

## 1 INTRODUÇÃO

Com a realização de grandes eventos em 2014 e 2016 no Brasil, o governo federal deparou-se com um desafio frequentemente relegado na implantação de obras públicas: prazos fixos e improrrogáveis. Os grandes investimentos em infraestrutura realizados para permitir e estimular o desenvolvimento do país têm seus prazos de conclusão dilatados com frequência, acarretando inquietações quanto à adequada realização destes eventos diante da realidade nacional.

Entre as condicionantes para acomodar esses eventos, está a disponibilidade da infraestrutura, o que motivou os países que já foram anfitriões a realizarem pesados investimentos para atender a determinados padrões de conforto e segurança. No Brasil, além do legado de empreendimentos que tais eventos poderão deixar, as recentes mudanças na legislação brasileira para viabilizá-los também podem acarretar benefícios à sociedade.

Nesse sentido, uma recente lei que trata de licitações e contratos necessários à realização destes eventos criou o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), trazendo inovações que permitirão rever os atuais procedimentos de aquisição e contratação de obras públicas. Entre estas, estão: *i)* a inversão de fases no rito contratual, que proporcionou, de imediato, maior celeridade no rito das contratações públicas; *ii)* a elaboração de orçamentos por critérios paramétricos e por comparação com obras passadas, que permite simplificar a caracterização financeira dos objetos a contratar a partir de dados históricos; *iii)* a criação do *regime de contratação integrada*; e *iv)* o *orçamento sigiloso*; sendo estes dois últimos o objeto do estudo em curso. Tais inovações – trazidas pelo RDC – podem proporcionar maior celeridade na execução das obras públicas, por meio de uma melhor distribuição dos riscos de implantação entre o contratado e o contratante.

Este artigo realiza uma discussão preliminar sobre a transferência dos riscos nas contratações de obras públicas. Inicialmente, a seção 2 apresenta as dificuldades e as evoluções nos processos de contratações dos Estados Unidos, do Reino Unido, do Japão, da França, da Alemanha e da Suécia. As peculiaridades identificadas na implantação de obras públicas destes países assemelham-se com aquelas vivenciadas no Brasil, tanto nas dificuldades com prazos e custos como no aumento da participação do setor privado. Em seguida, a seção 3 aborda as duas principais leis de contratação de obras públicas brasileiras, destacando as peculiaridades, os impedimentos e os avanços em relação ao rito de contratação e critérios de seleção das propostas vencedoras de um certame. Por fim, na seção 4, são apresentadas as considerações finais deste artigo.

## 2 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

### 2.1 Peculiaridades e ritos para contratação

Responsável por grande parte dos investimentos públicos nas economias internacionais, a necessidade de desenvolvimento de soluções e implantação de infraestrutura motivou as instituições públicas a reavaliarem os critérios de contratação e participação do setor privado. Por isto, a forma de contratação de obras públicas tem passado por aprimoramentos significativos na última década em diversos países.

---

\* Técnico de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura (Diset) do Ipea.

O trabalho realizado por Moreira e Morais (2002) analisa as legislações sobre compras governamentais adotadas no âmbito dos acordos de comércio da Organização Mundial de Comércio (OMC), da União Europeia (UE) e do Acordo de Livre-Comércio da América do Norte (Nafta) em dois países, Estados Unidos e Brasil. Por sua vez, o estudo de Ohno e Harada (2006) aborda as inovações adotadas especificamente nos Estados Unidos, no Reino Unido, na França, na Alemanha e na Suécia – entre 2001 e 2003 –, buscando subsidiar o processo de revisão das formas de contratação pública no Japão. Entre estes países, as características que se destacaram foram as significativas alterações realizadas na legislação americana, a maior participação da iniciativa privada e a ênfase britânica no valor do bem público, a experiência francesa em concessões e alta capacidade técnica governamental, bem como a forte atuação e concentração das obrigações do Estado nas contratações realizadas na Suécia e na Alemanha.

