



**AVM FACULDADE INTEGRADA**

---

PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU  
DIREITO ADMINISTRATIVO

ROSIMEIRE PERES BALDAN

**RDC – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

SÃO PAULO

2015

ROSIMEIRE PERES BALDAN

**RDC – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada à AVM Faculdade Integrada  
como exigência parcial à obtenção do título de  
Especialista em Direito Administrativo.

Orientadora: Professora Danielle Lucy Barbosa Serra

SÃO PAULO

2015

## Resumo

Esta monografia tem como objetivo central analisar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.462/11, sua origem, aplicação, principais características e inovações, colocados pelo legislador como fundamentais para a melhoria da eficiência do processo licitatório. Antes de adentrar no tema central, fez-se uma análise geral da licitação, indicando origem, fundamentos e princípios fundamentais, estabelecendo os limites que deverão ser seguidos tanto pelo legislador, na edição de leis que tratem do assunto, quanto pelo administrador, quando da instituição do processo licitatório. O estudo da Lei Geral de Licitações, indica as etapas do rito a serem seguidas pela Administração, suas modalidades, tipos, fases e modalidades existentes. Por fim, inicia-se a análise da Lei 12.462/11, verificando origem, âmbito de aplicação e mecanismos mais relevantes, como contratação integrada, remuneração variável, sigilo dos orçamentos, modo de disputa aberto; tudo sob o enfoque da comparação com o procedimento presente na Lei 8.666/93. As mudanças analisadas são relevantes e de suma importância para a reflexão da necessidade de modernização dos mecanismos existentes no procedimento licitatório do país, por desburocratizar as licitações públicas através de instrumentos que priorizem a economia, a celeridade e a eficiência nas contratações por parte da Administração Pública.

**Palavras-chave:** Lei nº 12.642/11. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Contratação integrada. Remuneração variável. Sigilo do Orçamento. Inversão das fases.

## Abstract

This monograph is mainly aimed to analyze the Differentiated Regime of Public Procurement - DRC, introduced in our legal system by Law No. 12.462/11, its origin, application, main features and innovations, placed by the legislature as essential to improve the process efficiency bidding. Before entering the central theme, there was a general analysis of the bid, indicating origin, fundamentals and principles, establishing the limits to be followed both by the legislature in editing laws that address the issue, as the administrator, when the institution of the bidding process. The study of the General Procurement Law, indicates the steps of the rite to be followed by management, its forms, types, stages and modalities. Finally, begins the analysis of Law 12.462/11, verifying origin, scope and more relevant mechanisms such as integrated contracting, variable compensation, secrecy budgets, open dispute so; all with a focus on comparison with this procedure in Law 8.666/93. The changes analyzed are relevant and very important for the reflection of the need for modernization of existing mechanisms in the bidding process of the country, reduce bureaucracy by public bidding through instruments that give priority to the economy, speed and efficiency in hiring by the Public Administration .

**Keywords:** Law nº 12.642/11. Differentiated system of public contracting. Integrated contracting. Variable remuneration. Budget secrecy. Inversion of the phases.

## Sumário

1 Introdução .....	6
2 Direito Administrativo - Noções Preliminares.....	8
3 Licitação.....	8
3.1 Conceito e finalidade.....	<b>8</b>
3.2 Breve histórico .....	9
3.3 Princípios gerais e específicos .....	11
3.4 Princípios Correlatos .....	16
3.5 Dispensa e Inexigibilidade .....	17
3.6 Tipos de Licitação .....	20
3.7 Fases da Licitação .....	22
3.8 Modalidades da Licitação.....	24
4 Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.....	32
4.1 Origem do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.....	33
4.2 Abrangência do Regime Diferenciado de Contratações – RDC.....	35
4.3 Objetivos, Princípios e Diretrizes.....	37
4.4 Fases do RDC .....	39
4.5 Principais inovações .....	41
4.6 Críticas ao novo regime.....	51
Conclusão .....	57
Referência Bibliográfica .....	61

## 1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 inova ao incluir em seu texto normas referentes à licitação, havia naquele momento um desejo forte de uniformizar com transparência as regras gerais de contratação pública no país. Em seu artigo 37, caput, impõe para a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, em seu inciso XXI, estabelece a obrigação de prévia licitação para suprir suas necessidades de bens e serviços, com igualdade de condições a todos os concorrentes que apresentassem qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, que satisfizessem o interesse público.

A regulamentação do inciso XXI, artigo 37 da CF/88 ocorre através da Lei Federal das Licitações nº 8.666/1993 e suas alterações. Essa Lei é elaborada após um momento de muitos escândalos envolvendo contratos públicos. Essa circunstância conturbada faz a elaboração dessa lei gerar normas burocráticas e detalhistas, o que colabora para que a realização prévia de licitação na celebração de contratos públicos no Brasil fosse frequentemente desrespeitada, aumentando assim o índice de gastos realizados com contratos celebrados por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Com o surgimento do Pregão, a nova modalidade de licitação instituída pela Lei 10.520/02, o procedimento licitatório torna-se mais ágil e econômico, o que colabora para a diminuição dos gastos com contratos celebrados sem licitação.

Há muito tempo fala-se em modernização no âmbito da licitação, o Pregão amenizou o problema, mas não foi o suficiente.

Tendo em vista a importância da licitação dentro do Direito Administrativo e a necessidade de modernização em sua lei geral nº 8.666/1993 que já existe há mais de vinte anos, escolhemos como tema desta monografia a mais nova modalidade de licitação, “O Regime Diferenciado de Contratação – RDC – Lei nº 12.462/2011”.

Com a necessidade de contratar serviços, obras e bens, com qualidade e em tempo hábil para os grandes eventos esportivos programados para o Brasil, como a Copa das Confederações de Futebol em 2013, a Copa do Mundo de Futebol de 2014, os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como para as ações do Programa de Aceleração do Crescimento, obras e serviços de engenharia para o Sistema Público de Ensino e Sistema Único de Saúde, surge em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 12.462/2011 que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC – nosso objeto de estudo – o qual estabelece regras próprias de licitação, que, de forma alternativa possibilita contratações com fins exclusivos.

O presente trabalho tem como objetivo analisar quais são as inovações trazidas pelo RDC no âmbito das licitações, seus fatores positivos ou negativos. Pretende também, expor sua importância nos procedimentos licitatórios que buscam maior celeridade e eficiência dos atos quando comparados com as modalidades convencionais da Lei nº 8.666/93, além de verificar as controvérsias em torno desse regime.

Ele será desenvolvido na perspectiva da pesquisa qualitativa, que segundo Goldenberg (1997), os pesquisadores que utilizam os métodos qualitativos buscam explicar o porquê das coisas, exprimindo o que convém ser feito, mas não quantificam os valores e as trocas simbólicas nem se submetem à prova de fatos e se valem de diferentes abordagens. O tema será elaborado através de pesquisa bibliográfica, constituído principalmente dos livros de alguns autores e estudiosos renomados da área e artigos disponibilizados na internet, fundamentais para compreender, investigar e construir as conclusões sobre as inovações, as características e as controvérsias introduzidas pelo Regime Diferenciado de Contratação (RDC), Lei 12.462/2011, no âmbito das licitações em geral, Lei 8.666/1993.

## **2 Direito Administrativo - Noções Preliminares**

O Direito Administrativo tem seu início a partir da teoria da separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu. Essa tripartição das funções do Estado em executiva, legislativa e judiciária faz surgir a necessidade de especialização das atividades do governo e independência dos órgãos que a realizariam. A partir daí aparece um Direito próprio para a Administração, administrados e suas relações, o Direito Administrativo.

É o direito que se pauta no jusnaturalismo, tem como principal finalidade o interesse público e o bem-estar da coletividade. Um direito positivado, que a cada dia ganha mais força, fiscalização e publicidade dos atos da administração pública.

O renomado doutrinador Hely Lopes Meirelles (2013, p.40), conceitua:

Direito administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.

Como a administração pública busca severamente a satisfação do interesse público com total publicidade, a licitação é matéria de suma importância no Direito Administrativo.

## **3 Licitação**

### **3.1 Conceito e finalidade**

Licitação pública é um processo que visa à proteção do bem comum em interesse de uma coletividade, com segurança e presteza jurídica. Foi criada com o objetivo de impor uma forma de restrição à Administração Pública, para que esta não pudesse contratar livremente, tendo em vista a preservação do princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e também o princípio da moralidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2013, p.297):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Os doutrinadores, em sua maioria, concorda com os traços essenciais descritos por Meirelles e com as duas tradicionais finalidades da licitação: obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos dos possíveis contratados.

Como nos ensina Meirelles (2013, p.323):

A Lei 12.349/10, conversão da MP 495/2010, dá uma nova redação ao art. 3º da Lei 8.666/93, incluí uma terceira finalidade: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Ela fundamenta-se no desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e artigos referentes à organização da ordem econômica nacional, que observa, dentre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego.

### **3.2 Breve histórico**

O procedimento licitatório não surge no Brasil da forma como é realizado hoje. No passado era dado a determinado fornecedor o privilégio de fornecer bens e serviços ao Estado sem que fosse realizado qualquer tipo de procedimento pautado no objetivo de dar à Administração Pública a possibilidade de realizar o melhor negócio ou até mesmo dar aos interessados a oportunidade de concorrência com igualdade de condições.

Em 1964 é editada a Lei 4.401 tratando da licitação como procedimento de compras públicas realizado pela Administração Pública. Até então, todos os dispositivos legais tratavam este procedimento como "concorrência".

Segundo o professor Edmur Ferreira de Faria (2001, p. 256):

Em 1965, a Emenda nº 15 à Constituição Federal de 1946 introduziu o termo concorrência pública no texto da Carta então vigente. Foi nessa época que o instituto conquistou, com críticas, a magna posição de norma constitucional.

Mas é apenas em 25/02/1967, com o Decreto-lei 200, que ocorre um comando objetivo com relação à licitação. Um sistema com novas regras, são definidas as cinco modalidades de licitação existentes até hoje, os Estados e Municípios podiam legislar sobre a matéria de licitação, sendo que esta englobava apenas a Administração Pública direta, as autarquias e fundações públicas.

Já no governo Sarney, em 21/11/1986, é editado o Decreto-lei 2.300, reestruturando a licitação e dispondo sobre contratos administrativos da Administração Federal.

Como o Brasil passa por grandes turbulências no governo pós Collor, surge o boato de que o Decreto-lei 2.300 facilita a corrupção, isso favorece a aprovação da Lei geral da Licitação nº 8.666/93, baseada no referido Decreto-lei com algumas modificações.

Cumprе ressaltar que a Lei 8.666 também limita o poder público estadual e municipal para legislar sobre a matéria, confirmando a determinação da Constituição de 1988 nos artigos descritos a seguir:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Estes dois dispositivos constitucionais englobam, respectivamente, a questão da competência para legislar sobre a matéria de licitação e as regras para sua aplicação.

Após a Lei 8.666/93 surge um dispositivo infra-constitucional que constitui uma nova modalidade de licitação, o pregão, instituída pela Lei 10.520/02, uma vez que a realidade mostra a necessidade de se criar uma modalidade menos complexa e burocrática que as demais.

