

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

**Wagner Alves de Oliveira**

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – UMA NOVA MODALIDADE  
DE LICITAÇÃO PARA MAIOR AGILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Porto Alegre

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

**Wagner Alves de Oliveira**

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – UMA NOVA MODALIDADE  
DE LICITAÇÃO PARA MAIOR AGILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado junto ao Departamento de  
Direito Público da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. José Guilherme  
Giacomuzzi**

Porto Alegre

2014

## RESUMO

Com a necessidade inicial de prover maior celeridade às compras e contratações públicas necessárias à realização da Copa das Confederações, Copa do Mundo FIFA 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei 12.462/2011, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, que gerou grande polêmica em vista da relativização de princípios da Administração Pública e também devido à ampliação do seu campo de aplicação para diversos outros tipos de obras ou serviços de engenharia, por meio de alterações da Lei 12.462/11 ou inclusão da possibilidade de aplicação do regime em outras leis, tendo-se estendido, por exemplo, para contratação de obras relacionadas ao Programa de Aceleração de Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia no âmbito do sistema público de ensino, obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. No presente trabalho, busca-se apresentar o Regime Diferenciado de Contratações, mediante explanação do contexto no qual foi introduzido, perpassando pela análise dos principais dispositivos da Lei 12.462/2011 e suas alterações, concluindo-se pela necessidade de edição de nova lei geral de licitações e contratos que agregue os avanços trazidos pelo referido regime.

**Palavras-chave:** Administração Pública; Licitação; Lei 8.666/93; Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC); Lei 12.462/11.

## **ABSTRACT**

With the initial need to provide speedier shopping and contracting necessary for the completion of the Confederations Cup, FIFA World Cup 2014 and the Olympic and Paralympic Games in 2016, was introduced in our legal system, through Bill 12.462/2011, Differentiated Regime of Public Contracts - DRC, which generated great controversy in view of the relativity principles of public administration and also due the expansion of its scope to several other types of works and engineering, through amendments to Bill 12.462/11 or inclusion of the possibility of administering the regime in other bills, having been extended, for example, for procurement of works related to the Growth Acceleration Program (PAC), engineering works and services within the public school system, works and engineering services under the Unified Health System (SUS), and construction, expansion and renovation of prisons and childcare service units. In this paper, we try to present the Differentiated Regime Contracts, through explanation of the context in which it was introduced, passing through the analysis of the main provisions of Bill 12.462/2011, as amended, concluding the need editing new general bill of tenders and contracts aggregating the advances brought by the regime.

**Key words:** Public Administration; Bidding; Bill 8.666/93; Differentiated Regime of Public Contracts (DRC); Bill 12.462/11.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	05
<b>1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LICITAÇÃO DA LEI 8.666/93</b> .....	07
1.1 Modelos de Administração Pública no Brasil.....	07
1.2 Contexto de atuação da Administração Pública brasileira.....	10
1.3 Licitações Públicas.....	12
1.4 Panorama geral sobre a Lei 8.666/93 e normas posteriores.....	15
1.4.1 Princípios das licitações na Lei 8.666/93.....	16
1.4.2 Fases da licitação de acordo com a Lei 8.666/93.....	17
1.4.3 Modalidades e tipos de licitação.....	17
1.4.4 Trâmites e Recursos.....	19
<b>2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC</b> .....	24
2.1 Breve histórico.....	24
2.2 Campo de aplicação do RDC.....	28
2.3 Objetivos, Diretrizes e Princípios do RDC.....	29
2.4 Relação da Lei 12.462/11 com a Lei 8.666/93.....	36
2.5 Outras disposições do RDC.....	39
2.6 Principais inovações do RDC em relação à Lei 8.666/93.....	41
2.6.1 Licitação por meio eletrônico.....	41
2.6.2 Inversão das fases de habilitação e julgamento.....	42
2.6.3 Fase recursal única.....	45
2.6.4 Indicação de marca ou modelo.....	45
2.6.5 Orçamento sigiloso.....	47
2.6.6 Contratação integrada.....	51
2.6.7 Remuneração variável.....	58
2.6.8 Contrato de eficiência.....	60
2.7 Algumas referências recentes de utilização do RDC.....	61
<b>3 CONCLUSÃO</b> .....	65
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	68

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar as inovações, em busca de maior eficiência, relacionadas à introdução da nova modalidade de licitação denominada Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC no ordenamento jurídico pátrio, principalmente frente à morosidade e burocracia consignada na Lei de Licitações e Contratos, que, após mais de vinte anos de existência, urge seja alterada por normativos que, ao tempo que estejam na esteira dos princípios basilares da administração pública, caminhem na direção da implantação de um Estado gerencial, focado em resultados.