No processo licitatório de obras públicas, o governo americano utilizava tradicionalmente o critério do menor preço para seleção da proposta vencedora. Entretanto, tal critério resultava em contratações por valores muito baixos, obrigando o governo a incrementar frequentemente os contratos para além de prazos e custos previstos inicialmente. Para evitar isto, a partir da revisão da legislação para contratações públicas em 2001, o governo americano realizou mudanças na sua legislação buscando a plena e aberta competição por meio de três processos de compras: *simplificado*, *proposta fechada* e *negociação de propostas*.

A *contratação simplificada* tem como objetivo oferecer oportunidade a grupos menores, desprivilegiados pela localização geográfica ou, ainda, por aquelas de propriedade de mulheres. As empresas da região são favorecidas, e compras recorrentes são realizadas por meio de contratos do tipo “guarda-chuva”. No processo de compras por meio de *propostas fechadas*, a participação no certame é irrestrita e as empresas entregam, conforme a própria denominação dada, suas propostas em envelopes lacrados.

Tendo-se em vista os defeitos nessa última forma de contratação, o governo americano instituiu e vem dando prioridade às contratações por meio da *negociação de propostas*. Este novo regime de contratação busca agilizar as contratações, quando critérios além do preço são necessários, ou em casos de urgência, quando é necessária a negociação das propostas com os proponentes. Para tanto, são definidos previamente os critérios de seleção, tais como desempenho da empresa e qualidade da obra.

Nos Estados Unidos, o processo de negociação parte da divulgação parcial das informações do objeto (*back-off*), fazendo com que as licitantes apresentem suas propostas com observações, correções e complementações, quando necessário. Para provocar uma maior competitividade, as informações sobre as empresas participantes – bem como as demais propostas – não são divulgadas.

A legislação europeia determina que as contratações sejam realizadas por meio de *chamadas públicas abertas* ou *por convite*, que se diferenciam entre si pela forma de direcionamento da contratação. Enquanto naquela a divulgação do edital busca convocar o maior número de empresas para participar do certame, nesta são convidadas apenas firmas com determinadas características – capacidades gerenciais, financeiras e técnicas, por exemplo. Neste último caso, outras empresas não contempladas pelos convites e que atendam a estes requisitos podem reivindicar sua participação no certame.

Outras duas formas de contratação dispostas na legislação europeia são direcionadas a contratações mais complexas. A *contratação por negociação* busca atender a objetos que apresentem elevada complexidade de caracterização do preço, que não tiveram sucesso em licitações anteriores, que apresentam destacado grau técnico ou artístico ou para complementar contratos preexistentes. Assim como nos procedimentos americanos, não são divulgados os detalhes da negociação e o contratante deve negociar com todos os interessados, obrigatoriamente. Para aqueles objetos em que o contratante não consegue definir os requisitos técnicos, financeiros e legais, a *contratação por diálogo competitivo* permite a negociação simultânea com vários interessados, explicitando as diretrizes gerais do projeto.

Apesar de o governo britânico ter adotado as recomendações estabelecidas pelas diretrizes da UE, este recomenda os processos de *contratação restrita* – ou por convite – e *por negociação* para as contratações de obras públicas e consultorias. A recomendação vem no sentido de diminuir os esforços do contratante, uma vez que este é sujeitável a analisar grande quantidade de propostas. Esperam também que, em uma licitação com um

número limitado de empresas, os preços apresentados sejam mais condizentes com as reais necessidades do objeto. No processo de contratação *por negociação*, após a apresentação das propostas, o contratante britânico busca negociar as especificações do objeto e a distribuição dos riscos da sua implantação.

Antes da criação desses dispositivos, a prática de oferta de baixos preços para vencer nesse acirrado mercado – que também ocorreu nos Estados Unidos – degenerava o relacionamento entre o contratado e contratante britânico, em razão de algumas obras serem entregues sem apresentarem plena funcionalidade. Em meio à acirrada concorrência, as empresas, ciente das falhas nos projetos, também buscavam ganhar o certame oferecendo baixos preços para que, após a assinatura do contrato, reivindicassem alterações contratuais que aumentavam os custos e os prazos inicialmente previstos, prática conhecida no Reino Unido como *claim culture*. Além de aumentar a atratividade da contratação para o ente público, reduzindo-se custos ou otimizando os recursos e o projeto, estas e outras reformas nas leis têm buscado eliminar a *claim culture* presente naquele país.