E no ano de 2011, como o Brasil é escolhido para sediar grandes eventos esportivos, surge em nosso ordenamento jurídico mais uma modalidade, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), objeto central do nosso trabalho, através da Lei 12.462/11, de 04-08-11, regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11-10-11.

### **3.3 Princípios gerais e específicos**

Os princípios aplicados às licitações são reflexos dos princípios do Direito Administrativo, essencialmente normatizado em sua estrutura. Ao selecionar particulares para prestação de serviços, a administração não pode nunca se escusar desses princípios, seja por questão de moralidade, seja por questão de legalidade, pois os princípios das licitações, mais que uma questão moral, é uma questão legal.

A Constituição de 1988 consagrou alguns princípios norteadores da administração pública em seu art. 37, caput:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além disso, o art. 3o da Lei 8.666/93, que regula as licitações e contratos administrativos, traz alguns princípios a serem observados pela Administração na consecução da probidade administrativa, sendo considerado o dispositivo de maior destaque na Lei, transcritos a seguir:

Art. 3o. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao

instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Para Maria Silvia Zannela Di Pietro (2013, p.374):

A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

### **Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público**

Apesar de não estar expressamente disposto na Lei de Licitações, o princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares está implícito nas próprias regras do Direito Administrativo e configura-se, para Hely Lopes Meirelles (2013, p.110) “como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública...”.

Intimamente ligado ao princípio da supremacia está o da indisponibilidade do interesse público. Cabe ao administrador a tarefa de zelar pelos interesses da coletividade. Assim, ele não pode dispor daqueles interesses em detrimento da proteção aos dos particulares.

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.23):

Indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à disposição de quem quer que seja, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis.

### **Princípio da Legalidade**

A licitação é um procedimento inteiramente vinculado à lei, todas as fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei 8666/93. Como indica o professor Edmur Ferreira de Faria (2001, p.257):

As leis e os regulamentos sobre licitação devem ser rigorosamente observados. O descumprimento de qualquer formalidade legal ou regulamentar eiva de nulidade o procedimento, total ou parcialmente, dependendo do momento em que se começou a prática da irregularidade.

Assim, por exemplo, se o edital não estiver em conformidade com a lei, qualquer cidadão pode impugná-lo, é o que preceitua o art. 41, §1º da Lei 8.666/93.

Para Di Pietro (2013 p.371):

A Administração Pública só tem o direito de agir de acordo com o determinado pela lei. Este é o principal corolário do princípio da legalidade e uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais.

### **Princípio da Igualdade**

Princípio que veda a distinção de qualquer natureza, estabelece a igualdade de todos os licitantes perante a lei. Todos devem ser tratados de forma isonômica pela Administração Pública, preservando as diferenças existentes em cada um deles. Este princípio está intimamente ligado ao princípio da moralidade e da impessoalidade.

Para Di Pietro (2013, p.375):

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

### **Princípio da Moralidade**

Esse princípio, está expressamente representado na Constituição Federal e também na lei 8.666/93, mas ainda assim é alvo de crítica por parte da doutrina.

Segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro (2013, p.77):

Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade.

O princípio da moralidade se constitui em importante norte para o Administrador Público, pois a administração não pode tomar postura que desabone a boa conduta de seus atos. A ilustre doutrinadora Di Pietro (2013, p.79) esclarece que o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.

A separação entre legalidade e moralidade é clara pois, se o ato for atentatório aos princípios da moralidade, mesmo que esteja revestido de legalidade, este não deve ser tomado pela Administração, pois a moralidade seria pressuposto de validade do ato, assim é a lição dos grandes doutrinadores.

### **Princípio da Impessoalidade**

A impessoalidade dos atos administrativos é pressuposto da supremacia do interesse público. Quebrada a isonomia no tratamento com os particulares, o administrador deixa de observar o interesse da coletividade, bem maior e objeto principal do Direito Administrativo. Este princípio está intimamente ligado ao princípio da igualdade.

Hely Lopes Meirelles (2013, p.95) afirma:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 88 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

A própria Constituição Federal de 1988, determina a competição entre os licitantes de forma isonômica, preservando as diferenças existentes em cada um deles. E cabe à Administração Pública tratar todos os licitantes de forma a impedir favoritismos.

### **Princípio da Publicidade**

Com relação à publicidade, seu fim é permitir, além da participação de todos os interessados, que se fiscalize os atos de licitação. Qualquer cidadão pode denunciar irregularidades e pedir instauração de investigações administrativas no sentido de apurar se a atividade licitatória está de acordo com a lei. Ela é obrigatória como meio conferido de eficácia da atividade administrativa.

O artigo 7º, § 8º, da Lei de Licitações, garante a qualquer cidadão ter acesso ao procedimento licitatório para tomar conhecimento dos quantitativos das compras e/ou serviços bem como de seus preços. Assim, não há licitação sigilosa. (Lei 8.666/93, artigos 3º, § 3º, e 43, § 1º).

## **Princípio da Probidade Administrativa**

Sendo o primeiro dos princípios expressos na Lei n.º 8.666/93, a probidade administrativa consiste na honestidade de proceder ou na maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou acometidos ao administrador por força de lei. É derivado do princípio da moralidade.

O sempre citado Prof. Marçal Justen Filho (1998, p.65) assim sintetiza seu entendimento:

A moralidade e a probidade administrativa são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo. A explicitação, nesse ponto, será sempre aproximativa. Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteadada pela honestidade e seriedade. Exige-se a preservação do interesse público acima do egoístico interesse dos participantes da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria administração.

## **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**

Quanto à vinculação ao edital (ou convite), este constitui a “lei interna da licitação” e, por isso, vincula aos seus termos tanto a Administração como os particulares. Para Di Pietro (2013, p.383) “ ... trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento”.

Nas palavras do ilustre Professor Hely Lopes (2013, p. 305):

A vinculação ao edital é o princípio básico de toda licitação”. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.

Serão admitidas apenas as diferenciações já estabelecidas no edital, aquelas necessárias à seleção das qualidades subjetivas e objetivas consideradas ao atendimento do interesse público. Assim, vincula-se ao edital tanto a Administração quanto os licitantes.

Cabe ressaltar que qualquer modificação no edital feita pela administração pública, resulta em obrigatoriedade de reabertura do prazo para apresentação de propostas, exceto quando a alteração não afetar a formulação das mesmas, nos termos do artigo 21, § 4º da Lei n. 8.666/93.

### **Princípio do Julgamento Objetivo**

Esse princípio é decorrência lógica do anterior. Impõe-se que a análise das propostas se faça com base no critério indicado no ato convocatório e nos termos específicos das mesmas. Esse princípio obriga a Administração a se ater ao critério fixado no ato de convocação, evitando o subjetivismo no julgamento. Está reafirmado nos arts. 44 e 45 do Estatuto Federal Licitatório, que assim determinam:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelo órgão de controle.

Segundo o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.338):

O objetivo é impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.

### **3.4 Princípios Correlatos**

Além dos princípios básicos enumerados pelo art. 3º da Lei geral das Licitações 8.666/93 há outros correlatos a eles que são essenciais a todo o procedimento:

#### **Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público**

Como já foi dito anteriormente, é um princípio gerado pela própria licitação que é uma forma de restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante.

## **Princípio da Adjudicação Compulsória**

Depois de concluído o procedimento licitatório, o Poder Público não pode atribuir o objeto da licitação a outro que não seja o vencedor.

Hely Lopes Meirelles (2013, p.306) ensina que:

A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo.

## **Princípio da Competitividade**

Decorre do princípio da isonomia e equivale dar a todos os interessados indistintamente a mesma oportunidade de participar do certame.

## **Princípio da Padronização das Compras**

De acordo com a Lei 8666/93, I, art. 15:

As compras, sempre que possível, deverão:(...) atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.

### **3.5 Dispensa e Inexigibilidade**

Como já foi dito anteriormente, a Licitação é um procedimento obrigatório, essa é a regra geral, para as contratações feitas pelo Poder Público, tem por objetivo selecionar sempre a melhor proposta com as melhores e mais vantajosas condições para a Administração, salvaguardando, também, o direito à concorrência igualitária entre os licitantes. Essa obrigatoriedade está prevista na Constituição de 1.988, inciso XXI do artigo 37.

Entretanto, há determinadas hipóteses em que, legitimamente, tais contratos são celebrados diretamente com a Administração Pública, sem a realização da licitação. Existem duas situações distintas: **a inexigibilidade ou dispensa de licitação**.

Nos casos em que a lei autoriza a não realização da licitação dizemos que ela é dispensável.

José dos Santos Carvalho Filho (2009) ensina que a licitação **dispensável** tem previsão no artigo 24 da Lei 8.666/93, e indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la.

Já no que se refere às hipóteses de **inexigibilidade**, artigo 25 da mesma lei, a licitação é inviável, ou seja, impossível de ser realizada, tendo em vista fatores que impedem a competitividade.

Neste sentido, Di Pietro (2013, p.392) ensina que:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

E segundo nos traz o ilustre doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.238):

A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na inexigibilidade, porque aqui sequer é viável a realização do certame.

Cabe ressaltar, no entanto, que mesmo que haja a contratação direta, é imprescindível a Administração Pública atender a formalização do procedimento licitatório, com a conseqüente celebração do contrato. Vale destacar que a ausência de licitação não isenta da observação de formalidades prévias, mas ao contrário disto devem ser respeitadas, como se licitação tivesse ocorrido. Nesse caso, a contratação direta, ao invés de proporcionar prévia licitação, formalizará o contrato.

Este é o entendimento de Marçal Justen Filho (2000, p.295), senão vejamos:

(...) os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. Ausência de licitação não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.

Assim, caso a Administração opte pela dispensa da licitação, deverá a mesma justificar os motivos para tanto, devendo justificar a sua discricionariedade (conveniência e oportunidade). Em atendimento ao interesse público, a fundamentação deve ser pormenorizada, demonstrando de forma indubitável os motivos que levaram o administrador a utilizar do seu juízo de oportunidade e conveniência.

Impende dizer que nos casos de dispensa da licitação deve a Administração demonstrar as vantagens obtidas com esta opção, bem como justificar o preço, que deve ser compatível com o mercado.

No que concerne à inexigibilidade, a Lei nº 8.666/93 estabelece hipóteses nas quais, se configuradas, impõe-se a obrigatoriedade de contratação direta da Administração Pública com o particular, haja vista a realização do procedimento licitatório ser materialmente impossível. O artigo 25 do referido diploma legal faz exemplificações de hipóteses de inexigibilidade, vejamos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública(...).

### 3.6 Tipos de Licitação

O tipo de licitação é o critério de julgamento utilizado pela Administração para seleção da proposta mais vantajosa. Os tipos mais utilizados para o julgamento das propostas são os seguintes:

#### **Menor Preço**

Critério de seleção em que o preço é o único fator de julgamento para a classificação das propostas. É necessário nesse tipo de licitação que o preço seja compatível com o praticado no mercado e que, por isso mesmo, possa o contrato ser celebrado. Aliás, no julgamento das propostas a comissão é obrigada a verificar essa compatibilidade (art. 43, IV). É utilizado para compras e serviços de modo geral, e também na aquisição de bens e serviços de informática quando realizada na modalidade **convite**.