Para isso, busca-se, mediante metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, expor de forma geral, obviamente sem a pretensão de esgotar o tema, a evolução histórica da gestão administrativa, as características da administração pública, incluindo seu panorama geral, seus princípios norteadores, bem como um breve relato sobre os regimes de licitações atualmente vigentes, com enfoque na Lei 8.666/93 e suas limitações. Em seguida, apresenta-se o Regime Diferenciado de Contratações, mediante explanação do contexto no qual foi introduzido, perpassando-se pela análise dos principais dispositivos da Lei 12.462/2011 (lei do RDC) e suas alterações.

A relevância do tema consiste na polêmica relacionada ao RDC quando de seu nascedouro, em função da suposta relativização de princípios da Administração Pública. Além disso, o referido regime, que havia sido criado, inicialmente, para dar maior rapidez às contratações realizadas para a Copa das Confederações, Copa do Mundo FIFA 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, foi, aos poucos, ampliando seu campo de aplicação, por meio de alterações da Lei 12.462/11 ou inclusão da possibilidade de aplicação do regime em outras leis, estendendo-se atualmente para: ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)<sup>1</sup>; obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino; obras de modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos; ações de modernização, construção, ampliação ou reforma

---

<sup>1</sup> O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) foi lançado pelo Poder Executivo em 22 de janeiro de 2007, mediante o Decreto n. 6025/2007, e compreende um conjunto de ações com vistas a promover o crescimento econômico brasileiro. Essa norma estabeleceu que o programa será constituído de: medidas de estímulo ao investimento privado; ampliação dos investimentos públicos em infraestrutura; melhoria da qualidade do gasto público; e controle da expansão dos gastos correntes no âmbito da administração pública federal.

de armazéns destinados às atividades de guarda e conservação de produtos, pela Companhia Nacional de Abastecimento - Conab; obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II; e obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

## 1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LICITAÇÃO DA LEI 8.666/93

### 1.1 MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Desde o período colonial, o Estado Brasileiro, como elemento dinâmico, vem evoluindo, buscando superar os desafios e limitações que lhe são impostos e atender às demandas da sociedade. Lescura, Freitas Júnior e Pereira informam que esta evolução revela-se, por exemplo, por meio de uma transição que parte do modelo de Administração Pública Patrimonialista, passando-se pela Administração Burocrática e, finalmente, chegando à Administração Gerencial.<sup>2</sup> É cristalina, no entanto, a compreensão de que os modelos não são excludentes entre si, uma vez que, mesmo atualmente com as tentativas de implantação da Administração Pública Gerencial, persistem diversas características patrimonialistas e burocráticas.

O patrimonialismo, que, segundo os citados autores, teve início com o Brasil colônia e estendeu-se desde o Império até a República Velha, em suma, refere-se à ausência de diferenciação entre o público e o privado. O soberano dispunha dos bens públicos como se de sua propriedade fossem. Este estilo de Administração vai na esteira da existência de forças políticas dominantes e de despotismo dos governantes. Para os referidos autores,

O Brasil, na era colonial, caracterizava-se por uma unidade política centrada na imagem do rei e seus conselheiros. A legislação da colônia era composta por determinações de cunho particular, ou seja, não existiam normas gerais a serem seguidas, hierarquias e definições de competências de forma burocrática, mas predominavam os costumes e as tradições emanadas do rei e da nobreza [...]<sup>3</sup>

Acrescentam os autores que, com a Revolução de 1930 e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, teve início a chamada Reforma Burocrática. Buscou-se, neste momento, a transferência da titularidade do poder para o povo. Os bens públicos não mais pertenceriam aos detentores do poder, pelo menos em tese. Nesse modelo, há total distinção entre público e

---

<sup>2</sup> LESCURA, Carolina; FREITAS JÚNIOR, Dionysio Borges; PEREIRA, Roberto. Aspectos Culturais Predominantes na Administração Pública Brasileira (2010) in: **Administração Pública, Gestão Social e Economia Solidária: avanços e desafios**, junho de 2010 – Anais Encontro Mineiro de Administração Pública, Economia Solidária e Gestão Social II EMAPEGS – Universidade Federal de Viçosa – UFV. Disponível em: <<http://www.emapegs.ufv.br/docs/iemapegsufv.pdf>> Acesso em: 23 de jul. 2014.