Na França, na Alemanha e na Suécia, ainda que não tenham apresentado grandes dificuldades na implantação de obras públicas, os governos implementaram melhorias nas contratações em busca de maior qualidade dos ativos. Apesar de contar com alta capacitação técnica no setor público, o governo francês intensificou a utilização das capacidades técnicas do setor privado. Na Alemanha e na Suécia, os governos locais e municipais possuem grande autonomia e qualificação, possuindo legislações diferentes da recomendada pela UE. Por este motivo, o Tribunal de Contas alemão reconheceu que, naquele país, o problema está no cumprimento dessas normas e não nas próprias legislações. E na Suécia, ainda que determinadas instituições tendo seguido as normas nacionais, outras não haviam entendido os detalhes da nova regulamentação.

Na França, o governo introduziu o processo de *diálogo competitivo* até mesmo antes da homologação das orientações da UE para contratações públicas, juntando-se aos já existentes de contratação por negociação e chamadas públicas. Este novo processo é utilizado quando não existem especificações técnicas ou a estrutura legal e de financiamento são complexas, peculiaridades que são tratadas com cada empresa. Os demais processos de contratação são normalmente utilizados para obras e serviços públicos (por negociação) e aquisição de bens públicos (chamadas públicas).

Durante a avaliação das propostas, o contratante francês solicita apenas esclarecimentos e detalhamento das propostas, permanecendo as negociações para serem realizadas em casos excepcionais (licitações sem sucesso, contratos a serem incorporados a outros, urgência e confidencialidade, ou peculiaridades técnicas e artísticas). Após a adoção do procedimento de contratação pelo *diálogo competitivo*, o governo francês tem a possibilidade de negociar com os licitantes logo após a publicação da solicitação das propostas.

Uma das peculiaridades na forma de contratação alemã é que cada objeto deve ser desmembrado em áreas técnicas, buscando-se contratar empresas especializadas em cada área. Dessa forma, proporciona maior competitividade no processo de contratação ao permitir empresas de pequeno e médio porte especializadas em determinadas áreas a participarem do certame. Além disso, a legislação alemã estabelece maior necessidade de cooperação entre o governo e o setor privado nas obras e nos serviços de engenharia.

Na Alemanha, os procedimentos de contratação podem ser resumidos em *aberto*, *fechado* e *por negociação*, correspondente às recomendações da UE (chamadas públicas abertas e contratações por convite e negociação), mas possuindo denominações diferentes conforme o valor da contratação. Nos processos de contratação *aberto* e *fechado*, as negociações são realizadas em casos excepcionais, ou quando houver o objetivo de averiguar os preços e o escopo, ou na ocasião de alterações nos projetos provocadas por erros. Por sua vez, no processo de *contratação por negociação*, o contratante alemão tem liberdade para negociar em todos os aspectos do objeto, de forma sigilosa (não pública), sendo permitido alterar o escopo das propostas pelas empresas. Em particular, busca-se reduzir o número de subcontratações e facilitar a gestão do contrato; podendo ser solicitado, inclusive, a substituição de empresas subcontratadas que não apresentem qualificação adequada.

Os procedimentos de contratação na Alemanha e na Suécia são similares (*aberto*, *fechado* e *por negociação*). Exceto no processo de contratação por negociação, não é permitida aos contratantes suecos a negociação com os interessados, mas solicitam-se esclarecimentos sobre os custos, sem obrigá-los a alterar valores e quantidades, ou, ainda, uma padronização de especificações e uniformização das propostas.

No Japão, por sua vez, após vivenciar uma série de casos de suborno e conluio na década de 1990, o governo passou a implementar melhorias no processo de licitação de obras públicas. Os processos de contratação por *licitação aberta* e por *convite* são amplamente utilizados, havendo também a possibilidade de adoção de *contratos discricionários* com determinadas empresas nos casos de urgência ou em casos de necessidade de técnicas específicas. A legislação japonesa não permite a negociação nos processos de contratação, mas, recentemente, algumas instituições federais têm experimentado tal procedimento. No âmbito municipal, as negociações têm sido conduzidas com maior frequência, envolvendo vários aspectos; entre estes, o prazo e o preço.