Neste sentido, leciona Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 608):

O julgamento pelo menor preço o critério de seleção da proposta mais vantajosa é, como o nome indica, o da oferta menor (art. 45, par. 1º, I). Cumpre tomar atenção para o fato de que nem sempre o preço nominalmente mais baixo é o menor preço. Com efeito, uma vez que a lei, em diferentes passagens (art. 43, V, art. 44, caput, e art. 45), refere-se a “critério de avaliação”, a “fatores” interferentes com ela, de dar par com os “tipos” de licitação, percebe-se que, paralelamente a estes, complementado-lhes a aplicação, podem ser previstos no edital critérios e fatores a serem sopesados para a avaliação das propostas.

#### **Melhor técnica**

Critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida com base em fatores de ordem técnica. Na busca pela melhor técnica, diversamente do que o nome sugere, a seleção da proposta mais vantajosa é a que resulta de uma negociação que culmina pela escolha daquela que, tendo alcançado índice técnico comparativamente mais elevado do que de outras, seu proponente concorde em rebaixar a cotação que havia feito até o montante da proposta de menor preço dentre as ofertadas. Se nenhum dos autores das propostas tecnicamente melhor alocados reduzir o preço, terminará por ser escolhida a de

menor preço, conquanto tecnicamente inferior a todas as demais. Ou seja, será escolhida a proposta de melhor técnica, desde que seja também a de menor preço.

Usado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral, e em particular, para elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

Neste sentido leciona Hely Lopes Meirelles (2013. P. 306):

Na licitação de melhor técnica o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo. Em face desses objetivos, é lícito a Administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre pode obter a melhor técnica, dentro das especificações e do preço negociado pela Administração.

### **Técnica e preço**

O tipo de licitação técnica e preço só pode ser utilizado quando objeto do certame contemplar a contratação de bens e serviços de informática, assim como de serviços de natureza predominantemente intelectual (arts. 45, par 4º, e 46, caput). Na hipótese de contratação de bens e serviços de informática, a Administração federal é obrigada a adotar esse tipo de licitação, nas modalidades **tomada de preços e concorrência**, exceto na modalidade de convite, quando poderá ser utilizado outro tipo (menor preço, ou melhor, técnica),

Assim leciona MELLO (2010. P.610):

Nas licitações de técnica e preço, as quais reguladas no par. 2º do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para a avaliação da proposta técnica.

### **Melhor lance ou oferta**

Esse tipo de licitação é específico para os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, onde os licitantes vencedores apresentam *o maior*

*lance* (leilão), ou *a maior oferta* (convite e concorrência). Cabe aqui asseverar que, quando o objeto do contrato for uma concessão de direito real de uso, uma compra ou alienação de bens imóveis, a concorrência de ser a modalidade de licitação a ser adotada, independentemente do valor da contratação (art. 23, § 3º).

A doutrina clássica salienta, através do renomado GASPARINI (2009. P.621):

O Estatuto federal Licitatório ainda prevê a licitação do tipo maior lance ou oferta (art.45, IV). É o tipo de licitação especialmente adequando para venda de bens, outorga onerosa de concessões e permissões de uso e de bens ou serviços públicos e locação em que a Administração pública é a locadora, cuja proposta vencedora é a que faz a maior oferta. É tipo de licitação de que não oferece qualquer dificuldade na sua promoção. Tirante o fato de que o procedimento licitatório deve levar ao maior preço, todo o que mais obedece à licitação de menor preço.

### **3.7 Fases da Licitação**

Os atos de licitação devem desenvolver-se em sequência lógica, a partir da existência de determinada necessidade pública a ser atendida. O procedimento tem início com o planejamento e prossegue até a assinatura de respectivo contrato ou a emissão de documento correspondente, em duas fases distintas:

#### **Fase Interna ou Preparatória**

Delimita e determina as condições do ato convocatório antes de trazê-las ao conhecimento público. Nessa fase a Administração tem a oportunidade de corrigir possíveis falhas verificadas no procedimento, sem precisar anular os atos praticados.

Essa fase é composta da:

- a) Existência da autorização para licitar;
- b) Definição do objeto a ser licitado;
- c) Definição dos recursos orçamentados; de suma importância, é nesse momento que o poder público informa o que quer contratar, caracterizando detalhadamente a obra.

## **Fase Externa ou Executória**

Fase composta da:

a) Publicação do edital ou entrega da carta convite, este último para modalidade convite. O objetivo é tornar pública a intenção de contratar e convocar eventuais interessados a contratar com a Administração pública;

b) Habilitação é a fase de recebimento da documentação e proposta. Nesse momento o órgão competente examina a documentação, manifesta-se sobre os requisitos pessoais dos licitantes, e analisa se estão habilitados ou não para participar do certame.

c) Classificação nesse momento será analisado o conteúdo das propostas para saber se atendem ao edital, sob pena de serem desclassificados.

d) Julgamento das Propostas é a fase em que a Administração utiliza-se de critérios objetivos, como os tipos de licitação, para julgar a proposta mais vantajosa.

e) Homologação é a ratificação de todo o processo licitatório pela autoridade superior. Aqui ocorre a aprovação do certame e do resultado.

f) Adjudicação do Objeto da Licitação ao Vencedor é a atribuição do objeto da licitação àquele que apresentou a melhor proposta e foi classificado como vencedor.

Cabe ressaltar que a fase externa da licitação na modalidade pregão é menos complexa (art. 4o, XXI, XII, art. 5o, lei 10.520/2002), ocorre da seguinte forma:

1º- Publicação do Instrumento Convocatório. (1) Lei complementar 123/06 - art. 42: assinatura do contrato não é fase da licitação; A regularidade fiscal era visto no início/começo da licitação (relevância) → fase da habilitação; - tratamento diferenciado: a) art. 43 §1º tem que demonstrar a documentação no começo da licitação mesmo que ainda com certos vícios/irregularidades → terá prazo de 2 dias úteis, prorrogável por igual período, para regularizar a sua situação (se declarada vencedora); b) art. 44 §1º em caso de empate: é aquela até 10% superiores a

proposta mais bem qualificada (ex. 100 mil até 110 mil); Se pregão: §2º é aquela até 5% acima do melhor preço; - é constitucional tal tratamento para competir com as grandes empresas. Pode ser via eletrônica/internet (pregão eletrônico).

2º- Julgamento e Classificação das Propostas

3º- Habilitação

4º- Adjudicação

5º- Homologação nas hipóteses de não comparecimento do adjudicatário no prazo estipulado ou de perda dos requisitos de manutenção da habilitação, até a data da assinatura do contrato, será retomado o processo licitatório, com a convocação do licitante que tenha apresentado a segunda melhor oferta classificada, obedecidos os procedimentos de habilitação. A retomada poderá sempre se repetir, até a efetiva celebração do contrato, observada a aplicação das penalidades previstas em lei.

A inversão de fases da licitação é exceção e pode ocorrer nas hipóteses da modalidade pregão e na concessão de serviço público, em que é obrigatória, na PPP (Parceria Público Privada), sendo neste caso facultativa. E no RDC (Regime Diferenciado de Contratações), essa inversão é a regra. O fundamento para a inversão das fases é a celeridade do procedimento licitatório.

### **3.8 Modalidades de Licitação**

A lei nº 8.666/93 prevê 5 modalidades de licitação em seu artigo 22: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. E apesar do § 8º, vedar a criação de outras modalidades de licitação ou mesmo a combinação das mencionadas nesse artigo, como já citamos anteriormente, no ano de 2.002 é instituído através da lei 10.520/02 uma nova modalidade, o pregão. Cabe dizer que apesar do ordenamento jurídico brasileiro ter referendado a licitação como regra para a contratação, por parte da Administração Pública, este prevê exceções nas quais a contratação pode ser realizada de forma direta.

Como nos ensina Hely Lopes Meirelles (2013, p.360, 361):

Licitação, portanto, é o gênero, do qual as modalidades são espécies. Por isso mesmo, os preceitos genéricos estudados aplicam-se a todas as modalidades e os específicos regem cada uma delas em particular. As nossas espécies de licitação têm características próprias e se destinam a determinados tipos de contratação.

As modalidades de licitação são determinadas em função dos limites de valores estabelecidos na Lei, em moeda corrente, que poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal e publicados no Diário Oficial da União.

Os limites atuais para licitar obras e serviços de engenharia são: Dispensa de licitação: até R\$ 15.000,00, Convite: até R\$ 150.000,00, Tomada de Preços: R\$ até R\$ 1.500.000,00, Concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00.

Os limites para licitar compras e serviços são: Dispensa de licitação: até R\$ 8.000,00, Convite: até R\$ 80.000,00, Tomada de Preços: até R\$ 650.000,00, Concorrência: acima de R\$ 650.000,00.

As modalidades Concurso, Leilão e Pregão têm procedimentos diversos e não estão vinculadas a tabelas de valores.

Além de prever as modalidades de licitação, a Lei 8.666/93 estabelece em seu art. 45, os tipos de julgamento das propostas, que devem ser previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. Desta forma, os critérios podem ser por menor preço; melhor técnica; técnica e preço ou maior lance ou oferta.

A seguir descreveremos resumidamente cada uma dessas modalidades:

### **Concorrência**

Está prevista no inciso I do art 22 da lei nº 8666/93 e definida no § 1º no mesmo artigo. É a modalidade de licitação que admite qualquer interessado cadastrado ou não, cuja habilitação será apurada no início do procedimento. Eles

precisam comprovar possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de objeto.

É a modalidade obrigatória para as alienações imobiliárias, as concessões de uso, serviços e obras públicas, o registro de preço e para os contratos de grande valor.

Suas características básicas são:

a) Universalidade: é a possibilidade que se oferece à participação de quaisquer interessados na concorrência, independente de registro cadastral na Administração que a realiza ou em qualquer outro órgão público.

b) Ampla publicidade: disposto no artigo 21 da referida lei é assegurada pela publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez, com indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as informações sobre a licitação; a publicação deve ser feita no Diário Oficial da União, ou do Estado, ou do Distrito Federal, e ainda, em jornal de grande circulação em se tratando de Municípios. É requisito essencial pois está relacionado com o princípio da universalidade.

c) Prazos: a lei em seu artigo 21, § 2º, incisos I e II, fixa o prazo para a apresentação das propostas.

d) Habilitação preliminar: fase inicial na concorrência, diferentemente da modalidade tomada de preço e convite que é num momento anterior.

e) Julgamento por Comissão: é o julgamento dos requisitos pessoais dos interessados, sob aspecto da capacidade jurídica, da regularidade fiscal, da qualificação técnica e da idoneidade econômico – financeira. A comissão é composta, no mínimo, por 3 membros, sendo 2 servidores da entidade responsável pela licitação, e o terceiro estranho à Administração. O órgão julgador responsável pela decisão não pode ser substituído por outra autoridade. A comissão pode ser permanente, para todas as licitações da repartição, ou especial, para cada caso.

