladoria-Geral da União (CGU),²⁴ pelo SINAENCO (Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva) e pelo CAU/BR (Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil).²⁵ Todos esses estudos exploram as contratações realizadas pelo DNIT, pelos motivos já mencionados.

Antes de encerrar esta introdução, deve-se deixar claro que o intuito deste artigo não é advogar a extirpação sumária da contratação integrada do ordenamento jurídico, ante a não verificação do pressuposto analisado. Intenta-se apenas apontar a necessidade de novas pesquisas, com qualidade metodológica, para que se entenda o que pode ser aperfeiçoado e se avalie se, de fato e em que circunstâncias, a CI traz benefícios ao ambiente contratual público.

2 A relação da contratação integrada com as boas práticas internacionais

A manifestação da AGU no âmbito da ADI n. 4645 assevera que o legislador nacional se inspirou em boas práticas do direito comparado e em recomendações de órgão internacionais quando adotou o RDC, sendo que diversas práticas adotadas na novel legislação são usuais na União Europeia e nos Estados Unidos. Especificamente em relação à contratação integrada, diz tratar-se de inovação inspirada no direito norte-americano.²⁶ Entende-se, aqui, que há problemas nessas considerações.

¹⁹ “[...] pode-se afirmar, seguramente, que, nesses mais de 3 (três) anos do advento do RDC, o DNIT foi, dentro dos jurisdicionados da CGU, a entidade que mais utilizou o novo regime jurídico”. BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. *Relatório de Auditoria OS n. 201505075*. Disponível em: <http://auditoria.cgu.gov.br/public/relatorio/consultar.jsf?rel=9107>. Acesso em: 11 mar. 2017.

²⁰ *Dossiê DNIT: dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil*. Disponível em: <http://www.caubr.gov.br/dossie-comprova-ineficacia-da-contratacao-integrada-no-dnit/>. Acesso em: 28 maio 2018.

²¹ Informação disponível em: <http://valec.gov.br/a-valec/licitacoes/licitacoes>. Acesso em: 21 ago. 2018.

²² BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. *Nota Técnica n. 21/2015*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt21_2015. Acesso em: 23 maio 2018.

²³ Idem.

²⁴ BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União - CGU. *Op. cit.*

²⁵ *Dossiê DNIT: Dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil*. *Op. cit.*

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Manifestação da AGU na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.645/DF*. *Op. cit.*

Segundo a AGU, nos Estados Unidos há duas modalidades principais de contratações de obras públicas: o *design-bid-build* (DBB), semelhante à LGL; e o *design-build* (DB), tido como equivalente à CI.²⁷ A indistinção entre DB e contratação integrada é apontada, também, por parte da doutrina²⁸ e pelo DNIT.²⁹

O *design-build* (DB) é modelo no qual há integração das responsabilidades de elaboração dos projetos básico e executivo e execução da obra em um único contrato, sob o comando de uma única empresa. Normalmente, o DB é contraposto ao DBB, no qual a empresa contratada para elaborar o projeto não participa da execução da obra, como ocorre na Lei nº 8.666/1993.

Afirma-se, ainda, que esse modelo de contratação (DB) tem ampliado seu espaço nas contratações públicas em âmbito internacional nas últimas décadas.³⁰ A disseminação do DB é evidenciada em publicação intitulada *Design-build becoming a revolution*, do *Hanscomb Means Report*, datada de 2004, que mostra a crescente presença dessa modelagem de contratação em países como França, Grã-Bretanha, Grécia, Estados Unidos, entre outros, inclusive no setor público.³¹

A possibilidade de contratação conjunta de projeto e execução de obra aparece, também, no item 10 da Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia:

(...) dada a diversidade dos contratos de empreitada de obras, as entidades adjudicantes deverão poder prever tanto a adjudicação separada como a adjudicação conjunta de contratos de concepção

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Dentre a qual, citam-se Marcos Nóbrega; Ronny Charles e Michelle Marry; e José Antônio Pessoa Neto e Marcelo Correia. "A Contratação Integrada – mais conhecida como Design-Build (DB) – é um método alternativo de execução de determinado objeto". NÓBREGA, 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. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239052>. Acesso em: 24 abr. 2019. "Pode-se dizer que o sistema supramencionado (design-build) equivale à contratação integrada presente na Lei do RDC." MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *RDC – Regime Diferenciado de Contratações*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 105-106. A contratação integrada da Lei nº 12.462/11 corresponde ao modelo contratual conhecido internacionalmente como "*design-build*". PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações Lei 12.462/11 – Uma perspectiva gerencial*. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, 2015. p. 114.

²⁹ O DNIT também vê equivalência entre *design-build* e contratação integrada: "Para projetos cujo regime contratual seja o *design-build* (contratação integrada) não se faz necessária a análise qualitativa, ou seja, parte-se da identificação de riscos diretamente para a análise quantitativa". BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. *Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias*. Brasília, 2013, p. 7. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de-riscos-de-obras-rodoviaras/guia-fundamentos-simplificado2.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

³⁰ PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa, *Op. cit.*, p. 114.

³¹ HANSCOMB Means Report: International Construction Intelligence, v. 16, n. 6, jan./fev. 2004. Disponível em: <http://www.icoste.org/Roundup1204/Hanscomb-Means-Oct04.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

e a execução das obras. A presente diretiva não tem por objetivo prescrever a adjudicação conjunta ou separada de contratos.³²

Está disposta, ainda, no direito colombiano, como se depreende do seguinte trecho, constante da Lei nº 1.474/2011:

Quando o objeto do contrato inclui a realização de uma obra, (...) a entidade contratante deve possuir estudos e projetos que permitam estabelecer a viabilidade do empreendimento e seu impacto social, econômico e ambiental. Essa condição será aplicável mesmo para *contratos que incluam o projeto em seu objeto*. (Grifo nosso)³³

Já nos Estados Unidos, o *design-build* foi incluído na legislação do FAR (*Federal Acquisition Regulation Act*) em 1997, e estudo publicado em janeiro de 2006, intitulado *Design-Build Effectiveness Study*, realizado pelo *Federal Highway Administration* (FHA) e requerido pelo *Transportation Equity Act for the 21st Century* (TEA-21), mostrou, compilando pesquisas anteriores, o seguinte:

Quadro 1 – Compilação de confrontações empíricas entre DB e DBB

(continua)

Infraestrutura vertical – prédios	Nº de projetos ou agências na amostra	% de redução de custo contratual em comparação ao DBB	% de redução de prazos contratuais comparação ao DBB
J. Bennett, E. Potheary & G. Robinson, <i>Designing and Building a World-Class Industry</i> , University of Reading Design and Build Forum Report, Centre for Strategic Studies in Construction, Reading, United Kingdom, 1996.	330	13%	30%

³² UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/25/UE, do parlamento europeu e do Conselho da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0025>. Acesso em: 17 jan. 2018.

³³ No original: “*Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, (...) la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño*”. COLOMBIA. Ley de nivel nacional n. 1.474/2011. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292>. Acesso em: 17 jan. 2018.