## 2.2 Critérios de seleção

Além de inovações nos ritos de contratação, conforme visto, esses países incorporaram critérios de seleção mais elaborados – afastando-se do menor custo das obras – e mais flexíveis – negociando escopos e preço com as empresas interessadas. Existe, portanto, uma tendência crescente de oferecer maior liberdade à análise da capacidade dos fornecedores, uma vez que nem sempre a menor oferta pode ser exequível do ponto de vista técnico (Leenders *et al.*, 2006 *apud* Maciel e Meza, 2012).<sup>1</sup>

A exemplo disso, o governo americano reconheceu que a sistemática de contratação pelo menor valor, utilizada amplamente até então, não era adequada à competitividade desejada. Por conseguinte, implementou o conceito do *best value*, o qual faz com que a seleção de empresas considere – além de outros critérios – seu desempenho passado e capacidades técnicas e financeiras.

Após a revisão da legislação europeia, a escolha da empresa vencedora pode estar baseada nos critérios do *menor preço* ou da proposta *economicamente mais vantajosa*; esta, por sua vez, aborda, além do preço, parâmetros como prazo, custos de manutenção, rentabilidade e técnica. Ainda que isto seja permitido, o governo francês não adota o critério de menor preço, mas, sim, a proposta de *maior vantagem econômica*, considerando parâmetros como o custo de gestão, o valor técnico, o tempo necessário para a aquisição, a qualidade – estética e funcional –, a rentabilidade, o serviço pós-venda, a assistência técnica, a data de vencimento e também o preço. Além disto, apesar da alta capacitação técnica no setor público, o governo francês intensificou a utilização das capacidades técnicas do setor privado por meio da contratação conjunta de projetos e obra (*design-build*).

Buscando-se também ter maior participação do setor privado na implantação de obras públicas, o critério britânico para seleção de empresas nas licitações passou a basear-se no *value for money* (VFM)<sup>2</sup> do projeto, no qual a proposta vencedora será aquela *economicamente mais vantajosa* para o contratante ao longo do ciclo de vida do projeto. A ponderação e os critérios que definem a qualidade e o custo no VFM variam de contrato para contrato. Naqueles com maior complexidade e inovação em termos de tecnologia, critérios de qualidade possuem importância considerável, enquanto os mais simples buscam avaliar e decidir apenas pelo custo. Na Alemanha, a escolha da proposta vencedora também se fundamenta naquela *mais vantajosa*, avaliando, entre outros critérios, o projeto e sua funcionalidade.

No caso do Japão, os critérios para escolha da proposta vencedora são o *menor preço* e, desde 1999, a *avaliação integrada de propostas técnicas*, que envolve análise conjunta do preço, da técnica e da qualidade. Mas, buscando-se promover a redução de custos e assegurar a funcionalidade e a qualidade destes ativos, foi introduzida e adotada amplamente a avaliação técnica, o *desing-build* e o valor de engenharia (VE – em inglês, *value engineering system*). Neste último, além de considerar os custos de implantação, de operação e suas respectivas durações, o VE introduz na métrica de avaliação do projeto seus resultados para a sociedade, consolidando, por sua vez, os objetivos gerais das obras públicas (Nakamura e Yokota, 2006).

1. Leenders, M. R. *et al.* *Purchasing and supply management*. New York: McGraw Hill, 2006.

2. Comparação dos custos de implantação e operação pelos setores públicos e privados. Mantidas as previsões de os custos serem implantados e operados pelo setor público, quanto menores forem os custos privados, *maior é o value for money* (VFM).