## **Concorrência internacional**

Essa modalidade permite a participação de empresas nacionais e estrangeiras. O procedimento é o mesmo da concorrência, mas essa sujeita-se a órgãos federais de política monetária e comércio exterior.

## **Tomada de preço**

Está prevista no inciso II, artigo 22 da lei nº 8.666/93, é a modalidade de licitação realizada pelos interessados previamente cadastrados no registro cadastral ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária habilitação, convocados com a antecedência mínima prevista em lei, por aviso publicado na imprensa oficial e em jornal particular, contendo as informações essenciais à licitação e o local onde pode ser obtido o edital.

Caracteriza-se por:

a) destinar-se a contrato de vulto médio, nos termos dos incisos I e II do artigo 23 da lei nº 8.666/93;

b) permitir unicamente a participação de interessados previamente cadastrados ou habilitados;

c) exigir publicidade;

d) requerer prévia qualificação dos interessados.

A pessoa cadastrada recebe um certificado de registro cadastral, com validade de um ano, no máximo, e do qual consta a categoria em que se inclui; esse certificado pode ser aceito em qualquer modalidade de licitação, mesmo na concorrência, desde que seja observada a restrição contida no artigo 32 §2º.

## **Convite**

É a modalidade de licitação mais simples, utilizada para contratos de pequeno valor, entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não,

escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (art. 22, §3 da Lei 8666/93).

Sobre essa modalidade a ilustre doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro (2013, p.414, 415) ressalta:

Com o objetivo de evitar que o convite seja dirigido sempre aos mesmos licitantes, com possibilidade de ocasionar burla aos princípios da licitação, em especial da isonomia, o § 6º do artigo 22, alterado pela Lei nº 8.883/94, exige que, existindo na praça mais do que três possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, seja a carta-convite dirigida a pelo menos mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

### **Concurso**

É a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes do edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. (art. 22, § 4º, Lei 8666/93).

Para Hely Lopes Meirelles (2013, p.370):

É modalidade especial de licitação que, embora sujeita aos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência.

### **Leilão**

É a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prev, ista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Lei nº 8.883, de 1994)

Esclarece Hely Lopes (2013, p.370, 371) que:

A Administração poderá valer-se de dois tipos de leilão, o comum, privativo do leiloeiro oficial, onde houver; e o administrativo propriamente dito. O leilão comum é regido pela legislação federal pertinente, mas as condições de sua realização poderão ser estabelecidas pela Administração interessada; o leilão administrativo é o instituído para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando, ou abandonadas nas alfândegas, nos armazéns ferroviários ou nas repartições públicas em geral, observadas as normas regulamentares interessada.

## **Pregão**

A modalidade Pregão surge em nosso ordenamento jurídico com a edição da Lei Geral de telecomunicações n° 9472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que disciplina, em seus arts. 54 a 56, a possibilidade de encontrar a melhor proposta para suas aquisições através do pregão. O art. 54 autorizava a ANATEL usar essa modalidade para as licitações que tivessem como objetivo as contratações para as obras de engenharia, e o art. 55 dispunha sobre a necessidade de regulamentação específica para essa nova modalidade de licitação.

Nesse sentido, explica Marçal Justen Filho (2003, p.18 e 19):

O instituto do pregão, como modalidade de licitação, surgiu e desenvolveu-se no âmbito da ANATEL, previsão nos arts. 54, § único, 55 e 56, Lei Geral de Telecomunicações - n° 9.472/77.

A experiência da ANATEL foi tão eficiente, que o governo federal resolveu estender a utilização dessa modalidade de licitação; primeiramente apenas no âmbito da União, com a MP n° 2026/00, renumerada várias vezes, e enfim convertida na Lei n° 10.520/02, que estendeu sua aplicação para Estados, Distrito Federal e Municípios.

O pregão vem se somar às demais modalidades previstas na Lei n.º 8.666/93, que são a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Diversamente destas modalidades, o pregão pode ser aplicado a qualquer valor estimado de contratação, de forma que constitui alternativa a todas as modalidades. Outra peculiaridade é que o pregão admite como critério de julgamento da proposta somente o menor preço.

O pregão foi criado com o objetivo de incrementar e aperfeiçoar a legislação sobre licitações, visando modernizar e simplificar os processos de compra e contratação de bens e serviços comuns da Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal).

A disputa pelo fornecimento é feita em sessão pública, por meio de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante com a proposta de menor preço.

Além disso, a definição da proposta mais vantajosa para a Administração é feita através de proposta de preço escrita e, após, disputa através de lances verbais.

A Lei nº 10.520/02 define bens e serviços comuns, conforme dispõe o seu art. 1.º, parágrafo único:

Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. São normalmente oferecidos por diversos fornecedores e facilmente comparáveis entre si, permitindo a decisão de compra com base no menor preço.

Utilizam-se do pregão, os órgãos da Administração Pública Federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União (art. 1º lei nº 8.666/93).

Caracteriza-se por ser uma modalidade de licitação que busca incrementar a competitividade e a agilidade nas contratações públicas.

Assim leciona Sidney Bittencourt (2003, p.129):

Esta nova modalidade possibilita o incremento de competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, contribuindo para o esforço de redução de despesas de acordo com as metas de ajuste fiscal.

A agilidade vem da desburocratização dos procedimentos, pois no pregão as etapas do certame têm seqüência diferenciada das demais modalidades licitatórias. Enquanto uma licitação nos moldes tradicionais demora em média 45 dias, o pregão presencial demora no máximo 15 dias e o pregão eletrônico, apenas 8 dias.

Sobre a matéria, versa Sidney Bittencourt (2003, p.129):

O pregão é um aperfeiçoamento do regime de licitações para a administração pública federal. Esta nova modalidade possibilita o incremento de competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, contribuindo para o esforço de redução de despesas de acordo com as metas de ajustes fiscal. Permite ainda maior agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da seqüência de etapas da licitação.

No pregão, não há a figura de uma comissão de licitação, ela é substituída pela figura única do pregoeiro, a quem incumbe produzir formalmente e imparcialmente o certame e o processo licitatório.

Após os lances, ainda pode haver a negociação direta com o pregoeiro, no intuito da diminuição do valor ofertado.

Vale destacar a grande inovação trazida pelo pregão, a inversão das fases de habilitação e análise das propostas. Dessa forma, apenas a documentação do participante que tenha apresentado a melhor proposta é analisada, o que dá maior celeridade ao processo licitatório.

Além dessas características, o pregão também inova, por ser a única modalidade que se utiliza da Internet, no pregão eletrônico. E, por fim, como já mencionamos anteriormente, sua principal característica é a utilização para a aquisição de bens comuns e a contratação de serviços, como é o fundamento no art. 1º, da Lei 10.520/02.

Essa nova modalidade de licitação, o pregão, divide-se em: presencial e eletrônico.

O pregão presencial inicia-se com a convocação dos interessados, depois ocorre o julgamento das propostas, realizado em uma única sessão, conduzida pelo pregoeiro com auxílio de uma equipe.

Já o pregão eletrônico, como o próprio nome indica, é todo ele realizado de forma eletrônica, regulamentado pelo Decreto nº. 5.450/05.

O pregão eletrônico caracteriza-se pela presença virtual do pregoeiro e dos demais licitantes em sessão pública, que se efetiva por meio da utilização de

recursos de um provedor da internet. Outra novidade trazida por essa modalidade de licitação foi a operacionalização inversa da ordem de apresentação das propostas de preços e da documentação habilitatória. Ele surgiu com a missão de simplificar as aquisições demandadas pelos entes públicos.

Segundo Hely Lopes Meireles (2013) pregão eletrônico:

É aquele efetuado por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação pela Internet; está previsto no artigo § 1º do art. 2º da lei 10.520/2002.

#### **4 Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**

A busca de uma administração gerencial para toda atuação do Poder Público deve ser pautada na eficiência, tanto em relação aos gastos públicos, como na prestação dos serviços. Tudo deve ser célere, eficaz e com qualidade adequada.

A Lei geral das licitações 8.666/93, ainda que depois de muitas alterações ao longo dos anos, e mesmo com o advento da modalidade Pregão através da lei 10.520/02, não se mostra um modelo gerencial de administração eficaz, pois prende-se às formalidades e ao processo burocrático de maneira extrema e retira do administrador a chance de uma gestão mais flexível, com o objetivo de alcançar uma melhor performance em pró do interesse público. Possui diversas características típicas de uma administração burocrática, que se prende muito mais aos detalhes processuais externamente rígidos do que a eficiência da prestação do serviço público.

Nesse sentido ensina o ilustre professor Marçal Justen Filho (2013, p.13):

A disciplina das Licitações e contratações públicas subordina-se basicamente à Lei nº 8.666. Desde a sua edição, em 1993, o diploma sofreu uma grande quantidade de alterações. Diversas leis autônomas foram editadas para aperfeiçoar o sistema introduzido pela Lei nº 8.666. A mais relevante, sem dúvida, foi a Lei nº 10.520, que dispôs sobre o pregão. Ainda além, houve uma grande quantidade de atos infralegais dispondo sobre a matéria. No entanto, permanecia existindo uma insatisfação quanto aos modelos licitatórios e contratuais disponíveis, o que se traduzia na multiplicidade de propostas para sua substituição.

A doutrina é unânime em relação ao fato de que a Lei 8.666/93 não corresponde mais a atual demanda da sociedade, mas são muitas as divergências em relação às críticas e soluções para substituí-la.

Vejamos o que nos traz a esse respeito o ilustre Marçal Justen Filho (2013, p.14):

As críticas dirigidas à Lei nº 8.666 são muito heterogêneas. Muitas vezes, os argumentos direcionados contra o referido diploma são contraditórios entre si. As críticas refletem as mais diferentes orientações. Existe concordância sobre a necessidade de reformar a disciplina das licitações e contratações públicas. Mas não existe acordo quanto às soluções a serem adotadas. Não seria excessivo afirmar que a Lei nº 8.666 vem sobrevivendo não como decorrência da adesão ao seu conteúdo, mas pela inexistência de concordância quanto ao modelo a ser adotado para substituí-la.

#### **4.1 Origem do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**

A Lei geral das Licitações já mostrava-se ineficiente em vários aspectos, pois sua origem estava atrelada a um modelo de administração burocrática, incompatíveis com as demandas e necessidades atuais do governo e da sociedade, faltava nesse processo licitatório um modelo mais eficiente, célere, com maior qualidade e que aumentasse a competitividade entre os interessados, permitindo ao administrador mais flexibilidade, sempre respeitando os princípios que norteiam a Administração Pública.

Com o mesmo enfoque na eficiência e celeridade das licitações realizadas no âmbito do RDC, o Relator-Revisor do Projeto de Lei de Conversão no Senado Federal, o Senador Inácio Arruda (2011), declarou:

Quanto ao RDC, entendemos que esse novo regime de licitações e contratos se revela imprescindível para assegurar a conclusão, das obras necessárias à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. A atual Lei Geral de Licitações – Lei nº 8.666, de 1993 – já conta quase vinte anos de vigência. Seus procedimentos são reconhecidamente burocráticos e, em muitos casos, demonstram ser incapazes de responder ao atual ritmo de desenvolvimento do País, em especial às obras relacionadas aos eventos esportivos a que se refere a presente proposição, considerando os respectivos prazos para realização.