<sup>3</sup> Ibid.



o privado. A partir desta visão, busca-se a hierarquização das instituições, a impessoalidade, a isonomia, princípios e valores, até então ausentes na administração da coisa pública.

O modelo de Administração Pública Burocrática possui como pilares a estruturação normativa, a rigidez, valorizando os aspectos formais, de forma a dar pequena margem à atuação discricionária dos gestores, tendo em vista sempre resguardar o interesse público.

A Constituição da República de 1988 é tipicamente aderente à gestão pública burocrática. É uma Carta analítica, uma vez que aborda temas fundamentais, descendo, em algumas ocasiões, aos detalhes mais minuciosos, que deveriam constar de normas infraconstitucionais. Este excesso de normatização resulta das seguintes causas, segundo Bonavides:

[...] a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.<sup>4</sup>

Ocorre que esse excesso de normatização, ao tempo que dificultou a prática de ações patrimonialistas, tornou a máquina pública pesada e lenta. A forma se sobrepôs ao resultado. Bresser Pereira descreve da seguinte forma a necessidade de gestão por resultados em contrapartida à formalização excessiva instalada:

A administração pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.

Este fato não era grave enquanto prevalecia um Estado pequeno, cuja única função era garantir a propriedade e os contratos. No Estado liberal só eram necessários quatro ministérios - o da Justiça, responsável pela polícia, o da Defesa, incluindo o Exército e a Marinha, o da Fazenda e o das Relações Exteriores. Nesse tipo de Estado, o serviço público mais importante era o da administração da justiça, que o Poder Judiciário realizava. O problema da eficiência não era, na verdade, essencial. No momento, entretanto, que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais - a educação, a saúde, a

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 74.

cultura, a previdência e a assistência social, a pesquisa científica - e de papéis econômicos - regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura, - nesse momento, o problema da eficiência tornou-se essencial. Por outro lado, a expansão do Estado respondia não só às pressões da sociedade, mas também às estratégias de crescimento da própria burocracia. A necessidade de uma administração pública gerencial, portanto, decorre de problemas não só de crescimento e da decorrente diferenciação de estruturas e complexidade crescente da pauta de problemas a serem enfrentados, mas também de legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania.<sup>5</sup>

A Administração Pública Gerencial caracteriza-se pela eficiência na prestação dos serviços, na gestão por resultados, na celeridade de decisões. O Estado atua como se empresa fosse e tem na sociedade seu principal cliente. A economia e a gestão pública buscam maior competitividade frente ao mundo globalizado, aos avanços tecnológicos e às novas demandas da sociedade. Há maior participação de entidades privadas e das organizações da sociedade civil nas decisões do governo.

Diversas medidas vêm sendo adotadas ao longo dos anos visando ao atingimento destes objetivos. O Decreto 200/1967 teve papel importante neste início de reforma do Estado. Bresser Pereira ressalta que este transferiu as atividades de produção de bens e serviços para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, consagrando e racionalizando uma situação que já se delineava na prática. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, a descentralização e o controle dos resultados.<sup>6</sup>

Para Frederico Lustosa da Costa, o referido decreto era uma espécie de lei orgânica da administração pública, fixando princípios, estabelecendo conceitos, balizando estruturas e determinando providências. Apoiava-se numa doutrina consistente e definia preceitos claros de organização e funcionamento da máquina administrativa.<sup>7</sup>

Em 1995, ganha moldes a Administração Pública Gerencial com a elaboração do Plano Diretor da Reforma do Estado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), sob o comando do então Ministro Bresser Pereira.

---

<sup>5</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**. 47(1) janeiro-abril 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em: 26 jul. 2014.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 829-874, out. 2008.

Não é exagero, contudo, intitular a Emenda Constitucional 19/98, também conhecida como Reforma Administrativa, como o mais importante passo para a implantação desta nova forma de gestão da coisa pública, trazendo diversos avanços como o fim da exigência de regime jurídico único; a ampliação de autonomia orçamentária, financeira e gerencial dos órgãos da administração direta e entidades da administração indireta por meio da possibilidade de formalização de contratos de gestão; supressão de vantagens dos servidores efetivos; acréscimo do princípio da eficiência no art. 37 da Constituição da República, dentre outros.