(continua)

Infraestrutura vertical – prédios	Nº de projetos ou agências na amostra	% de redução de custo contratual em comparação ao DBB	% de redução de prazos contratuais comparação ao DBB
Victor Sanvido & Mark Konchar, <i>Selecting Project Delivery Systems: Comparing Design-Bid-Build, Design-Build, and Construction Management at Risk</i> , The Project Delivery Institute, State College, PA., 1999.	351	6%	33%
<i>Design-Build 101: Basics of Integrated Service Delivery</i> , Design-Build Institute of America/American Institute of Architects Professional Design-Build Conference, Chicago, Illinois, Outubro 14, 1998.	DOD	14%	18%
<i>Design-Build 101: Basics of Integrated Service Delivery, DBIA.</i>	GSA	3%	N/A
<i>Design-Build 101: Basics of Integrated Service Delivery, DBIA.</i>	NAVFAC 1	12%	15%
<i>Design-Build 101: Basics of Integrated Service Delivery, DBIA.</i>	Vet. admin.	0%	28%
Linda N. Allen, <i>Comparison of Design-Build to Design-Bid-Build as a Project Delivery Method</i> , Master's thesis, Naval Postgraduate School, Monterey, CA, Dezembro de 2001.	NAVFAC 2	18%	60%
Infraestrutura horizontal – estradas	Nº de projetos ou agências na amostra	% de redução de custo contratual em comparação ao DBB	% de redução de prazos contratuais comparação ao DBB
<i>Illinois DOT Study by SAIC, 2002</i>	11 estados	3 de 11 estados reportaram custos menores.	10 de 11 estados reportaram prazos menores.
<i>New York State DOT Design-Build Practice Report, 2002</i>	9 agências	5 de 9 agências reportaram custos menores.	9 de 9 agências reportaram prazos menores.

(conclusão)

Infraestrutura vertical – prédios	Nº de projetos ou agências na amostra	% de redução de custo contratual em comparação ao DBB	% de redução de prazos contratuais comparação ao DBB
Arizona DOT Study: Design-Build vs. Design-Bid-Build - Comparing Cost and Schedule. Jim Ernzen, Ron Williams, and Debra Brisk, TRB Paper 2004.	13	4%	22%
Ralph Ellis, Zahar Herbsman, & Ashish Kumar, <i>Evaluation of the Florida Department of Transportation's Pilot Design/Build Program</i> , University of Florida, College of Engineering, Gainesville, FL., agosto de 1991.	11	11%	36%
Washington State DOT Study. Design-Build Pilot Project Evaluation: A Measurement of Performance for the Process, Cost, Time, and Quality - SR500 Thurston Way Interchange. Dr. Keith Molenaar, University of Colorado, Boulder, CO, janeiro de 2003.	1	-23%	16%
Jim Ernzen and Tom Feeney, <i>Contractor Led Quality Control and Quality Assurance Plus Design- Build: Who is Watching the Quality?</i> Transportation Research Board Paper, 2000 Annual Meeting, Washington, D.C., janeiro 2000.	1	N/A	30%
<i>Bulk of Ambitious \$1.6 Billion Design-Build Job Complete</i> , Engineering News Record, May 14, 2001, Page 13. (Utah I-15 Design-Build Project)	1	0%	9%
<i>ODOT Experience on Six Design-Build Projects</i> , Ohio Department of Transportation, Columbus, OH., 1999.	6	Baixos custos administrativos; poucos/nenhum pedido(s) de alterações.	Significativa redução de prazo.

Fonte: Tradução livre de Design-Build Effectiveness Study, da FHA, p. II-15.

Em suma, esses resultados, que abrangem construções nos Estados Unidos e na Inglaterra, demonstram que, em comparação ao modelo DBB, o DB apresentou vantagens significativas na redução de prazos, de até 60%, tanto em construções verticais quanto em estradas. Além disso, foram constatadas reduções de custo de até 18% (à exceção do SR500 *Thurston Way Interchange*, que apresentou elevação de 23%).³⁴

Em outro relevante estudo, que comparou modelagens de construção, selecionou-se uma amostra de 38 projetos DB e 39 projetos DBB, todos administrados pela *Naval Facilities Engineering Command* – NAVFAC, dos Estados Unidos, com alto grau de homogeneidade. A pesquisa demonstrou que o método DB se saiu melhor em edificações, com menores prazos totais e uma tendência, sem significância estatística, a um custo total menor. Além disso, os projetos DB apresentaram menor crescimento de despesa e tempo ao longo do projeto. Por fim, os pesquisadores recomendam o uso da modelagem DB pelo setor público, tendo em vista o potencial de reduzir custos e prazos.³⁵

As impressões de gestores de projetos, nos Estados Unidos, vão na linha dos levantamentos empíricos anteriormente citados. Esses profissionais estimaram, com base em sua experiência, que a utilização do modelo *design-build* representa um ganho médio de 14,1% em redução de prazos e 2,6% em redução média de custos, sem alteração na qualidade.³⁶

À primeira vista, portanto, os estudos realizados em relação ao DB, especialmente nos Estados Unidos, com resultados favoráveis a esse regime, poderiam parecer suficientes para embasar a adoção da CI Brasil. A defesa da CI baseada em estudos de *design-build* é feita por doutrinadores³⁷ e integrantes do setor público.³⁸ Porém, o que mostram os principais estudos empíricos realizados no Brasil,³⁹ em regra, é um aumento tanto de custos quanto de prazos quando utilizada a CI, tanto quando comparada à LGL quanto (e especialmente) quando comparada aos outros regimes do RDC. Possíveis causas para essa diferença de desempenho entre contratação

³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. *Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f)*. Jan. 2006. Disponível em: <https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>. Acesso em: 29 maio 2018. p. II-14-II-15.

³⁵ HALE, Darren R.; SHRESTHA, Pramen P.; GIBSON, G. Edward; MIGLIACCIO, Giovanni. C. Empirical comparison of design/build and design/bid/build project delivery methods. *Journal of Construction Engineering and Management*, 2009, v. 135(7), p. 579-587.

³⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Op. cit.*, p. IV-11.

³⁷ Por todos, vide PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. *Op. cit.*

³⁸ Vide BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. *Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias*. Brasília, 2013, p. 7. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de-riscos-de-obras-rodoviaras/guia-fundamentos-simplificado2.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

³⁹ Referimo-nos, neste ponto, aos estudos realizados pelo TCU, pela CGU, pela Câmara do Deputados, pelo Sinaenco e pelo CAU/BR, referidos nas notas de rodapé do último parágrafo da introdução deste artigo.

integrada e *design-build* são: a diferença conceitual entre *design-build* e contratação integrada (tópico 3), e os requisitos da utilização de institutos similares em países da União Europeia e do próprio *design-build* nos Estados Unidos (tópico 4).

3 As distinções entre *design-build* e contratação integrada

O primeiro ponto a ser analisado diz respeito à definição de *design-build*. Esse regime de execução de obra, de acordo com o mencionado estudo do FHA, é um sistema de contratação no qual uma entidade é reponsável tanto pela arquitetura e engenharia (projeto ou *design*) quanto pela construção do empreendimento, em um único contrato. Nesse arranjo contratual, utiliza-se comumente algo parecido com o critério técnica e preço (art. 20 da Lei nº 12.462/2011)⁴⁰ para a seleção do contratado, que assume o risco do projeto. Partes da empreitada podem ser terceirizadas.⁴¹

Esse conceito definitivamente se aproxima da contratação integrada, porém há diferenças que tornam inadequado considerá-los equivalentes. O fato é que o *design-build* abrange menos etapas do processo de construção que a CI, como se depreende de uma comparação da definição do DB pelo FHA (parágrafo anterior) com a definição legal da CI constante do RDC:

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 as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. (Grifo nosso)⁴²

O trecho em negrito representa a diferença essencial entre o *design-build* e a CI, com acréscimo de atividades, o que enseja diferenças de prazo e custos quando comparados *vis-à-vis* os regimes. A CI mais se assemelha ao denominado EPC *Turnkey Lump Sum*,⁴³ que amplia o escopo do DB ao adicionar às responsabilidades

⁴⁰ 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. BRASIL. *Lei Federal nº 12.462/2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12462.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

⁴¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. *Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f)*. Jan. 2006. Disponível em: <https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>. Acesso em: 29 maio 2018. p. II-1-II-2.