### 3 REGIMES DE CONTRATAÇÃO E CRITÉRIOS DE SELEÇÃO BRASILEIROS

Conforme visto, as experiências internacionais conduziram ao aprimoramento dos processos de contratação de obras públicas em diversos países. Novos mecanismos foram introduzidos tanto no rito de contratação como nos critérios de seleção, para – além de contornar suas deficiências – explorar melhor as capacidades do setor privado. As práticas então vivenciadas nos mercados americano e britânico, por exemplo, podem ser observadas também no Brasil, por meio da periodicidade com que são realizados termos aditivos aos contratos. Segundo Fiuza (2012), 33,6% dos contratos de obras civis, manutenção e reforma firmados pelos entes públicos – entre 2002 e 2007 – sofreram aditamentos e, entre aqueles que apresentaram cronogramas de implantação no sistema de compras federal (ComprasNet), 61,2% não foram finalizados. O autor expõe, ainda, que os contratos são aditados com menos de um terço do tempo decorrido, precocidade que evidencia a existência da *claim culture* também no Brasil.

Os ajustes realizados nos contratos envolvem, entre outros objetivos, a dilatação nos prazos para conclusão. Conforme lembrado por Fiuza (2012), no Brasil, optou-se por prever em leis e decretos quase tudo que rege o processo licitatório e os contratos públicos, de maneira diversa de outros países, nos quais se indicam apenas linhas gerais sobre os tipos de licitações permitidos. Por isto, a preocupação com os prazos para entregar obras destinadas à realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no Brasil resultou na flexibilização da tradicional Lei das Licitações Públicas (Lei nº 8.666/1993) (Brasil, 1993), criando-se assim o RDC; estas legislações serão abordadas de modo sucinto a seguir.

#### 3.1 Lei das Licitações Públicas (Lei nº 8.666/1993)

No Brasil, a estratégia de aquisição de obras públicas pode ser traduzida nos regimes de contratação. O Artigo 10 da Lei nº 8.666/1993 (Brasil, 1993) estabelece que, além da execução direta, as obras e os serviços poderão ser executados indiretamente pelos regimes de empreitada por preço unitário ou global, por tarefa ou, ainda, por meio de empreitada integral.

Nas contratações por *preço unitário* ou *por tarefa*, as empresas são contratadas para o simples fornecimento de materiais e serviços em quantidades predeterminadas. No caso das contratações por *preço global e integral*, o contratado passa a ser responsável, respectivamente, pela entrega de unidades mais amplas e predeterminadas (m<sup>2</sup>, km construído etc.) ou do ativo acabado, devendo também realizar a integração de projetos e sistemas neste último caso. O que se observa entre estes regimes é uma progressiva responsabilização do contratado no empreendimento, uma vez que este deixa de ser um simples fornecedor de insumos e serviços, para ser responsável também pela integração e pela gestão dos processos envolvidos na implantação do empreendimento. Por sua vez, os riscos para o contratante e, principalmente, para o projeto diminuem, visto que foram delegados àqueles que melhor podem identificar, mitigar e suportar estes imprevistos.

Outra característica das contratações brasileiras diz respeito ao julgamento das propostas, o qual deve ser objetivo e realizado em conformidade com os tipos de licitação. Segundo o Artigo 45, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993 (Brasil, 1993), os critérios de seleção estão relacionados ao preço (menor preço ou maior lance ou oferta), à *expertise* da empresa (melhor técnica) ou a uma combinação destes (técnica e preço). Assim como ocorreu nos países vistos anteriormente, a seleção pelo menor preço é a mais utilizada no Brasil, existindo ainda a adoção da técnica e do preço, que se assemelha à *avaliação integrada de propostas técnicas* no Japão e o *best value* nos Estados Unidos.

Independentemente do regime ou tipo de contratação, a alínea II do § 2º do Artigo 7º dessa lei estabelece que obras e serviços que envolvam recursos públicos somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários. Por este motivo, o benefício da *expertise* das empresas no negócio é comprometido, uma vez que são contratadas segundo quantidades de materiais e serviços predeterminadas. Adicionalmente, uma vez que o ativo é caracterizado por ampla quantidade de itens, passa a exigir das instituições contratantes grande quantidade de recursos, humanos e financeiros, para seu acompanhamento e seu controle.