(...) A aprovação do RDC se apresenta como necessidade, sobretudo em face dos prazos de que o Brasil dispõe para a conclusão de todas as obras

de infraestrutura necessárias para a conclusão de todas as obras de infraestrutura necessárias à realização dos multicitados eventos desportivos. Com efeito, diversos dispositivos do Projeto de Lei de Conversão asseguram que o processo licitatório seja conduzido de forma mais expedita, e sem comprometimento de sua lisura.

Nesse contexto e tendo em vista os grandes eventos esportivos que seriam realizados no Brasil, surge em nosso ordenamento jurídico no dia 4 de agosto de 2011, da conversão da Medida Provisória nº 527/2011, a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Na esfera federal, o diploma foi regulamentado pelo Decreto 7.581 de 2011.

O RDC apareceu da experiência bem sucedida da adoção de alguns procedimentos já inseridos nas práticas de contratação pública, que tornaram mais eficientes o processo de aquisição de produtos e serviços por parte do Poder Público, trazendo, inclusive, experiências já em bom funcionamento no pregão eletrônico da Lei nº 10.520/2002 como vimos anteriormente.

Merece especial destaque o fato de tratar-se de um regime paralelo de contratação ao regime de contratação da Lei n. 8.666/93. Isso fica evidente diante do disposto no artigo 1º, §2º da Lei n. 12.462/2011, ao determinar que quando feita a opção pela utilização das regras do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) ficam afastadas as normas da Lei n. 8666/1993.

Mas antes de analisarmos as peculiaridades do regime em questão, vamos entender a origem desse instituto até ser convertido em lei.

A Medida Provisória nº 527 de 4 de agosto de 2011, que deu origem à Lei 12.462/2011, em seu texto original, não previa o tema Regime Diferenciado de Contratações Públicas, como podemos ver a partir da ementa a seguir:

Altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.

A desconexão entre o texto original da MP e a Lei 12.462/2011 é explicada pela urgência que tomou conta do Poder Público em virtude da proximidade desses eventos esportivos.

Em 30 de outubro de 2007, o Brasil foi escolhido para sediar a Copa do Mundo de Futebol FIFA de 2014, e antes disso, como um teste, a Copa das Confederações de 2013. E surpreendentemente, também foi escolhido como sede dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Como já era previsto, o Poder Executivo e o Poder Legislativo nada fizeram ao longo dos anos, em termos de preparação administrativa ou legislativa para a realização desses grandes eventos.

A incompetência do Poder Público em tomar as providências necessárias há tempo da realização desses eventos, fez com que o RDC fosse promulgado às pressas em 2011, surgindo como única alternativa naquele momento para cumprimento das metas e dos prazos prometidos, já que seria inviável contar com os procedimentos licitatórios da lei nº 8.666/93, pois como já foi explicamos anteriormente, ela é demasiadamente burocrática, e não haveria tempo hábil para sua utilização.

Marçal Justen Filho (2013, p.13) explica de maneira clara as circunstâncias do surgimento dessa nova modalidade no processo licitatório:

A consagração de uma nova disciplina para as licitações e contratações públicas resultou de uma pluralidade de razões, dentre as quais as mais evidentes envolveram dificuldade no cumprimento dos prazos relativos à realização de megaeventos esportivos. Mas as modificações também refletiram a oportunidade para a modernização da disciplina correspondente das licitações no Brasil.

## **4.2 Abrangência do Regime Diferenciado de Contratações (RDC)**

O RDC é um regime especial de contratação pública, inicialmente de duração limitada, para utilização exclusiva nas licitações e contratos necessários às contratações de bens e serviços para a Copa das Confederações de 2013, Copa do

Mundo de Futebol FIFA de 2014, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, conforme artigo 1º, § I, II e III da Lei 12.462/11, transcritos a seguir:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

Entretanto, o caráter de transitoriedade foi afastado com a inclusão dos incisos IV, V na Lei 12.462/11, como nos ensina a ilustre doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p.418):

Embora a lei tivesse, originariamente, aplicação restrita aos contratos referidos em seu artigo 1º, o RDC vem sendo estendido a outros contratos. O artigo 1º, caput e § 3º, da Lei nº 12.462/11 foram alterados pelas Leis nº 12.688, de 18-7-12, e 12.722, de 20-10-12, para prever, respectivamente, a aplicação do regime às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e para a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas de ensino público. Além disso, a Medida Provisória 580, de 2012, em dispositivo acrescentado no Congresso Nacional (em projeto de lei de conversão, na forma do artigo 62, § 12, da Constituição), estende o RDC aos contratos de obras e serviços de engenharia celebrados no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Transcrevemos abaixo os incisos inseridos no artigo 1º da Lei 12.462/11:

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

A ilustre doutrinadora Di Pietro (2013, p.445) também ressalta a questão da não obrigatoriedade na adoção do RDC, destacamos a seguir:

A adoção do RDC não é obrigatória para a construção dos estádios, aeroportos e obras de infraestrutura. Fica a critério da Administração Pública optar pelo regime de contratação que lhe parecer mais conveniente, dentre os da Lei nº 8.666/93 (empreitada), da Lei nº 8.987/95 (concessão e permissão de serviço público) ou da Lei nº 11.079/04 (parcerias público-privadas). Ademais, cabe lembrar que a opção pela Lei 12.462/11 do RDC não afasta de maneira alguma as diretrizes da Lei 8.666/93, por ser ela a lei geral das licitações. Portanto sempre que houver lacuna ou disposição expressa no RDC, será utilizada, subsidiariamente, a Lei 8.666 de 1993 (artigo 1º, § 2º).

### **4.3 Objetivos, Princípios e Diretrizes**

A Lei 12.462/2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas estabelece seus objetivos no § 1º, artigo 1º e os princípios norteadores e diretrizes nos artigos 3º e 4º, que destacamos a seguir:

Artigo 1º, § 1º o RDC tem por objetivos:

- 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.

Os objetivos acima estão inter-relacionados, todavia ensinam os ilustres Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios (2013, p.29) que há dois grupos de finalidades maiores do novo regime:

O primeiro deles refere-se ao inciso I e deve ser entendido em comparação com o regime da Lei nº 8.666/1993, pois a acepção do verbo “ampliar” pressupõe algo anterior a ser objeto da ação verbal. Assim, quando se coloca como objetivo do novo regime a ampliação da eficiência nas contratações e da competitividade entre os licitantes, verifica-se a nítida intenção de aprimorar os procedimentos de contratação até então existentes.

O segundo grupo, referente aos demais incisos, não apresenta maiores inovações em relação ao anterior regime de contratação. A novidade aqui talvez consista na explicitação de que a busca da proposta mais vantajosa deve considerar a melhor relação entre custos e benefícios do objeto contratado.

Essa série de objetivos apresentada no RDC mostra a intenção do Governo em diminuir as diferenças existentes entre contratações públicas e privadas em relação aos aspectos: eficiência, preço, cumprimento de prazos, dentre outros.

Já o artigo 3º da Lei 12.462/11 traz o rol dos princípios que devem ser observados nas licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC:

Art. 3o As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Podemos observar que a Lei do RDC indicou os princípios da eficiência e economicidade como norteadores dessas licitações e contratos, mas eles não estão previstos de maneira expressa, embora sejam igualmente aplicáveis, na Lei Federal das Licitações nº 8.666/93.

Para concretizar os objetivos, em seu art. 4º nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

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

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

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

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

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

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

Segundo os ensinamentos de Oliveira e Freitas (2011, p.7):

São diretrizes que se encontram amparadas nos princípios da segurança jurídica (tanto no que tange à padronização dos objetos da contratação, quanto dos instrumentos contratuais), da eficiência (no que se refere às variáveis de desempenho e de utilização das planilhas de custos dos licitantes) e da economicidade (na busca de maior retorno econômico para a Administração).

A Lei 12.462/11 – RDC, além de buscar a economicidade, mostra em seu artigo 4º, § 1º a preocupação com outros valores constitucionais, vejamos:

Artigo 4º, § 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Nesse sentido ensina Oliveira e Freitas (2011, p.7):

É possível perceber, ainda, que o RDC consagra a tendência da denominada “função regulatória da licitação”, segundo a qual a licitação não tem por objetivo apenas a busca pela economicidade nas contratações públicas, mas também a efetivação de outros valores constitucionais.

#### **4.4 Fases do RDC**

As licitações realizadas no âmbito da Lei nº 8.666/93 assemelham-se às criadas no Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Ambas possuem um procedimento muito semelhante, com fases interna, onde serão executados os

atos que instruirão a licitação, e externa, quando os interessados apresentam suas propostas que serão julgadas pela Administração.

Porém, as peculiaridades das licitações no âmbito do RDC trazem elementos próprios para suas etapas, criados com o fim de instrumentalizar as inovações trazidas por esse novo regime. A seguir examinaremos alguns desses importantes instrumentos.

### **Fase interna**

Estabelecida pelo art. 12 da Lei nº 12.462/11 e delineada pelos artigos 4º a 12 do Decreto 7.581/11, a fase interna da licitação no RDC é aquela em que a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para a caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame. É a etapa na qual a Administração determina a realização do certame, define seu objeto e estabelece as regras do processo licitatório, que em momento posterior culminarão na elaboração do instrumento convocatório.

Nesta norma ela recebe um tratamento especial que é dispensado pela Lei Geral, pois estabelece minuciosamente o rol de ações que o agente estatal condutor da licitação deverá seguir. A lei geral, por sua vez, tem as suas regras esparsas no texto, não declarando de forma totalmente clara quais são os deveres da Administração na elaboração do certame.

A etapa interna de ambas as normas se assemelham, na medida em que os seus atos preparatórios preveem a definição do objetos, a elaboração dos orçamentos, dos editais e de cláusulas do contrato. A diferença entre as duas se encontra nos novos instrumentos trazidos pela Lei nº 12.462/11.

### **Fase externa**

A etapa externa é aquela em que já publicado o edital, os interessados apresentam suas propostas e demonstram que cumprem os requisitos para participar do certame.

Esta fase, nas licitações que obedecem ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, em sua essência, não diferem da prevista na Lei Geral de Licitações. Em ambas ocorrem a habilitação, o julgamento das propostas e dos recursos, a homologação e a adjudicação. A distinção reside nas formas de realização e de disputa da licitação que a lei especial apresenta. Além disso, a negociação com o melhor colocado, a inversão as fases de habilitação e julgamento como regra e a consequente fase recursal única.

#### **4.5 Principais inovações**

O RDC traz uma série de importantes inovações ao processo licitatório, que objetivam, sobretudo, maior eficiência, celeridade e repartição de riscos para a Administração Pública. Destacaremos a seguir algumas delas:

##### **Contratação Integrada**

Uma das novidades trazidas pelo RDC é a contratação integrada, que possui semelhança com a “empreitada integral” da Lei nº 8.666/93, quando se pretende contratar o objeto em sua totalidade, compreendendo todas as fases da obra e instalações, é o chamado “*turn key*”.