⁴² Art. 9º, §1º. BRASIL. *Lei Federal nº 12.462/2011*. *Op. cit.*

⁴³ Visão compartilhada por Rafael Freitas e Rafael Oliveira: “Trata-se de contratação na modalidade *turn key* ou EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), similar ao que ocorre na empreitada integral, na qual o contratado fica obrigado a entregar a obra em condições de pleno funcionamento”. OLIVEIRA, Rafael

da construtora a montagem e o comissionamento dos equipamentos, uma vez que o empreendimento deve ser entregue em condições plenas de operação.⁴⁴

A sigla EPC significa *Engineering, Procurement and Construction*, ou engenharia, suprimento e construção. Nessa modalidade, a contratada é responsável pelo fornecimento integral do objeto, incluindo materiais e equipamentos, construção, montagem e colocação em operação, podendo incluir no escopo da avença a elaboração do projeto básico ou não. No primeiro caso, mais comum, a EPC aproxima-se da CI. No segundo caso, equivale à empreitada integral (EI).⁴⁵

Na iniciativa privada, são comuns contratações do tipo EPC nas quais são apenas estabelecidos os parâmetros técnicos e econômicos do empreendimento, com o desenvolvimento da melhor solução e do PB sendo de responsabilidade do contratado.⁴⁶

Já quando se fala em *turn key*, a referência é a “chave na mão”⁴⁷ ou “só girar a chave”, o que significa “pronto para uso”. Tanto a EI quanto a CI podem ser consideradas *turn key*, quando o contratado é responsável por executar a obra física, realizar todas as instalações necessárias para que o empreendimento entre em operação e assumir a responsabilidade de todas as interfaces existentes e do relacionamento com os diversos fornecedores.⁴⁸ Assim como ocorre quando se utiliza o termo EPC, ao se falar em *turn key*, é comum, na iniciativa privada, ocorrer a transferência ao particular da responsabilidade pela elaboração do projeto básico.⁴⁹

Finalmente, *lump sum* quer dizer preço global, preço fechado ou preços certos e totais, o que representa a transferência dos riscos referentes aos quantitativos dos serviços ao contratado.

O trecho a seguir, constante do Acórdão nº 2.246/2012-TCU-Plenário, bem sintetiza o significado da expressão ora em comento: “O EPC (*Engineering, Procurement and Construction*)/*turn-key/lump sum*, ou seja, contratação da

Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=76296>. Acesso em: 5 jul. 2018. e por André Baeta: “A contratação integrada é equivalente ao *turn-key* ou EPC”. BAETA, André Pachioni. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas*: aplicado às licitações e contratações de obras públicas. 3. ed. São Paulo: Pini, 2016. p. 139.

⁴⁴ BUENO, Júlio Cesar. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendência num ambiente de negócios globalizados. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 66.

⁴⁵ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. *Op. cit.* p. 231.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Roteiro de Auditoria de Obras Públicas*, 2012. *Op. cit.*

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.246/2012*. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 22/02/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?co dFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=573366>>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁴⁸ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano. *Op. cit.* p. 238.

⁴⁹ CARVALHO, Gustavo Marinho de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-195, jul./dez. 2013.

engenharia (tecnologia, soluções e projetos), do fornecimento e da construção, com a entrega em pleno funcionamento (*turn key*) e a preços certos e totais (*lump sum*)”.⁵⁰ A mesma decisão crava a equivalência entre EPC e contratação integrada:

*O contrato analisado é do tipo EPC/Turn-key/Lump-sum (contratação integrada). Nesse regime de contratação há transferência de riscos de projeto, execução e performance ao contratado, sendo, portanto, os aditivos contratuais de aumento de custo e prazo situação extraordinária. (Grifo nosso)*⁵¹

Reforça-se que a diferença entre a CI e o *design-build* reside no fato de que o DB se encerra com a entrega da execução da obra. Serviços complementares, necessários à operação do empreendimento, não constam do escopo do contrato inicialmente firmado. Isso termina por aproximar a CI do EPC⁵² ou *turn key*,⁵³ uma vez que a responsabilidade do particular compreenderá não apenas o desenvolvimento dos projetos e a execução, mas também a entrega de um empreendimento pronto e testado, arcando com as consequências (econômicas, inclusive) do seu funcionamento.⁵⁴

Em outras palavras, tanto no DB quanto no EPC e na CI, o poder público define o projeto (ou anteprojetos) e contrata todas as etapas, até o término da construção; porém, nos contratos EPC e CI há um alargamento do escopo de atribuições do particular, pois ele assume a responsabilidade de comissionar a obra concluída do

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2246/2012*. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 22/02/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=573366>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Concordam conosco Rafael Freitas e Rafael Oliveira, que, referindo-se à CI, afirmam: “Trata-se de contratação na modalidade *turn key* ou EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), similar ao que ocorre na empreitada integral, na qual o contratado fica obrigado a entregar a obra em condições de pleno funcionamento”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. *Op. cit.* Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=76296>. Acesso em: 5 jul. 2018. Da mesma forma, assenta André Baeta que “a contratação integrada é equivalente ao *turn-key* ou EPC”. BAETA, André Pachioni. *Op. cit.* p. 139. Por fim, Augusto Neves Dal Pozzo pontua que: “Para se referir a essa modalidade de contratação [contratação integrada], é comum a utilização da expressão norte-americana ‘EPCTurn Key’”. As iniciais significam “*engineering* (engenharia), *procurement* (procura e compra) e *construction* (construção civil e montagem)”. E a expressão *turn key* é utilizada “para demonstrar, de forma ilustrativa, que o contratante do empreendimento deve apenas “virar a chave” para que o empreendimento opere de imediato”. 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 n. 12.462/11; Decreto n. 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 73-87.

⁵³ SILVA, André Vilanova. *Contratação integrada: uma avaliação de sua efetividade por meio da análise dogmática, jurisprudencial e empírica*. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário de Brasília - Uniceub, 2017.

⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime de contratação integrada. *Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 242, p. 367-382, abr. 2014.

empreendimento e fazer o *start up* (dar a partida). Nesse regime, a contratada não fica obrigada a operar o empreendimento, mas garante seu desempenho, devendo entregar a obra pronta e em funcionamento, como definido no contrato.⁵⁵

Além da diferença de escopo, há maior detalhamento nos anteprojetos da modelagem DB, sendo normalmente os contratos EPC *turn key lump sum* caracterizados por ainda mais flexibilidade metodológica e, como consequência, maior transferência de risco ao construtor em vista do menor detalhamento fornecido.⁵⁶

Conclui-se, portanto, que, apesar de DB e CI envolverem uma integração, em apenas um contrato e sob coordenação de um único construtor, das responsabilidades pelo projeto e pela execução e de haver transferência de riscos a esse construtor em magnitude maior que no DBB, há distinções que tornam inapropriadas as alusões ao DB, comuns no debate nacional, para a defesa de uma ampliação da contratação integrada. Em suma, são as seguintes: o EPC *turn key lump sum*, que equivale à CI, envolve a entrega de um empreendimento pronto para uso, com montagem e todos os testes realizados, sendo que o DB se aproxima mais de um contrato clássico, quando as responsabilidades posteriores à execução recairão sobre o contratante; além disso, o nível de transferência de riscos ao contratado é maior no EPC, em razão do menor detalhamento do anteprojeto.