Acrescentam-se a isso as recomendações previstas no § 1º e no § 2º do Artigo 23 dessa lei. Segundo estabelecido, o objeto a ser contratado deve ser parcelado caso apresentem viabilidade técnica e econômica, de forma a ampliar a participação das empresas e usufruir dos recursos disponíveis no mercado, desde que não comprometa a economia de escala, prática semelhante à britânica. Da forma exposta, além da tecnologia envolvida, a complexidade pode advir tanto da estruturação como do parcelamento do projeto, necessitando, novamente, de maior capacidade de contratação e gestão dos contratos pelo contratante. Mas, se o parcelamento das obras for prejudicial ao gerenciamento dos serviços, é possível a realização de licitação única para contratação da execução de todas as etapas que compõem o empreendimento.<sup>3</sup>

Assim, uma vez que o contratante seja obrigado a definir, minuciosamente, a quantidade e o tipo de item a ser utilizado em uma obra, recai sobre ele a responsabilidade pela plena execução do contrato. Além disso, é comum o poder público reter tal responsabilidade nas suas contratações pelo simples fato de não transferi-la explicitamente no contrato (Correia, 2010). Com isto, também se obriga a arcar com eventuais acréscimos e alterações orçamentárias.

### 3.2 Regime diferenciado de contratações – RDC

Com as dificuldades vivenciadas nas inversões em ativos de infraestrutura e o compromisso com os prazos para a realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 no país, o governo federal promulgou a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Brasil, 2011), que instituiu o RDC. Trata-se de modalidade de contratação aplicável – na sua concepção – exclusivamente às licitações e aos contratos necessários para engendrar estes eventos, tendo como objetivo central: *i)* ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; *ii)* promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; *iii)* incentivar a inovação tecnológica; e *iv)* assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública (Brasil, 2011).

Em relação às obras públicas, o RDC permite maior eficiência na execução dos contratos por meio de melhor distribuição dos riscos de implantação entre contratantes e contratados. Para isto, destacam-se dois instrumentos: a *contratação integrada* e o *orçamento sigiloso*.

No processo de implantação de obras públicas, o projeto básico consubstancia objetivos predefinidos e desdobra as soluções técnicas a serem utilizadas, pautado pela solução escolhida no anteprojeto e nos estudos preliminares. Neste, a solução deve ser detalhada em nível de precisão intermediária entre o anteprojeto e o projeto executivo, mas o suficiente para restringir a necessidade de reformulação ou de variantes nas fases subsequentes (o projeto executivo e a execução propriamente dita).

As insuficiências nesses projetos básicos estão entre as dificuldades encontradas para implementação de políticas públicas de infraestrutura, uma vez que resultam na adequação ou alteração da solução no decorrer da execução e, conseqüentemente, no aumento nos custos e atraso na conclusão do empreendimento. Tais dificuldades advêm da elaboração de projeto sem o devido aprofundamento, rigor e discussão da solução a ser utilizada, o que amplia as incertezas ao longo da sua implantação.

Sob essa perspectiva, o RDC criou a *contratação integrada*, que se distingue dos demais regimes de contratação apresentados anteriormente, na Lei nº 8.666/1993, pela inclusão do projeto básico ao escopo a ser contratado e – com algumas ressalvas –<sup>4</sup> pela restrição de termos aditivos aos contratos, sejam estes de tempo ou de custo. Desta forma, espera-se que o contratado tenha uma maior preocupação na elaboração dos projetos

3. Segundo o Acórdão nº 678/2008, do Tribunal de Contas da União (TCU), em plenário: "(...) 5. Se o parcelamento das obras, no caso concreto, mostra-se prejudicial ao gerenciamento dos serviços, é admissível a realização de licitação única para contratação da execução de todas as etapas que compõem o empreendimento". Para mais informações, ver Mendes (2012).

4. Segundo o § 3º do Artigo 9º, são permitidos termos aditivos aos contratos celebrados sob o regime de contratação integrada: "I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993" (Brasil, 1993).

do empreendimento e, conseqüentemente, no controle da implantação do empreendimento, uma vez que terá de arcar com os ônus – de tempo e custo, por exemplo – das correções necessárias para sanar erros que destes podem decorrer ao longo da sua execução.