A diferença é que na contratação integrada dispensa a existência do projeto básico, exigindo um conjunto maior de serviços por parte do contratado, desde a elaboração de projetos básico e executivo até a execução integral da obra. Nesse caso, a Administração elaborará apenas um anteprojeto de engenharia que servirá de base à licitação.

Adotado o regime de contratação integrada, não poderá haver termos aditivos de contratos, com exceção dos casos de reequilíbrio econômico financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior e no caso de ser necessária a alteração do projeto, a pedido da Administração, para melhor adequação técnica. Isso significa que, em tese, o novo regime pretende reduzir os custos da Administração Pública com as obras, transferindo para os contratados, de maneira mais eficiente, os riscos pela não realização adequada dos projetos.

Também deverá ser adotado o critério de julgamento de técnica e preço. Compreensível à medida que deverão estar dispostos no instrumento convocatório todos os parâmetros de pesos, uma vez que a escolha da proposta mais vantajosa não será necessariamente aquela que contenha menor preço, haja vista a potencialidade de peso técnico sobre os projetos apresentados.

Esse tipo de contratação vem identificada no artigo 8º, inciso V e em seguida no artigo 9º da Lei nº 12.462/2011, cujo inteiro teor dispõe:

**Art. 8º** Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

IV - empreitada integral; ou

V - contratação integrada. (...)

**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.

§ 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.

§ 2º No caso de contratação integrada:

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

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

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

c) a estética do projeto arquitetônico; e

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

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

O ilustre Marçal Justen Filho (2013, p. 178 e 179) esclarece em sua definição que:

A contratação integrada consiste num contrato de empreitada de obra e serviços de engenharia, em que a administração contratante apresenta um anteprojeto de engenharia e o particular contratado assume a obrigação de conceber as soluções, elaborar os projetos básico e executivo e executar o objeto com fornecimento de materiais, utilização de equipamentos, aquisição e desenvolvimento de programas de informática e tudo o mais que se fizer necessário à entrega do objeto em funcionamento, mediante remuneração abrangente e vinculada à operação do empreendimento em condições predeterminadas.

Ainda estabelece o doutrinador que não cabe a utilização do regime da contratação integrada, pura e simplesmente para obras e serviços. A aplicação deverá ser utilizada quando se caracterizar um conjunto de solução, compreendendo desde sua concepção até a execução integral, entregando o objeto concluído, conforme o interesse da entidade Administrativa promotora do certame.

O objetivo quanto à aplicação da contratação integrada pelo RDC, como outras inovações implementadas, sempre foi o de acelerar a execução de obras de infraestrutura dos grandes eventos esportivos com datas marcadas para 2014 e 2016.

Esse tipo de modelo não é novidade trazida pelo RDC no ordenamento jurídico brasileiro. Embora seja proveniente de legislação estrangeira (como alguns Estados norte-americanos e Inglaterra), já era utilizado no regime de concessões e parcerias público-privadas (PPP).

## Remuneração Variável

A Remuneração variável vem estabelecida no artigo 10º da Lei nº 12.462/2011, que dispõe:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

No âmbito das contratações por procedimento licitatório, a lei do RDC introduziu no ordenamento jurídico, a possibilidade de contratação por remuneração variável, desde que obedecidas às premissas de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega. Com base no princípio do interesse público, esta forma de contratação só encontrará respaldo se plenamente motivada, bem como se respeitado o limite orçamentário vinculado à contratação.

A remuneração variável deverá constar do instrumento convocatório, estabelecendo de forma objetiva quais serão as formas de mensuração do ente fiscalizador quando da execução contratual, abrangendo de forma exaustiva todos os componentes fixados pelo caput do artigo 10º supra. É o que preceitua o artigo 8º do Decreto nº 7581/11 que regulamenta a Lei nº 12.462/11. O contratado deve obedecer aos critérios mínimos do instrumento convocatório, sob pena de arcar com o ônus das sanções correspondentes, vez que a aplicação da remuneração variável é uma vantagem adicional da Administração Pública.

Justen Filho (2013, p. 208) leciona o seguinte sobre remuneração variável:

A contratação com remuneração variável é adequada quando o interesse da Administração é satisfeito mediante uma prestação de qualidade superior, sem que isso signifique a ausência de vantagem se a prestação tiver qualidade inferior (desde que respeitado um nível mínimo). Isso se passa naqueles casos em que o atingimento do nível mais elevado de qualidade é economicamente muito oneroso, tecnicamente problemático ou fisicamente impossível. Isso envolve inclusive os casos em que a solução mais satisfatória reside na elevação progressiva do nível de qualidade da prestação a ser executada pelo particular.

A aplicação do mecanismo de remuneração variável, desde que bem utilizada, será útil à Administração Pública, uma vez que se trata de uma nova ferramenta à disposição do ente público. Deverá ser aplicada pelo licitador quando, objetivamente, trazer maior efetividade e vantagem adicional aos seus objetivos.

### **Sigilo do Orçamento Estimado**

O sigilo do orçamento estimado é bastante controvertido, está disposto no artigo 6º da Lei nº 12.462/11 e no artigo 9º do Decreto nº 7.581/11, que regulamenta a referida legislação.

A intenção do legislador quanto ao sigilo temporário do orçamento estimado foi impedir conluio entre os licitantes. Faz-se importante citar tais dispositivos respectivamente:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.[...]

Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º O orçamento previamente estimado estará disponível permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 2º O instrumento convocatório deverá conter:

I - o orçamento previamente estimado, quando adotado o critério de julgamento por maior desconto;

II - o valor da remuneração ou do prêmio, quando adotado o critério de julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico; e

III - o preço mínimo de arrematação, quando adotado o critério de julgamento por maior oferta.

Há doutrinadores que entendem não existir a figura do sigilo, para eles o RDC simplesmente estabelece que o orçamento público para a realização de obra e serviço seja elaborado anteriormente à licitação, mas não divulgado nessa etapa inicial, para evitar conluios ou manipulação dos preços.

Assim que ocorre a entrega de propostas comerciais, o orçamento, bem como todos os demais preços ofertados, serão tornados públicos para a indispensável verificação de compatibilidade com o interesse público.

A notável doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 447) opina em sua obra sobre esse assunto:

A medida – não divulgação do orçamento estimado antes do encerramento do procedimento de licitação – parece útil, sendo conveniente que se estenda a todas as modalidades de licitação, porque a sua divulgação influencia os licitantes na apresentação de suas propostas, podendo resultar em resultados danosos para a escolha da melhor proposta.

## **Modos de Disputa**

Nos artigos 16 e 17 da Lei nº 12.462/2011 é regulado a disputa financeira que ocorrerá visando à satisfação da Administração Pública pela contratação de preços vantajosos, atendendo critérios de isonomia entre os proponentes participantes. Em grande parte, são inovações já trazidas pelas disposições legais da Lei nº 10.520/2002 que trata do Pregão.

No **modo de disputa aberto**, os lances públicos se iniciam a partir de uma proposta inicial, que, segundo disposto no parágrafo único do artigo 18 do Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta o RDC, possibilitará que o instrumento convocatório estabeleça ou não critérios de diferença de valores entre lances. Estas diferenças têm o objetivo de não permitir que os proponentes promovam lances mínimos de preços, protelando interminavelmente o procedimento de lances.

Outra possibilidade é que poderão ser apresentados lances intermediários desde que maior (quando de melhor oferta) ou menor (quando de menor preço) à

proposta do próprio licitante. Durante a etapa de lances, em ordem cronológica, deverá o licitante se manifestar se apresenta lance ou se desiste expressamente de dar sequência, implicando na sua exclusão com a manutenção de seu último lance apresentado.

No encerramento desta etapa de lances, se houver uma diferença de pelo menos 10% entre os lances, poderá admitir uma única e nova etapa de disputa em que todos os licitantes participarão.

No **modo de disputa fechado**, os procedimentos são semelhantes aos regulados pela Lei nº 8.666/93, onde em data, hora e local apropriados serão abertos os invólucros contendo as propostas, as quais serão classificadas em ordem de preços ofertados.

Poderá ainda, em uma mesma licitação, ser combinados os dois modos de disputa aberto e fechado, sendo que o procedimento que se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificadas as três melhores propostas. Entre estas haverá então, a disputa de lances públicos. Quando o procedimento se iniciar pelo modo de disputa aberto, da mesma forma serão classificadas as três melhores propostas para apresentação de uma nova etapa final de preços em envelopes também lacrados.

### **Negociação entre Licitantes e a Administração Pública**

A Lei nº 12.462/2011 estabelece em seu artigo 26, a possibilidade de negociação da Administração Pública e os licitantes, no sentido de se convencionar condições mais vantajosas, vejamos a seguir:

Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado.

Neste item não há uma inovação propriamente dita do RDC, pois já existe essa possibilidade de negociação estabelecida na Lei nº 10.520/2002 do Pregão, entretanto quando se trata da lei do pregão, há uma negociação exclusiva quanto aos preços ofertados, enquanto que na lei do RDC, a vantagem a ser buscada pelo ente público é a de maior amplitude. Ela não estabelece maior vantagem econômica e sim condições mais vantajosas, ou seja, não há uma limitação quanto à negociação de preços propostos.

Como há nas licitações do RDC o sigilo do orçamento estimativo, descrito no artigo 6º da citada lei, haverá com maior probabilidade uma incidência de preços propostos superiores aos estimados pela Administração Pública. Assim, terá os responsáveis pelo procedimento licitatório, a possibilidade de negociar junto ao primeiro colocado, o enquadramento do valor dentro daquele previsto, bem como outras condições que melhor atenda aos interesses da Administração. Não logrando êxito, terá o licitador, a possibilidade de negociar preços junto aos demais licitantes na ordem de classificação anteriormente obtida.

Neste aspecto vale citar Justen Filho (2005, p. 139), sobre negociação:

O grande problema da negociação reside na ampliação do risco de desvios éticos. Quando se desenvolve uma negociação, podem surgir confusões entre os interesses indisponíveis atribuídos à tutela da Administração Pública e as conveniências pessoais privadas dos indivíduos. Abre-se oportunidades para composições ocultas, em que se sacrificam interesses indisponíveis em prol do enriquecimento indevido de algum sujeito.

Ainda sobre a transparência relativa à negociação, citamos o Acórdão do TCU nº 306/2013-Plenário (2013), TC 039.089/2012-6, relator Ministro Valmir Campelo, cuja síntese diz:

[...] fazer valer a real possibilidade de negociar, desde que em ato público e devidamente justificado, não vejo, em princípio, reprovabilidade em abrir o sigilo na fase de negociação.