4 A redução da utilização do *design-build* e seus rigorosos requisitos

Explicadas as diferenças conceituais entre *design-build* e contratação integrada, passa-se a investigar se, mesmo extrapolando a semelhança entre esses regimes, há, de fato, ampliação do uso internacional do DB. Sem adentrar nos aspectos específicos de cada instituto, será visto que modelagens que atrelam concepção e construção na Itália, na França e em Portugal ou estão sendo abandonadas, ou tiveram seu uso restringido, com ampliação de requisitos.

Após, será analisado o procedimento específico dos EUA, onde o DB é extremamente popular e, como se viu, estudos empíricos mostram um bom desempenho desse modelo. Entende-se que há três hipóteses que explicam a diferença de resultados empíricos entre CI e DB: a maior maturidade dos projetos quando do término da licitação nos EUA, com maior participação do setor privado (não apenas do vencedor do certame) na concepção do empreendimento, possibilitando uma sobreposição das fases de concepção e execução; a maior capacitação dos

⁵⁵ BUCKER, Maurício Brun. *Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil*. Dissertação de Mestrado. Escopa Politécnica da Universidade de São Paulo, 2010.

⁵⁶ MANSUKHANI, Gordon Rees Scully. *Differences between EPC and design-build delivery*. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7e8d69d7-b936-4891-aab8-d69690c3cc71>. Acesso em: 20 jul. 2018.

agentes públicos norte-americanos e a institucionalização do aprendizado; e a maior possibilidade de *enforcement* de punições nos EUA por conta da maior previsibilidade do judiciário naquele país.

4.1 A redução da utilização do *design-build* e seus rigorosos requisitos na Itália, na França e em Portugal

Na Itália, um regime parecido com a CI chama-se *appalto integrato complesso*. Ele estava previsto no primeiro Código de Contratos Públicos de obras, serviços e fornecimentos italiano, o Decreto Legislativo nº 163/2006, que regulamentou as Diretivas nº 17 e 18, de 2004, do então Conselho Europeu.⁵⁷ No entanto, a utilização desse modelo no direito italiano não surtiu os efeitos esperados, acarretando concentração de mercado e aumento considerável do número de aditivos contratuais.⁵⁸

Posteriormente, houve uma guinada em direção à valorização dos projetos prévios, como se depreende de diretriz constante do art. 1º, n. 1, da Lei nº 11/2016, que prega o aprimoramento da fase de projeto em licitações públicas e contratos de concessão de obras, promovendo a qualidade arquitetônica e técnico-funcional por meio da *limitação radical à utilização de contratos integrados* e da *exclusão da realização de obras com base apenas em projeto de nível preliminar*.⁵⁹

No mesmo sentido vai o atual Código de Contratos Públicos e Concessões italiano, que, em seu art. 59, §1º, estabelece que todas as obras públicas serão licitadas com base em projeto executivo aprovado. Exceção a essa regra são os *general contractors* (muito raros) e obras financiadas com recursos privados, como é o caso das concessões e das parcerias público-privadas, que utilizam modelagem DBB.⁶⁰

⁵⁷ ITÁLIA. *Decreto Legislativo n. 163/2006*. Disponível em: http://www.mit.gov.it/mit/mop_all.php?p_id=09168. Acesso em: 24 maio 2018.

⁵⁸ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Contratação integrada: o Brasil na contramão da história? Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 4, n. 1, p. 59-91, 2017.

⁵⁹ No original: “*Valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione e il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione elettronica e informativa per l’edilizia e le infrastrutture, limitando radicalmente il ricorso all’appalto integrato, tenendo conto in particolare del contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto dell’appalto o della concessione in rapporto al valore complessivo dei lavori e prevedendo di norma la messa a gara del progetto esecutivo; esclusione dell’affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare, nonché, con riferimento all’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e di tutti i servizi di natura tecnica, del ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d’asta*”. ITÁLIA. *Legge 28 gennaio 2016, n. 11*. Disponível em: http://www.bossettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0011.htm. Acesso em: 24 maio 2018.

⁶⁰ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Op. cit.*

Por fim, o novo Código de Contratos Públicos italiano, de abril de 2016, não prevê a *appalto integrato complesso*,⁶¹ mantendo, tão somente, a possibilidade de recorrer-se a algo semelhante à contratação semi-integrada,⁶² em situações muito específicas.

Já na França, o Código de Contratos Públicos, instituído por meio do Decreto nº 975/2006, contemplava a *marché de conception-réalisation*, similar ao *design-build*.⁶³ Entretanto, a falta de uma regulamentação mais minuciosa acabou propiciando diversas situações de utilização indevida do instituto.⁶⁴ Diante disso, a *marché de conception-réalisation* aparece com nova roupagem no novo Código de Contratos Públicos francês,⁶⁵ que possibilita sua adoção nos seguintes casos: quando estiverem presentes razões de ordem técnica relacionadas às condições de concepção, realização e implementação; nas hipóteses de contratações caracterizadas por dimensões incomuns ou dificuldades técnicas especiais; e nas contratações que tenham por objetivo uma melhoria da eficiência energética do empreendimento.⁶⁶

Essa modelagem exige, ainda, a análise dos projetos por uma comissão independente, que se incumba de elaborar parecer sobre as propostas classificadas e escolher o vencedor do certame, em decisão fundamentada. O poder público poderá, ainda, solicitar esclarecimentos e informações adicionais relacionadas às propostas apresentadas pelos concorrentes, sem que isso represente uma alteração dos elementos fundamentais da proposta ou das características essenciais do objeto.⁶⁷

Em Portugal, instituto similar ao *design-build* chamado *empreitada de concepção/construção* aparece no art. 43, item 3, do Decreto-Lei nº 18/2008 (Código dos Contratos Públicos – CPP), nos seguintes termos:

Em casos excepcionais devidamente fundamentados, nos quais o adjudicatário deva assumir, nos termos do caderno de encargos, obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar, ou nos quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela, a entidade adjudicante pode prever, como aspecto da execução do contrato a celebrar,

⁶¹ ITÁLIA. *Decreto Legislativo n. 18 aprile 2016, n. 50*. Disponível em: http://www.bossettiegatti.eu/public/2016_0050_codice_contratti.pdf. Acesso em: 24 maio 2018.

⁶² MIRANDA, Henrique Savonitti. *Op. cit.*, p. 75.

⁶³ FRANÇA. *Décret n° 2006-975 du 1er août 2006*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000264576&categorieLien=id>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁶⁴ FRANÇA. *Conseil d'Etat. Requêtes n°s 155.573, 155.574 e 155.575*. Data da Sessão: 17.3.1997. FRANÇA. *Cour administrative d'appel de Nancy. Requête n° 01NC00110*. Data da Sessão: 5.8.2004.