Outro comando acarretado pela Lei nº 12.462/2011 (Brasil, 2011) que contribui para melhor distribuir os riscos pela implantação de um empreendimento está relacionado à publicização antecipada das informações sobre o empreendimento pelo contratante. O Artigo 6º estabelece que o orçamento previamente elaborado será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. O § 3º deste artigo acrescenta, ainda, que, caso estas informações não constem do instrumento convocatório, serão disponibilizadas estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Segundo Rezende (2011), o Poder Executivo defende o *orçamento sigiloso* sob o argumento de evitar a prática de elevação dos preços e de formação de cartel. Entretanto, a opção pela sua divulgação deve considerar, também, sua destinação. Uma vez que a elaboração de orçamentos minuciosos permite maior precisão dos custos de implantação, acarreta consigo uma quantidade de informações que caracterizam e delimitam o objeto a ser contratado.

Caso o contratante disponha de recursos que viabilizem tanto a elaboração adequada desses orçamentos como a contratação dos itens que a compõem distintamente, pode optar por conduzir uma contratação segundo as quantidades por ele definidas. O contratante, inclusive com estas informações, pode, ainda, optar por contratar apenas uma empresa para implantar todo o empreendimento, tendo-se em vista a complexidade que o processo pode acarretar às suas atividades e à sua organização. De qualquer forma, o orçamento previamente elaborado o norteia sobre o melhor preço a ser contratado – bem como a técnica mais adequada –, e o contratante, ao não divulgar este orçamento detalhadamente, permite que as empresas interessadas usem da sua *expertise* para avaliar melhor o projeto e propor novas soluções, ou até mesmo elaborar novos orçamentos mais compatíveis com as capacidades e as tecnologias do mercado.

É certo que, para a elaboração das propostas, o contratante deve fornecer aos licitantes determinadas informações sobre o objeto a ser contratado, mas quanto menos detalhadas forem, maior deverá ser o empenho das empresas para encontrar os custos necessários. Para o caso de obras, por exemplo, as informações preliminares de um projeto podem envolver estudos geotécnicos, de demanda ou socioambientais, permanecendo a cargo do contratado o planejamento de um projeto com base nos estudos disponíveis, que atenda aos objetivos a serem alcançados. Na medida em que o contratante elabora ou detalha o projeto no qual se propõe a implantar, assume os custos por eventuais alterações e acréscimos. Focando no produto final objeto da contratação, sem detalhar como este produto será construído, o contratante exime-se do risco de arcar com alterações nos quantitativos das atividades necessárias à obra.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo discute preliminarmente a distribuição dos riscos de implantação de obras públicas entre as instituições contratantes e seus contratados. As recentes alterações no processo de contratações de obras buscam acelerar a implementação de políticas públicas, principalmente no setor de infraestrutura. Isto porque, particularmente no Brasil, o método tradicional de governança e contratação (fases descontinuadas de projeto, implantação, manutenção, operação e ampliação) tem se revelado cada vez mais penoso.

Dificuldades e peculiaridades na governança e na implementação de políticas públicas vivenciadas no Brasil puderam ser observadas nos Estados Unidos, no Reino Unido e no Japão. Em outros países, como Alemanha, Suécia e França – até mesmo com a elevada qualificação técnica e governança do setor público –, também se buscaram melhorias nas contratações e na qualidade das obras públicas, de forma a explorar melhor as capacidades técnicas do setor privado.

A transição das formas de contratação observada nesses países caracterizou-se pelo maior envolvimento do setor privado nos investimentos públicos. Enquanto os métodos tradicionais de seleção se baseavam no menor preço de um escopo predefinido pelo contratante, é notório que a realidade motivou aqueles governos a adotarem formas de contratações mais flexíveis. Para isto, foram implementadas e ampliadas as possibilidades de contratação por meio de negociação de escopo e preço, permitindo-se utilizar da *expertise* privada para mitigar os riscos de implantação de obras públicas. Além disso, estas inovações buscaram agilizar os processos de contratação de obras públicas e compatibilizar os custos com as reais necessidades do objeto.

Nesse intuito, a criação do RDC acarretou mecanismos que fogem à regra até então assentada na legislação brasileira de compras; entre estes, o regime de contratação integrada e o sigilo do orçamento. Uma vez que estes comandos possibilitam uma melhor distribuição dos riscos de implantação dos empreendimentos, transferindo o risco de gestão da obra para o contratado, permitirão agilizar a implementação de políticas públicas.