## 1.2 CONTEXTO DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A administração pública direta e indireta está submetida ao regime jurídico-administrativo. Este regime compreende uma série de princípios constitucionais e condições que regem a atuação dos agentes públicos no desempenho de suas atribuições. Em regra, este regime possui dois princípios implícitos. O primeiro deles é o princípio da supremacia do interesse público, que exalta a existência de prerrogativas que culminam na verticalidade nas relações entre a Administração e o particular, o que permite a imposição de obrigações unilaterais ao administrado e restrição ao exercício de atividades. O segundo seria o princípio da indisponibilidade do interesse público, que traduz-se em limitações impostas à Administração Pública que não existem para os particulares. A Administração não pode gerir a coisa pública conforme a sua vontade, mas sim respaldada por lei que autorize ou determine a sua atuação, com os limites nela disponíveis.<sup>8</sup>

Além dos princípios implícitos, a Administração Pública traz em sua essência diversos princípios explícitos espalhados pela Constituição e por outros normativos. Parte deles está consignada no art. 37 da Constituição da República. Originalmente, este artigo, em seu *caput*, continha os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Posteriormente, foi inserido pela Emenda Constitucional 19/1998 o princípio da eficiência.

---

<sup>8</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21ª Edição. São Paulo: Método, 2013. p.10 – 12.

O princípio da legalidade, ao qual está vinculada a Administração Pública, estabelece que toda ação administrativa depende da existência de uma lei anterior que permita e regule aquela ação de forma, predominantemente, vinculada ou discricionária. O princípio da impessoalidade, por sua vez, veda a promoção pessoal com base em atos da Administração Pública e estabelece que toda a atuação da Administração deve ter como finalidade o interesse público, impedindo que sejam praticados atos visando interesses de terceiros. O princípio da moralidade demanda a atuação ética dos agentes da Administração Pública, sempre pautando-se pela moral administrativa. A publicidade, como princípio, estabelece que para que os seus atos tenham eficácia a Administração deve, em regra, dar à sociedade a devida transparência em suas ações. Por fim, o princípio da eficiência, incluído no art. 37 pela EC 19/98, propõe que a Administração Pública privilegie a aferição de resultados em benefício da sociedade, ou seja, que dentro das opções disponíveis o gestor adote aquela que trará o melhor resultado em prol do interesse público.<sup>9</sup>

Toda essa gama de valores e regras tem o objetivo de assegurar a vontade do povo, que em última análise é o verdadeiro detentor do Poder. São essas características que evitam a atuação arbitrária dos agentes públicos. Ausentes os requisitos de formalização, transparência, moralidade e demais pilares do regime jurídico-administrativo, seria ampliado desacerbadamente o campo de atuação dos detentores do poder e regressaríamos ao modelo patrimonialista de gestão e, além disso, tornaríamos incapacitada a atuação do Estado.

Marçal Justen Filho expõe, no trecho a seguir, a relevância do estabelecimento de procedimentos ordenados e pré-definidos como garantia democrática:

A procedimentalização como garantia democrática: A procedimentalização significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos estruturados em si, de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos.

Não há regime democrático quando as decisões administrativas são adotadas sem a observância de procedimentos predeterminados que assegurem a participação igualitária de todos os integrantes da comunidade.<sup>10</sup>

Importante ressaltar que a lei estabelece a forma e os limites de atuação da Administração Pública e, em algumas ocasiões, confere ao administrador público autonomia

---

<sup>9</sup> ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p.187 – 208.

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 221.

para a tomada de decisões de forma subjetiva diante de cada caso concreto. Marçal Justen Filho conclui que:

[...] Não é nem desejável nem possível que todas as leis contenham todas as soluções a serem adotadas por ocasião de sua aplicação. Isso tornaria a atividade administrativa petrificada, sem possibilidade de adaptação para solucionar os problemas da realidade.<sup>11</sup>

A discricionariedade permite que, dentro dos limites definidos em lei, o gestor tome decisões baseadas na conveniência e na oportunidade daquela medida, levando sempre em consideração a sua eficiência, visto que “a discricionariedade administrativa justifica-se à medida que torna viável obter a solução mais oportuna, conveniente e eficiente, nas margens abertas pela lei”.<sup>12</sup>

Almiro do Couto e Silva leciona:

[...] A administração pública é voltada para o futuro. No Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador.<sup>13</sup>

Atualmente, questiona-se cada vez mais a burocracia instalada nos atos e procedimentos da Administração e a necessidade de o enfoque ser direcionado ao alcance de resultados. Uma das principais reivindicações refere-se ao aumento da autonomia de escolha dos gestores públicos.

### 1.3 LICITAÇÕES PÚBLICAS

Para a administração pública exercer as suas diversas atribuições, é necessária a participação de particulares, que, mediante um procedimento de contratação pública, fornecerão os bens e/ou prestarão os serviços indispensáveis à atuação da máquina

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p.246.