⁶⁵ FRANÇA. *Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032295952>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁶⁶ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Op. cit.*

⁶⁷ *Ibidem*.

a elaboração do projeto de execução, caso em que o caderno de encargos deve ser integrado apenas por um programa.⁶⁸

O referido *projeto de execução* é conceituado na Portaria nº 701-H/2008 como o documento elaborado pelo projetista, a partir do estudo prévio ou do anteprojecto aprovado pelo contratante, destinado a fornecer todos os elementos necessários à definição rigorosa dos trabalhos a executar.⁶⁹ Esse instituto se assemelha ao nosso projeto básico. Por sua vez, o *programa*, constante do citado decreto-lei, significa o documento fornecido pelo contratante ao projetista para definição dos objetivos, características orgânicas e funcionais e condicionamentos financeiros da obra, bem como dos custos e prazos de execução a serem observados,⁷⁰ ou seja, molda apenas os contornos do que se deseja contratar, como o nosso anteprojecto.

Logo, nos casos em que o responsável pela obra não possui meios humanos ou técnicos para a elaboração de um projeto de execução, poderá iniciar um procedimento licitatório para a contratação desse serviço ou divulgar o edital com apenas um programa, ficando a elaboração do projeto sob responsabilidade do futuro contratado, à semelhança da CI.⁷¹

O uso restrito desse segundo tipo de contratação fica marcado na jurisprudência do Tribunal de Contas de Portugal, que assevera ser a empreitada de concepção/construção regime excepcional. Segundo o órgão, seu uso inadequado e ilegal ocasiona redução do universo de concorrentes, com o conseqüente risco de comprometimento do resultado financeiro do certame.⁷²

Esse modelo, na visão daquela corte, enseja limitação da concorrência em razão dos meios e conhecimentos adicionais que exige dos concorrentes, especialmente em planeamento e projeto, e ainda pelo fato de o risco por erros e omissões do projeto ser transferido ao particular.⁷³ Por fim, a responsabilidade do construtor é reforçada no CPP, quando dispõe que o empreiteiro elaborador do projeto é o responsável por suprir os respectivos erros e omissões, exceto quando estes decorram de elementos elaborados ou disponibilizados pelo contratante.⁷⁴

⁶⁸ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 18/2008*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/search/248178/details/normal?|=1>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁶⁹ PORTUGAL. *Portaria n. 701-H/2008*. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/search/575341/details/maximized>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Op. cit.*

⁷² PORTUGAL. Tribunal de Contas. *Jurisprudência da 1ª Secção do Tribunal de Contas relativamente a empreitadas de obras públicas*. Disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/juris-op.shtm>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 18/2008*. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/248178/details/normal?|=1>. Acesso em: 24 maio 2018.

Logo, conclui-se que modelos similares à contratação integrada ou são usados de maneira excepcional (Portugal), ou foram abandonados (Itália), ou envolvem requisitos mais rigorosos (França) em relação aos impostos pelo ordenamento brasileiro.⁷⁵ Esse último exige apenas justificativa técnica e econômica (art. 9º da Lei do RDC), comando subjetivo que possibilita uma série de interpretações; e restringe a CI a objetos que envolvam inovação tecnológica ou técnica ou com possibilidade de execução com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado (art. 9º, I, II e III), o que, dependendo da interpretação que se dê a “diferentes metodologias”, abarca uma enorme quantidade de objetos.

4.2 O rigoroso procedimento norte-americano e as hipóteses que explicam seu melhor desempenho

Nos EUA, o *design-build* surgiu na década de 1980 e, em 1997, foi incluído no FAR, sendo que investigações sobre seus resultados, em geral positivos, foram apresentadas anteriormente. Nesse ponto, será ressaltado o rigoroso procedimento desse instituto.

O Regulamento nº 36.301 estabelece que o uso do *design-build* deve ser baseado em decisão fundamentada que considere a existência de três ou mais propostas e que os projetos devem ser apresentados pelos ofertantes antes do desenvolvimento das composições de custos, o que irá onerá-los de forma considerável. Além disso, serão avaliadas: a extensão em que os requisitos do projeto foram adequadamente definidos; as limitações de tempo para a entrega do projeto; a capacidade e experiência de potenciais contratantes; a adequação do projeto para o uso do método de seleção de duas fases; e a capacidade da agência para gerenciar o processo de seleção de duas fases.⁷⁶ A primeira dessas fases consiste na verificação do preenchimento de certas qualificações técnicas e requisitos por parte dos proponentes, que formarão um grupo reduzido com possibilidade de participação ao longo do certame; e a segunda consiste na avaliação técnica e de preço das propostas submetidas e à definição do vencedor da licitação.⁷⁷

No DB norte-americano, há possibilidade da ocorrência de aditivos nos contratos, que são divididos em dois tipos. No primeiro, as mudanças não envolvem variação no valor do contrato, na data de conclusão ou nos termos contratuais relevantes,

⁷⁵ BRASIL. *Lei Federal n. 12462/2011. Op. cit.*

⁷⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Acquisition Regulation. Part 36, Subpart 36.3 - Two-Phase Design-Build Selection Procedures.* Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/48/part-36/subpart-36.3>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁷⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. *Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f).* Jan. 2006. Disponível em: <https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>. Acesso em: 29 maio 2018. p. iii.

ou seja, os aditivos são mais simples. São exemplos desse tipo de alteração: método revisado de medição; registros de trabalhos ou materiais não aceitos; substituição de materiais, métodos ou equipamentos; alterações no escopo do trabalho (sem tempo ou custos adicionados); registro de aumento ou diminuição de quantidades; pequenos ajustes às disposições e especificações especiais; e melhora na redação.⁷⁸

No segundo tipo, os aditivos envolvem mudanças no valor do contrato, em sua data de conclusão ou em termos contratuais significativos. São exemplos: mudanças no trabalho, alterações significativas às disposições e especificações especiais, mudanças no prazo contratual, revisões da seção estrutural do pavimento, revisões relevantes do desenho geométrico e incorporação de conceitos técnicos alternativos de outras equipes.⁷⁹

As etapas do processamento do *design-build* norte-americano se cercam de inúmeros cuidados e rigor técnico e avaliativo.⁸⁰ A primeira dessas etapas – pedido de qualificações (PDQ) – objetiva selecionar os proponentes com as qualificações exigidas para executar o empreendimento, no intuito de que o número de participantes fique entre três e cinco, considerado razoável tendo em vista a carga de trabalho administrativo das fases seguintes. O resultado dessa fase é uma lista de candidatos pré-qualificados para continuar no certame.