## **Julgamento Prévio das Propostas frente à Habilitação**

É nesse momento que ocorre a maior celeridade dos processos de licitação abarcados pela Lei nº 12.462/2011. O artigo 12 da citada lei, elenca a ordem do procedimento licitatório a ser seguida, nomeando que a primeira etapa da fase externa do procedimento, ou seja, na primeira sessão, eletrônica ou presencial, estarão se analisando as propostas, julgando-as e classificando-as em seguida. Só então, após a classificação é que se analisarão as condições de habilitação do primeiro colocado. Esta é uma diferença fundamental frente aos procedimentos da licitação convencional (Lei nº 8.666/93), uma vez que nestes, caberá à Comissão de Licitação avaliar, primeiramente, todos os documentos de habilitação (financeira, técnica, regularidade fiscal e jurídica) de todos os proponentes. Só a partir da fase de habilitação concluída e com o decurso do prazo de recursos, conforme estabelece o artigo 109, I, “a” da citada lei é que será iniciada a fase de análise das propostas técnicas e de preço.

De qualquer forma, essa inversão de fases entre habilitação e proposta de preços, não é uma novidade instituída pela Lei do RDC. Houve um processo de maturação histórica das inversões, iniciada pela Resolução nº 65/98 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, posteriormente pela Lei nº 10.520/02, que instituiu a modalidade de Pregão, a reforma na lei de concessões realizada em 2005 e por último a Lei nº 11.079/04 – lei das Parcerias Público – Privadas – PPP’s.

Cabe ressaltar, o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, sobre a questão da inversão de fases no procedimento licitatório. A respeito desse assunto, o Ministro Benjamin Zymler em palestra ocorrida em 25/06/2013, na sede do TCU em Brasília, falou sobre os gargalos da Lei de Licitações e suas exigências atuais, que, em muitos casos, mais acarretam custos do que propriamente oferecem vantagens aos cofres públicos. Destacou as boas práticas do pregão, que foram assimiladas na criação do RDC, como, por exemplo, a inversão de fases.

## Fase Recursal Única

A regra é que a fase recursal seja única, ela só acontece se o rito for o normal, ou seja, o julgamento precedendo à fase de habilitação, como dispõe o artigo 27 da Lei nº 12.462/2011:

Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

Esta regra faz exceção aos processos cuja fase de habilitação seja prévia. Dessa forma toda vez que o processo de licitação contiver expressamente a regra de verificação dos documentos de habilitação pós-julgamento, será admitida somente uma fase recursal que acontecerá após o julgamento da habilitação do primeiro colocado. Sienta-se que, conforme prevê o artigo 53 do Decreto regulamentar nº 7.581/2011, caberá ao licitante interessado, se manifestar em cada fase do procedimento sobre o interesse de recorrer sob pena de preclusão.

A unicidade recursal já acontece no Pregão (Lei nº 10.520/2002, inciso XVIII, artigo 4º), nela verifica-se também a proposta de preço frente à habilitação dos proponentes.

No RDC, o dispositivo da unicidade recursal, tem como principal característica o ganho nos prazos, em comparação a um processo convencional na Lei Geral da Licitação que se inicia com a análise dos documentos de habilitação.

Ribeiro, Prado e Pinto Junior (2012, p. 103 e 104) esclarece sobre o assunto em sua obra:

A economia de tempo trazida por essa medida é de aproximadamente 20 a 30 dias corridos em relação ao procedimento de licitação ordinário previsto na Lei Federal na qual prevê os seguintes prazos: cinco dias úteis para o recurso; três dias úteis para processamento dos recursos; cinco dias úteis para impugnação dos recursos e no mínimo cinco dias úteis para decisão dos recursos. Estes prazos somam em média 25 dias corridos. Portanto, ao permitir que a fase recursal contra a habilitação e contra o julgamento das propostas seja única, há um ganho de aproximadamente 25 dias corridos nas licitações do RDC em que o julgamento preceder a fase de habilitação.

Entretanto, se há procedência do recurso quando versar sobre a fase de classificação e julgamento das propostas, a solução jurídica idealizada pela Lei do Pregão se mostrará mais lenta do que a tradicional contida na Lei nº 8.666/93, pois o procedimento licitatório, praticamente terminado, regressa a sua fase externa inicial, acarretando um considerável atraso em sua conclusão.

Apesar de uma parte da doutrina defender que a fase recursal única ofende o princípio do contraditório e ampla defesa, entende-se que quando da sua aplicação há um efetivo ganho de prazo, tornando o procedimento mais célere.

Vejamos a seguir mais algumas inovações destacadas na obra da ilustre doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 446):

Algumas inovações relevantes são introduzidas no regime diferenciado de contratação. Seja quanto à licitação, seja quanto ao contrato:

ampliação dos objetivos da licitação (art.1º, § 1º);

inclusão do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º);

previsão de procedimentos auxiliares das licitações (art. 29);

previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento (art.7º, II);

previsão da contratação simultânea ou possibilidade de contratação de mais de uma empresa para realizar o mesmo serviço (art. 11);

Como se observa, os pontos positivos apresentados constituem medidas positivas e modernizadoras do processo de compras de bens e serviços pela Administração Pública.

#### **4.6 Críticas ao novo regime**

A relevância do ponto de vista social e científico é observada nas inovações trazidas pelo novo regime, mas o RDC é um assunto polêmico e boa parte da doutrina diverge de seus benefícios. Há quem critique com convicção de que abre portas à corrupção, por não ter alguns trâmites burocráticos.

Vejam algumas das críticas mencionadas por parte dos doutrinadores em relação às inovações desse regime:

### **Sigilo no orçamento**

As críticas levantadas por parte da doutrina diz respeito em primeiro lugar ao fato de não ser possível o sigilo absoluto do valor orçado, já que na fase interna deste procedimento, o processo passa por inúmeros servidores da área financeira (ordenação da despesa) e controle interno (verificação de regularidade processual), por exemplo.

Dessa forma tem-se como principal risco a quebra do sigilo e o fornecimento de informações a respeito do orçamento estimado pelo agente público a apenas um determinado licitante que, com isso, seria beneficiado com informação não disponibilizada aos demais.

Sobre essa questão vale a pena destacar a opinião do ilustre Marçal Justen Filho (2013, p. 119 e 120):

(...) O sigilo do valor do orçamento, somado à previsão de desclassificação das propostas do valor subejante, gera uma situação propícia à corrupção.

(...) A solução adotada na Lei do RDC envolve benefícios questionáveis para a Administração. Talvez propicie a redução de preços ofertados; no entanto, produz uma situação nociva indubitável, consistente em ampliar a oportunidade para práticas de corrupção.

Em segundo lugar, se a divulgação do orçamento estimado vier somente no encerramento da licitação, os atos processuais de eventuais desclassificações por preços inexequíveis ou acima dos valores previstos poderão ocorrer sem que haja o direito de defesa ao licitante. Assim estará o emitente do referido edital sujeito a possível anulação, oriunda de ofensa aos princípios da publicidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

### **Quanto a origem**

O primeiro embate crítico fica por conta de seu próprio surgimento. Ainda na sua tramitação legislativa o Projeto de Lei de Conversão (PVL) sofreu emendas parlamentares substanciais. Abordando temas correlatos, essas alterações não

encontravam-se no rol de dispositivos inseridos no texto da Medida Provisória (MPV).

Originalmente a MPV nº 527 concentrava-se em apenas criar a Secretaria a Aviação Civil, promover as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal, e autorizar a prorrogação de contratos temporários para exercícios no controle de tráfego aéreo.

Desta forma, fica claro o sentido da discórdia. O preenchimento com dispositivos estranhos no PVL 17/2011, mesmo que seja prática comum do legislador parlamentar brasileiro, gera dúvidas sobre a existência de vícios no âmbito formal no processo legislativo.

### **Executivo e Legislativo**

A criação do ente “Autoridade Olímpica”, como órgão de definição da necessidade de uso do RDC (Art.1), é o segundo fator de descontentamentos. A alegação é de afronta direta aos artigos 22 XXVII e 37, inciso XXI, CF, pois licitações e contratações são matérias que só deveriam vir reguladas por legislação federal. Uma cláusula demasiadamente aberta conferindo ao Executivo o poder de escolher critérios, elevaria o regime jurídico a uma subjetividade tão severa que tornaria o instituto totalmente ilegal.

Entretanto a doutrina não oferece argumentos consistentes para explicar o que seria exatamente essa subjetividade.

### **Contratação Integrada**

Nesse tipo de contrato, 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 ficam por conta de uma empresa.

Na prática, a contratação integrada promove a diminuição de etapas. Faz a soma de diversos procedimentos que seriam necessários sob o ponto de vista da licitação nos moldes usuais. Este modo resume as fases (internas e externas) e, principalmente, elimina os gastos e a morosidade.

Sem dúvida, reside na contratação integral o ponto crítico do RDC. Seu fundamento encontra amparo na ideia motriz do diploma: procedimento licitatório favorecedor dos quesitos economia de tempo e diminuição de custos com o melhor aproveitamento possível.

O efeito desta contratação gera um anteprojeto de engenharia julgados pelos critérios de técnica e preço. A simplificação é extrema. Se levamos em consideração todos os mecanismos dispostos na Lei de Licitações, na qual não há esse tipo de contratação, certamente seria uma total afronta.

O dever de licitar para contratações de obras e serviços de engenharia pressupõe a exata configuração de objeto – viabilizando a isonomia entre os participantes da licitação.

Essa omissão, mostra a não definição adequada do objeto da licitação e do futuro contrato, violando expressamente o artigo 37, inciso XXI, que impõe o dever de licitar para contratações de obras e serviços de engenharia e pressupõe sua exata configuração. Não há licitação sem prévio e determinado objeto, porque sem isto não há condições de disputa.

Assim a crítica gira em torno da violação do princípio da competitividade, isonomia e impessoalidade, pois impedirá o julgamento objetivo da licitação. Também poderá gerar graves desvios de verbas públicas em razão da deficiência e da insuficiência do anteprojeto de engenharia.

Essa ausência de projeto básico implicará novos problemas e exigirá uma nova postura de controle da Administração no curso da execução do contrato. Para obter uma contratação efetivamente mais eficiente, é indispensável dispor de parâmetros para orientar de forma suficiente a elaboração das propostas, afinal, sem um edital adequado e patamares mínimos de segurança, reduz-se o número de interessados em competir, bem como para analisar essas propostas de forma objetiva e controlar a sua posterior execução.

## O “Plus”

Outras novidades que se mostram controvertidas no RDC são os mecanismos de incentivo econômico, um “plus”.

Primeiro, a remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, permite um pagamento a título de bônus subordinado ao atingimento de metas. Leva em conta ainda o padrão de qualidade, os critérios de sustentabilidade e a observação do prazo de entrega.

A segunda, é o contrato de eficiência que demonstra uma clara vantagem, a Administração irá remunerar parcialmente baseada na economia gerada à Administração. Toda vez que houver um resultado positivo, uma vantagem econômica, para a Administração, são convertidos na forma de um adicional pecuniário para o contratado.

A crítica que se pode atribuir a estes dois últimos pontos diz respeito mais uma vez à utilização de critérios vagos. Talvez em função da especificidade de cada obra e do interesse da Administração.