Entretanto, se a divulgação dos quantitativos detalhados nos certames de contratação de obras públicas ocorrer novamente, permitirá a continuidade da prática de simples precificação de quantidades estabelecidas pelo contratado, bem como os artifícios que os contratantes buscam nestas planilhas para aumentar sua lucratividade. Uma vez que suas propostas são direcionadas pelos quantitativos definidos nestes certames, o licitante abstém-se de avaliar previamente as reais necessidades do projeto – até mesmo porque não poderá ultrapassar os valores máximos previstos para o contrato –, tornando a engenharia de custos e o jogo de planilhas fatores determinantes para vencer as licitações públicas.

Assim, o objetivo do estudo em andamento é o de estimar como as instituições públicas vêm utilizando esses comandos para melhor implantar políticas públicas. Inclusive instituindo mais ferramentas para a execução de obras públicas, os benefícios acarretados pela nova legislação do RDC poderão ser obstruídos pela limitação da governança destes ativos. À medida que induz as propostas dos licitantes, a divulgação dos quantitativos, prévia e minuciosamente, confronta-se com o interesse da contratação integrada em melhor alocar os riscos de implantação dos ativos entre os contratantes e o contratado. Em 2012, apenas duas instituições federais utilizaram o regime de contratação integrada (a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT). Apesar do uso ainda tímido, este regime já permite, ainda que preliminarmente, sinalizar as práticas até então empregadas.

Espera-se que um maior envolvimento do setor privado nesse novo regime de contratação afaste as incertezas nos custos de implantação e nos prazos de disponibilização dos ativos para a sociedade. Estes benefícios – até mesmo com menores descontos ou custos maiores das obras – já justificariam tal regime de contratação, tendo-se em vista proporcionar à sociedade e ao mercado auferir os benefícios da sua implantação nos prazos propostos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 21 jun. 1993.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. 4 ago. 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, 4 ago. 2011.

CORREIA, M. B. da C. **Contratualização de resultados e infraestrutura no Brasil**: uma tipologia de flexibilidades e inflexibilidades dos contratos de obras e serviços Brasília: Ipea, mar. 2010.

FIUZA, E. P. S. O regime diferenciado de contratações públicas e a agenda perdida das compras públicas. **Radar**: tecnologia, produção e comércio exterior, v. 19, abr. 2012.



MACIEL, G. da S.; MEZA, L. A. Aplicação de DEA em processos licitatórios e análise dos processos estratégicos de inovação aplicados ao estudo de caso de embarcações *offshore* da Petrobras. **Relatórios de pesquisa em engenharia de produção**, v. 12, p. 53-68, set. 2009. Disponível em: <[http://www.producao.uff.br/conteudo/rpep/volume122012/RelPesq\\_V12\\_2012\\_05.pdf](http://www.producao.uff.br/conteudo/rpep/volume122012/RelPesq_V12_2012_05.pdf)>.

MENDES, A. B. **A viabilidade jurídica da empreitada integral como ferramenta de participação competitiva das empresas estatais no setor elétrico**. Brasília: IDP, 2012.

MOREIRA, H. C.; MORAIS, J. M. de. **Compras governamentais**: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. Brasília: CEPAL, set. 2002. Disponível em: <<http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/8/11038/P11038.xml&xsl=/brasil/tpl/p9f.xsl&base=/brasil/tpl/top-bottom.xsl>>.

NAKAMURA, M.; YOKOTA, H. A New Management System for VE in Public Works. *In*: ANNUAL CONFERENCE PROCEEDINGS, 46., 2006. **Anais...** [s.l.]: SAVE International, 2006.

OHNO, T.; HARADA, Y. A Comparison of Tendering and Contracting Systems for Public Works between Japan, the United States and EU Countries. **Government auditing review**, v. 13, p. 24, mar. 2006.

REZENDE, R. M. de. **O regime diferenciado de contratações públicas**: comentários à Lei no 12.462, de 2011. Brasília: Senado Federal, ago. 2011. (Textos para Discussão). Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf)>.