Na segunda etapa – pedido de propostas (PDP) –, são definidas as instruções para os licitantes, elaborada a minuta do contrato DB e desenvolvidos os requisitos técnicos (impacto ambiental e engenharia preliminar). Em seguida, ocorre a liberação da minuta da proposta para conhecimento da indústria, que pode sugerir mudanças por escrito ou por meio de reuniões (dois a três *rounds*, a depender do projeto). Enquanto isso, são formadas as comissões e subcomissões de revisão técnica e desenvolvidas as regras para avaliação das propostas. O resultado dessa etapa é o pedido de proposta completo, que, após a aprovação das autoridades competentes, é liberado para as empresas que integram a lista dos candidatos pré-qualificados.⁸¹

A terceira etapa – de desenvolvimento das propostas (PDP2) – consiste na interação entre as empresas pré-qualificadas e a comissão, por meio de pedidos de esclarecimento, respondidos em reuniões com todos (em geral, duas ou três, podendo ser mais em empreendimentos complexos). Nesse momento, as empresas

⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Minnesota Department of Transportation. *Design-build contract changes*. Disponível em: <http://www.dot.state.mn.us/const/tools/dbcontractchanges.html>. Acesso em: 24 maio 2018.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ A descrição dessas etapas se baseia em ALBUQUERQUE, Ana Elisabete Cavalcanti de; PRIMO Marcos André de Mendes; PEREIRA, Felipe Augusto. Vantagens, Riscos e Desvantagens na Adoção do Método de Contratação Design-build pelo Setor Público Brasileiro. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, São Paulo, v. 17, n. 54, p. 828-838, jan./mar. 2015.

⁸¹ Ibidem.

pré-qualificadas podem sugerir conceitos técnicos alternativos, que são avaliados pelas comissões e, se aceitos, ensejam alterações no pedido de proposta. O produto final dessa etapa é o recebimento das propostas técnica e de preço das empresas pré-qualificadas, em envelopes lacrados.⁸²

Quando da avaliação das propostas (PDP3), utiliza-se o método denominado melhor valor (*best value*), no qual são atribuídos pesos a técnica e preço, a critério do contratante, de maneira similar ao que ocorre nas licitações brasileiras (critério técnico e preço). Os envelopes recebem notas das respectivas comissões após avaliação sigilosa. Essa etapa termina com o anúncio da proposta mais bem classificada para contratação. Há, no setor público americano, a possibilidade de uma subfase nessa etapa, com negociação de preço e possibilidade de sanar irregularidades verificadas nas propostas. Só depois desses procedimentos as notas são calculadas, e o vencedor, anunciado.⁸³

A última etapa é a finalização do contrato, quando é possível negociar conceitos técnicos alternativos propostos por empresas pré-qualificadas que não venceram o certame, desde que o procedimento de negociação tenha sido aprovado anteriormente. Após a negociação, a empresa é compensada, e a comissão recalcula o preço final, englobando a mudança. Finalmente, a comissão conclui a contratação do licitante vencedor, e o contrato passa à etapa de administração.⁸⁴

A partir desse detalhamento das etapas do procedimento norte-americano, é possível levantar algumas *hipóteses* a respeito do melhor desempenho do DB quando comparado à CI. A primeira delas aponta que a grande interação entre os licitantes e o poder público anteriormente ao resultado final do certame, no caso dos EUA, possibilita que o projeto, quando do fim da licitação, esteja mais amadurecido e sujeito a menos imprecisões e alterações que no caso brasileiro.

No Brasil, a confecção do PB terá início apenas após o final do certame, sujeito, ainda, a posterior aprovação pelo órgão público responsável, fase na qual serão dirimidos conflitos e esclarecidas questões atinentes às soluções; e só após todo esse trâmite terá início a execução da obra. Nos EUA, o aperfeiçoamento da concepção dá-se durante o certame e com a participação de outros licitantes (não apenas do vencedor), possibilitando a incorporação de ideias e o amadurecimento dos projetos. Isso mitiga os problemas relacionados à licitação com anteprojeto (tópico 1.4.1, c).

A partir disso, a concepção e a execução se tornam fases sobrepostas, com ganho de tempo, como se depreende do gráfico abaixo, que mostra uma comparação entre projetos DB e DBB (rurais e urbanos) documentados pelo Departamento de

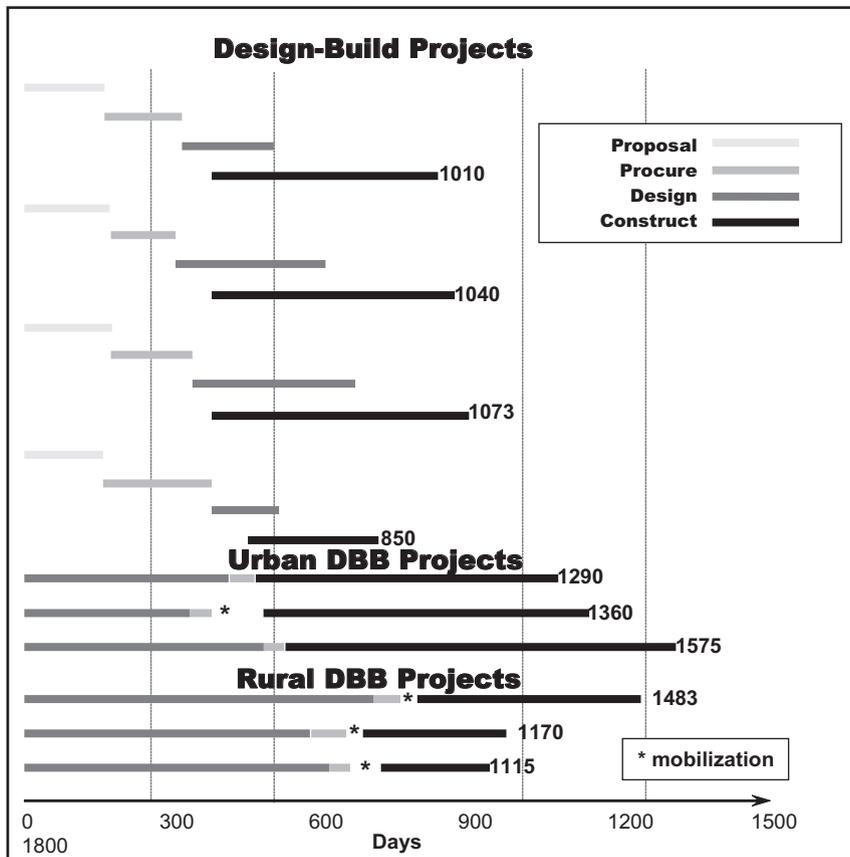
⁸² Idem.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

Transporte do Arizona em 2004. Mesmo desconsiderando o tempo relacionado à contratação dos projetos (básicos) no DBB, o gráfico mostra prazos de entrega mais curtos no DB, especialmente para projetos urbanos. Ilustra-se o efeito do *sequenciamento simultâneo* das fases de projeto e desenvolvimento no DB *versus* o *sequenciamento consecutivo* dessas fases no DBB.⁸⁵

Gráfico 2 – Linha do tempo de projetos comparáveis DB e DBB



Fonte: Design-Build Effectiveness Study, da FHA, p. II-2.⁸⁶

⁸⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. *Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f)*. Jan. 2006. Disponível em: <https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>. Acesso em: 29 maio 2018. p. II-2.

⁸⁶ O gráfico foi retirado de: ERNZEN, Jim; WILLIAMS, Ron; BRISK. *Debra*: Arizona Department of Transportation. Design-Build vs. Design-Bid-Build: Comparing Cost and Schedule. 2004.