Seguem alguns trechos de críticas sobre o tema:

A consagração do critério “maior retorno econômico”, conjugado com a criação de novo tipo contratual – o denominado “contrato de eficiência” - tal como foi adotado na redação atual do Projeto, conflita com o princípio constitucional da impessoalidade (art. 37, caput) e a objetividade nas licitações públicas.

Não há delimitação legal sobre o campo de abrangência do denominado “contrato de eficiência”. Tal como configurado no projeto (art. 25, §1º), qualquer espécie de serviço ou atividade da Administração Pública poderá ser objeto do contrato.”

O certo é que ambas formas são vinculadas a resultados futuros e incertos (contratos de risco) previamente ajustados.

## **ADIN nº 4.645 e 4.655**

Âmbito de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, o qual difere da Lei nº 8.666/93. Ela possui uma base de aplicação mais ampla. Por se tratar da Lei Geral de Licitações, como mencionado anteriormente, ela é aplicada a

todos as obras, serviços, compras, alienações e locações realizadas pelo Poder Público da União, dos Estados e dos Municípios. Entretanto, este âmbito restrito de aplicação, que dá aos órgãos do Executivo a escolha das obras e serviços necessários à realização dos eventos esportivos, também é objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.655 e nº 4.645 promovidas, respectivamente, pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelos Partidos Políticos. Alegam que, de acordo com o art. 22, XXVII, e o art. 37, caput e XXI, da Constituição Federal, a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação seria da União. Dessa forma, os artigos. 1º, I e II, e 65 da Lei 12.462/11 que delegam a órgãos do Poder Executivo - Autoridade Pública Olímpica e o Grupo Executivo do Comitê Gestor da Copa – a escolha de quais obras, serviços e compras que obedecerão ao Regime Diferenciado de Contratações feririam o texto constitucional.

Como vimos, as críticas são contundentes, mas observamos que os pontos positivos são abundantes e podem ajudar na modernização, mais que necessária, do processo licitatório no Brasil.

## Conclusão

A licitação é um instrumento fundamental na preservação e consolidação do princípio da igualdade de todos perante a lei. A obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional apresentado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, aplicável, ressalvados casos específicos, a todo ente da administração pública direta ou indireta. É perceptível a importância do processo licitatório na aquisição de bens ou serviços, contrato de obras, bem como concessão e permissão de serviços públicos. Tem como objetivo criar um ambiente de competição entre os que desejam contratar com o órgão que promove o certame, e assim obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Este processo obedece a princípios gerais e específicos previstos, como já citamos, na Constituição Federal e em sua Lei Geral, fundamentais para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo que o estabelece. Assim, toda interpretação das normas que regem a licitação e todos os atos dos agentes públicos dentro de um processo licitatório devem ocorrer no sentido de cumprir os princípios e diretrizes previstos no ordenamento jurídico.

A Lei Geral das Licitações nº 8.666/93 regula os procedimentos licitatórios com formas diversas de acordo com objeto a ser contratado.

Como vimos, a norma estabelece as seguintes modalidades de licitação – concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, escolhidas conforme as regras previstas em lei. Cada uma delas segue um rito específico instituído por um comando legislativo, que se divide em uma fase interna, em que são elaboradas as regras, estabelecidos os parâmetros e o objeto da licitação, presentes no edital obrigatoriamente. Após a publicação do edital tem início a fase externa, é nesse momento que os interessados em contratar com a Administração tomam conhecimento do certame e oferecem suas propostas.

Entretanto, a Lei Geral das Licitações nº 8.666/93 foi promulgada há mais de vinte anos num contexto histórico bem diferente de hoje, assim não supre mais as necessidades atuais da economia nacional. Todo procedimento é bastante burocrático, portanto imprescindível que haja uma reforma no modo como são

realizadas as contratações pelos entes públicos, com objetivo de tornar mais céleres e econômicas, adaptadas ao atual contexto do país, dessa forma preservar o desenvolvimento nacional e tornar o Brasil mais competitivo frente a outras nações, através da melhoria de sua infra estrutura.

Como a Lei 8.666/1993 era frequentemente criticada sob o argumento de ser incapaz de conferir rapidez ao processo licitatório, o Congresso Nacional, a partir da iniciativa do Executivo Federal, optou por aprovar uma lei específica, em lugar de promover uma reforma na lei geral, sem, contudo, infringir os princípios constitucionalmente estabelecidos. Utilizou como justificativa a necessidade de ter, em tempo hábil, a construção da infraestrutura necessária para a realização dos eventos esportivos para os quais o Brasil foi escolhido como país sede: Copa das Confederações de Futebol – 2013, Copa do Mundo de Futebol – 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos – 2016.

Dessa forma, ocorreu a emenda ao texto da Medida Provisória nº 527/11, convertida na Lei nº 12.462/11, que instituiu em nosso ordenamento jurídico o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Inicialmente esse novo regime teria sua duração limitada e âmbito de aplicação restrito, limitando-se às obras necessárias à realização dos eventos esportivos no país, mas o caráter de transitoriedade foi afastado, como podemos ver pelo acréscimo, em 2.012, no artigo 1º da Lei 12.462/11 dos incisos: IV – obras e serviços de engenharia nas ações integrantes do PAC e sistemas de ensino, V – no sistema de saúde – SUS, e em 2.014 o inciso VI – estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, ampliando de maneira efetiva o campo de aplicação do RDC.

A opção por esse regime deverá constar expressamente do instrumento convocatório, o que afastará, por consequência, a disciplina da Lei 8.666/1993, com exceção dos casos previstos na própria Lei do RDC (art. 1º, §2º).

O principal benefício do RDC foi a desburocratização do processo de compra e contratações públicas, ou seja, tais processos seguem um trâmite mais ágil, trazendo uma maior eficiência para Administração Pública. O princípio da eficiência e da economicidade permeia todo Regime Diferenciado de Contratações, busca

assim um sistema de negociações com mais celeridade e menos dispendioso para Administração Pública.

A Lei do RDC traz uma preocupação literal, de forma inédita, com a melhor utilização de recursos naturais, menor consumo de energia, vigilância nos impactos urbanísticos associados às obras, mostra um avanço na maneira de contratar.

Outra característica do RDC que demonstra a celeridade que busca tal regime, é a concentração de recursos numa única fase recursal. Diferentemente da Lei Geral de Licitações – Lei 8.666/93, o RDC analisará os recursos no fim do certame, agilizando assim o processo licitatório. Ele também estabelece sanções administrativas mais severas que a Lei Geral de Licitações, como o prazo de 5 anos sem poder contratar com o poder público.

Portanto, nota-se que o referido regime tem como objetivos: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiência e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público e como forma de incentivar a inovação tecnológica, assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

O RDC possui mecanismos modernos que valorizam a sustentabilidade econômica, social e ambiental, rompe com entraves burocráticos, mas contradiz grande parte dos critérios usuais de contratações públicas.

A rigor, o regime consolida e amplia procedimentos já testados e aprovados em processos de compras realizadas pelo setor público, como a inversão de fases, prevista para o pregão, Lei nº 10.520/02.

É possível identificar inspiração do RDC também no regulamento de procedimentos simplificados da Petrobrás para contratação de obras, serviços, compras e alienações, do Decreto nº 2.745/98, e também na Lei nº 11.079/04, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Esses normativos também objetivam, sobretudo, maior eficiência para a Administração e repartição de riscos.

Essas mudanças e aperfeiçoamentos introduzidos pelo RDC já começaram a trazer resultados positivos para aumentar a eficiência da Administração nos processos licitatórios.

Em audiência pública realizada pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle – CFFC, em conjunto com a Comissão de Viação e Transporte, ambas da Câmara dos Deputados, no dia 21/5/2013, o Diretor de Infraestrutura de Transporte do Dnit informou que o prazo médio das concorrências públicas realizadas por aquela Autarquia caiu de 285 para 118 dias, quando realizado na modalidade de RDC presencial e para 43 dias quando realizado na forma eletrônica.

Na mesma linha, o representante da Infraero registrou que o prazo médio das concorrências naquela empresa caiu de 252 para 93 dias, quando utilizado o RDC.

Verifica-se, então, que, em média, o prazo necessário para realizar a licitação foi reduzido em cerca de 60%, o que é um dado irrefutável a denotar o aumento da eficiência, redução de custos e agilidade proporcionados por esse regime. Essas experiências fazem parte de um cenário verdadeiro, pois diminuiu em até seis meses a contratação das obras.

As críticas são contundentes, inclusive giram em torno da constitucionalidade da Lei do RDC. As razões vão desde a alegada impossibilidade de a União editar legislação específica a ser observada por ela própria e pelos demais entes federados, afastando normas gerais da Lei 8.666/1993, até a discussão do sigilo sobre recursos orçamentários utilizados em contratações desse regime.

As falhas e lacunas existentes podem e devem ser sanadas, as dificuldades apontadas são relevantes mas não devem ameaçar o objetivo maior do diploma: desburocratizar as licitações públicas por meio de instrumentos que contemplem a economia, a celeridade e a eficiência. E talvez a maior inovação desse regime seja a reflexão para uma atualização dos mecanismos existentes nas licitações públicas como um todo.

## Referência Bibliográfica

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>. Acesso em:27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 2.300/86, de 21 de novembro de 1986. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 2.745/86, de 24 de agosto de 1998. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2745.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm)>. Acesso em:27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 7.581/11, de 11 de outubro de 2011. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.401/64, de 10 de setembro de 1964.Planalto.Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4401.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.079/04, de 30 de dezembro de 2004.Planalto.Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993.Planalto.Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.883/94, de 8 de junho de 1994.Planalto.Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Leis/L8883.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L8883.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.520/02, de 17 de julho de 2002. Planalto. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.462/11, de 04 de agosto de 2011. Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n. 527, de 18 de março de 2011 Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm)>. Acesso em: abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei de Conversão nº 17/11. Parecer do relator-revisor Senador Inácio Arruda (PC do B-CE). Brasília, DF, 05 jul. 2011. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/93007.pdf>>. Acesso em 07 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.070/RN. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em 29 de novembro de 2007, Plenário, DJE 19 de dezembro de 2007, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502946>>. Acesso em 22 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. TCU. Acórdão nº. 306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, relator Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF 27, de fevereiro de 2013. Disponível em: . Acesso em 14 mai. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 2013, 26 ed. Editora Atlas. São Paulo. FARIA, Edmur Ferreira. Curso de Direito Administrativo Positivo. 2001, 4ª ed. Editora Del Rey. Belo Horizonte.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8a ed. São Paulo: Dialética, 1998.

\_\_\_\_\_. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos 7ª Ed., São Paulo: Dialética, 2000.

\_\_\_\_\_. Pregão. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. Comentários ao RDC Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.655. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4138546>>. Acesso em 26 mar. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Direito Administrativo Brasileiro. 2013, 40ª ed. Malheiros Editores. São Paulo.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 28ª ed. Malheiros, 2010, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Verás de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e Administração de Resultados. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, nº 35, p. 9-36, out/dez 2011.

PSDB, DEM e PSS. Petição inicial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acesso em 27 26 mar. 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. Regime Diferenciado de Contratação – RDC. 2ª ed.. Belo Horizonte. Editora Fórum.