Um dispositivo constante do PL nº 6.814/2017 tem o potencial de ajudar a diminuir as diferenças relacionadas ao DB nesse ponto. Trata-se da previsão do *diálogo competitivo*, prática na qual a administração realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo. Similar ao procedimento norte-americano, esse instituto visa aproximar os setores público e privado e poderá ser mantido até que a administração identifique a solução que atenda às suas necessidades, além de permitir esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou distorçam a concorrência.⁸⁷ O modelo adotado no PL é inspirado no regulamento de compras públicas da Comunidade Econômica Europeia, utilizado, entre outras situações, nas hipóteses em que a especificação dos produtos ou serviços finais a serem adquiridos não puder ser desenvolvida previamente.⁸⁸

A segunda hipótese diz respeito à capacitação dos agentes públicos envolvidos no processo de contratação. Uma das recomendações constantes do documento *Design-Build Effectiveness Study* aponta que as agências de transporte devem investir massivamente em treinamento *antes* de executar seu primeiro empreendimento com o DB. Esse treinamento deve incluir a consulta a engenheiros e empreendedores que irão competir nas licitações. Além disso, o treinamento deve englobar práticas que institucionalizem o aprendizado para que haja evolução ao longo do tempo.⁸⁹

Estudo realizado na força aérea norte-americana, abrangendo 835 empreendimentos militares, coloca entre as características determinantes do sucesso de um empreendimento DB a experiência e capacitação do contratante. Essa preparação deve observar o nível adequado para a definição do escopo do contrato, que gerará ganhos proporcionais à maior experiência do contratante. O DB só deve ser usado por órgãos inexperientes com a ajuda de consultores externos.⁹⁰

Outro estudo, realizado no Brasil – especificamente no governo de Pernambuco –, concluiu que os profissionais envolvidos na contratação e na fiscalização das obras passíveis de utilizar a metodologia DB teriam que ser contratados e/ou capacitados de acordo com as demandas desse método anteriormente às avenças. Além disso, processos devem ser redesenhados, e recursos – como treinamento contínuo, estrutura organizacional, equipamentos, ferramentas de TI –, providenciados. É

⁸⁷ Art. 29. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.814/2017*. Op. cit.

⁸⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ ROSNER, James. *An Analysis of the design-build delivery approach in air force military construction*. Air force Institute of Technology. Ohio, 2008. Disponível em: <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a489495.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2018.

imprescindível, ainda, que, antes da adoção do método, as equipes de contratação sejam capacitadas e dotadas com toda a estrutura necessária para preparar especificações e editais de modo a minimizar ocorrências de recursos, bem como para respondê-los rapidamente. De toda forma, levaria certo tempo até que as vantagens fossem percebidas.⁹¹

A análise empreendida pelos pesquisadores apontou que uma restrição considerável à adoção do DB no Brasil diz respeito à falta de planejamento e de controles sobre o desempenho, a qualidade e o escopo por parte do contratante. Essas deficiências devem ser corrigidas antes da adoção do método, pois o exercício do controle devido é um fator crítico de sucesso. Ao extrapolar as limitações mencionadas para todos os órgãos públicos, não seria aconselhável qualquer iniciativa para implantar o método DB no contexto brasileiro sem que antes fossem eliminados ou minimizados seus riscos e fraquezas.⁹²

Infere-se, portanto, a partir do detalhamento das fases do procedimento norte-americano, da recomendação citada e dos estudos empíricos mencionados, que o fator capacitação é algo preponderante na adoção do DB. Aparentemente, essa questão não recebe a devida atenção no contexto brasileiro.

A terceira hipótese refere-se às estruturas de incentivos e desincentivos das contratações. De acordo com o *Design-Build Effectiveness Study*, 20% dos que responderam questionário atinente ao DB informaram o uso de cláusulas contratuais de incentivo, enquanto 46% informaram o uso de cláusulas de desincentivos.⁹³

As cláusulas de incentivo mais citadas foram benefícios por entrega em prazo menor que o estipulado e por maior qualidade do projeto e dos materiais. Já as principais cláusulas de desincentivo foram penalidades por atraso na entrega e multas por interromper o tráfego além do estipulado. O quadro a seguir detalha esses e outros inventivos e desincentivos:

⁹¹ ALBUQUERQUE, Ana Elisabete Cavalcanti de; PRIMO Marcos André de Mendes; PEREIRA, Felipe Augusto. *Op. cit.*

⁹² *Ibidem.*

⁹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. *Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f)*. Jan. 2006. Disponível em: <https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>. Acesso em: 29 maio 2018. p. II-2.

Quadro 2 – Incentivos e desincentivos do *design-build*

Tipos de incentivo do modelo de contratação <i>design-build</i>	
<p>Incentivo à conclusão antecipada</p> <ul style="list-style-type: none"> • Incentivo tabelado para conclusão antecipada • Incentivo diário para conclusão antecipada • Conclusão dos elementos especificados, tais como iluminação de estradas e pontes 	<p>Qualidade do projeto</p> <ul style="list-style-type: none"> • Suavidade de pavimento ou qualidade de rolamento • Qualidade dos materiais • Qualidade da mão de obra <p>Outros incentivos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Concessão de prêmios por boa gestão, qualidade e cumprimento de prazos • Segurança do projeto • Programa de relações públicas
<p>Gestão de tráfego</p> <ul style="list-style-type: none"> • Disponibilidade de faixa auxiliar • Tempo de viagem 	
<p>Compartilhamento de receita</p> <ul style="list-style-type: none"> • 70% da receita líquida de pedágios por conclusão antecipada da obra 	
Tipos de desincentivo do modelo de contratação <i>design-build</i>	
<p>Penalidades por conclusão fora do prazo</p> <ul style="list-style-type: none"> • Atrasos no cronograma do projeto • Escalonamento de danos e prejuízos causados pelo atraso • Incapacidade de atender aos padrões exigidos para materiais e suavidade do pavimento 	<p>Prejuízos previamente estipulados</p> <ul style="list-style-type: none"> • Atraso em adimplemento substancial • Atraso na aprovação final da obra
<p>Outros desincentivos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Elegibilidade limitada para extensões de prazo • Taxas de aluguel de faixas em razão de fechamento de faixa e/ou acostamento existentes 	

Fonte: Tradução livre de *Design-Build Effectiveness Study*, da FHA, p. IV-47.

No caso dos incentivos, a Lei do RDC prevê a possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Logo, em nível de norma, há previsão que possibilita práticas similares às utilizadas nos EUA em relação a incentivos.

Ademais, o Acórdão nº 1.541/2014-TCU-Plenário⁹⁴ retrata um caso bem-sucedido da utilização desse instituto, relacionado ao incremento do número de meses de manutenção de um empreendimento portuário por parte do particular ante a antecipação da entrega de projetos e da execução.

Contudo, em relação aos desincentivos, o melhor desempenho do DB, quando comparado à CI, pode estar relacionado à possibilidade de *enforcement* das punições. A imprevisibilidade do Judiciário, relacionada à ausência de incentivos aos magistrados brasileiros para a formação de jurisprudência dominante – o que leva ao anarquismo judicial⁹⁵ –, faz com que os particulares não se sintam obrigados a obedecer às cláusulas contratuais, uma vez que a discussão no Judiciário é longa e aleatória. Isso mina a credibilidade das cláusulas de desincentivos no Brasil e reduz a perspectiva de melhoria do desempenho da CI ao longo do tempo,⁹⁶ pois é improvável a formação de capital jurídico.⁹⁷

Do exposto, conclui-se que modelos similares à CI (cujas distinções, especificamente em relação ao *design-build*, foram elucidadas anteriormente) ou são usados de maneira excepcional (Portugal), ou foram abandonados (Itália), ou envolvem requisitos mais rigorosos (França e Estados Unidos) em relação aos impostos pelo ordenamento brasileiro. No caso dos EUA, o melhor desempenho empírico do DB pode estar relacionado à maturidade dos projetos quando do término da licitação, com maior participação do setor privado (não apenas do vencedor do certame) na concepção do empreendimento, possibilitando uma sobreposição das fases de concepção e execução; à maior capacitação dos agentes públicos norte-americanos e à institucionalização do aprendizado; e à maior possibilidade de *enforcement* de punições nos EUA, por conta da maior previsibilidade do judiciário naquele país.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1541/2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 11/06/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=498845>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

⁹⁵ O estado judicial não cooperativo em que a cada caso podem ser aplicadas regras jurídicas diferentes, a depender das preferências do magistrado, sem que a jurisprudência caminhe para se tornar uniforme e dominante, é o que chamamos anarquismo judicial, aqui entendido como a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de cultura e de mecanismos jurídicos de uniformização jurisprudencial, o que significa que há uma dificuldade de coordenação entre magistrados das diversas instâncias para a formação e respeito à jurisprudência e, portanto, de formação de capital jurídico. GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário*. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília - UnB, 2012. p. 48.

⁹⁶ Quanto a este ponto, o novo Código de Processo Civil, de 2015, tende a reduzir o anarquismo judicial ao longo do tempo, em vista dos diversos mecanismos de uniformização constantes de seu texto. Vide. BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 14 out. 2018.

⁹⁷ O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em dado momento. Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes econômicos podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Op. cit.*, p. 2.

5 Conclusão

Por meio de revisão bibliográfica, pesquisa de atos normativos e análise de estudos empíricos, este artigo testou o pressuposto, exposto na manifestação da AGU, no âmbito da ADI nº 4.645, que aponta o alinhamento da contratação integrada às melhores práticas internacionais como fator que sugere maior utilização desse regime no Brasil. Investigaram-se as possíveis causas da diferença de desempenho entre o *design-build* (especialmente o norte-americano) e a CI, adotada no Brasil.

Viu-se que o *design-build*, regime cujos bons resultados são frequentemente citados para justificar a adoção da contratação integrada, possui diferenças conceituais em relação ao modelo brasileiro que fragilizam o argumento. A CI apresenta escopo maior, incluindo a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, que não fazem parte do escopo do *design-build*. O regime EPC *turn key lump-sum* é que possui características equivalentes à CI.

Ainda, demonstrou-se que a expansão do uso do *design-build* na União Europeia é contestável. Viu-se que institutos semelhantes na França, na Itália e em Portugal, em geral, tiveram seu uso reduzido. Já nos Estados Unidos, onde o *design-build* é amplamente utilizado e cujos estudos apresentam resultados positivos, há maior participação do setor privado na concepção do que será contratado em um momento anterior à licitação. Levantamos a hipótese de que isso resulta em um projeto mais amadurecido e menos sujeito a alterações quando da licitação, além de possibilitar ganho de tempo com a sobreposição das fases de projeto e execução.

Outra hipótese levantada para o melhor desempenho da integração concepção-construção nos EUA foi a maior capacitação de seus servidores, com uso constante de consultorias externas. A terceira e última hipótese levantada relaciona-se à estrutura de incentivos norte-americana, na qual há maior possibilidade de *enforcement* das punições por descumprimentos contratuais.

Por tudo isso, o pressuposto foi contestado. Contudo, ressalta-se, novamente, que o intuito deste artigo não é advogar a extirpação da contratação integrada do ordenamento jurídico pátrio, ante a não verificação do pressuposto analisado. O intuito do trabalho foi apenas apontar a necessidade de novas pesquisas para que se entenda o que pode ser aperfeiçoado e se avalie se, de fato e em que circunstâncias, a CI traz benefícios ao ambiente contratual público. O que se apontou, em suma, é que o simples argumento de que o regime é utilizado em países europeus e EUA como base para a ampliação do uso da CI no Brasil padece de fragilidades, o que aumenta o ônus de outros argumentos favoráveis à disseminação do regime.

Referências

ALBUQUERQUE, Ana Elisabete Cavalcanti de; PRIMO Marcos André de Mendes; PEREIRA, Felipe Augusto. Vantagens, Riscos e Desvantagens na Adoção do Método de Contratação Design-build pelo Setor Público Brasileiro. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, São Paulo, v. 17, n. 54, p. 828-838, jan./mar. 2015.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *RDC e Contratação Integrada na prática: 250 questões fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BAETA, André Pachioni. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas: aplicado às licitações e contratações de obras públicas*. 3. ed. São Paulo: Pini, 2016.

BENATTI, Roberta Moraes Dias. Contratação integrada do regime diferenciado de contratação: estudo de caso à luz da economia dos custos de transação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDIO006.aspx?pdnCtd=230811>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários ao PLS n. 559/2013. Modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 181, p. 9-23, jan. 2017.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT. *Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias*. Brasília, 2013, p. 7. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/servicos/guia-de-gerenciamento-de-riscos-de-obras-rodoviaras/guia-fundamentos-simplificado2.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

BUCKER, Maurício Brun. *Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil*. Dissertação de Mestrado. Escopa Politécnica da Universidade de São Paulo, 2010.

BUENO, Júlio Cesar. Melhores práticas em empreendimentos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendência num ambiente de negócios globalizados. In: SILVA, Leonardo Toledo da (Coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Gustavo Marinho de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 167-195, jul./dez. 2013.

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 n. 12.462/11; Decreto n. 7.581/11): aspectos fundamentais*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*): em busca de propostas legislativas para sua superação. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017.

Dossiê DNIT: Dossiê atualizado sobre a ineficiência da Contratação Integrada no Brasil. Disponível em: <http://www.caubr.gov.br/dossie-comprova-ineficacia-da-contratacao-integrada-no-dnit/>. Acesso em: 28 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Transportation. Federal Highway Administration. *Design-Build Effectiveness Study – As required by TEA-21 Section 1307(f)*. Jan.

2006. Disponível em: <https://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.htm>. Acesso em: 29 maio 2018.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília - UnB, 2012. p. 48.

HANSCOMB Means Report: International Construction Intelligence, v. 16, n. 6, jan./fev. 2004. Disponível em: <http://www.icoste.org/Roundup1204/Hanscomb-Means-Oct04.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

MANSUKHANI, Gordon Rees Scully. *Differences between EPC and design-build delivery*. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7e8d69d7-b936-4891-aab8-d69690c3cc71>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MARRY, Michelle; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *RDC – Regime Diferenciado de Contratações*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

MIRANDA, Henrique Savonitti. Contratação integrada: o Brasil na contramão da história? *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 4, n. 1, p. 59-91, 2017.

NÓBREGA, 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. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=239052>. Acesso em: 24 abr. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=76296>. Acesso em: 5 jul. 2018.

PESSOA NETO, José Antônio Pessoa; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. *Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações Lei 12.462/11 – Uma perspectiva gerencial*. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, 2015.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a contratação integrada. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=217497>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ROSNER, James. *An Analysis of the design-build delivery approach in air force military construction*. Air force Institute of Technology. Ohio, 2008. Disponível em: <http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a489495.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2018.

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

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FORNI, João; CARMONA, Paulo Cavichioli. Contratação integrada: o (des) alinhamento do regime a boas práticas internacionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 221-250, out./dez. 2020.