<sup>12</sup> BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 290.

<sup>13</sup> COUTO E SILVA, Almiro. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS, Porto Alegre, v. 57. p.98.

administrativa. A grande questão que se coloca diante da necessidade de se efetuar as contratações necessárias diz respeito à tarefa de equilibrar a forma, a procedimentalização, a igualdade de oportunidades e a transparência ao alcance de resultados eficientes, economicamente viáveis e céleres, com vistas ao atendimento das demandas da sociedade.

Conforme já mencionado, a Constituição da República de 1988 associa-se ao modelo burocrático de gestão. Apesar das diversas reformas sofridas desde o seu nascedouro, a norma continua nesta condição. É nela que está previsto, de forma expressa, o dever de licitar, mais especificamente em seu art. 37, inciso XXI, *in verbis*:

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.

A Constituição também faz alusão ao dever de realização de certame licitatório para prestação de serviços públicos por meio de permissão e concessão, conforme disposto em seu art. 175, *caput*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Hely Lopes Meirelles define licitação nos seguintes termos:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes 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.<sup>14</sup>

O Tribunal de Contas da União (TCU) conceitua licitação como “procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições

---

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 40. ed., atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burtle Filho, São Paulo: Malheiros, 2014. p. 297-298.

estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços”.<sup>15</sup>

De acordo com o art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República, é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação, obedecido o disposto no citado inciso XXI do art. 37, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do § 1º do art. 173 da Constituição. Atualmente, estão vigentes diversas normas que dizem respeito a essa competência, a saber: Lei 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; Lei 8.987/95, que disciplina as concessões de serviços públicos; Lei 10.520/02, que dispõe sobre a modalidade denominada pregão; Lei 11.079/04, relativa às concessões patrocinadas e administrativas; Lei complementar 123/06, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; Lei 12.232/10, que regulamentou as licitações para serviços de publicidade e propaganda; Lei 12.462/11, que dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas; e Lei 12.598/12, que estabelece normas especiais para compras, contratações e desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa.

Os objetivos da licitação e os princípios aos quais se vincula estão expostos no art. 3º da Lei 8.666/93, com redação modificada pela Lei 12.349/10:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

De fato, a licitação, conforme redação da Lei 8.666/93, busca garantir, dentre outros objetivos, a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, entretanto, a sucessão ordenada de atos vinculantes, mencionada por Hely Lopes Meirelles, tornou-se demasiadamente lenta e vulnerável à ocorrência de fraudes.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações & Contratos**: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 19.  
Doravante, esta obra será citada como: Orientações e Jurisprudência do TCU, 2010.

Observa-se que a obtenção da melhor proposta principia pela correta especificação do objeto. Será aquela necessária e suficiente para identificá-lo, vedadas exigências inúteis, desarrazoadas ou impertinentes, capazes de restringir, frustrar ou dirigir o procedimento seletivo.

Na definição do objeto (compras, serviços e obras) da licitação e para sua satisfatória execução devem ser sopesados valores tais como: maior durabilidade, prazo de garantia, existência de ampla rede de empresas autorizadas a prestar assistência técnica ou de um técnico qualificado e habilitado a acompanhar a execução do objeto, requisitos de sustentabilidade, entre outros.

Ressalte-se que nem sempre a proposta de menor preço traduz-se na proposta mais vantajosa para a Administração Pública. O menor preço constitui um dos critérios objetivos de julgamento das propostas. Cumpre à Administração especificar adequadamente o objeto que melhor se ajuste às suas necessidades para, em seguida, buscar no mercado o fornecedor que lhe cote o menor preço, desde que compatível com as características especificadas.

#### **1.4 PANORAMA GERAL SOBRE A LEI 8.666/93 e NORMAS POSTERIORES**

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), editada em 21 de julho de 1993, constitui-se da norma geral de licitações mais abrangente do nosso ordenamento jurídico. Esta norma abarca contratações e aquisições relativas a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo órgãos da administração direta e entidades da administração indireta, fundos especiais e entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A lei detalha os procedimentos necessários para a realização das licitações públicas em diversas modalidades e tipos, e vincula, em regra, a atuação dos gestores públicos. Não há limites para sua utilização.

Marçal Justen Filho menciona como principais características desta norma a consagração de modelos predeterminados para licitações, que não possuem margens de alternativa para variações e que são realizadas presencialmente. Acrescenta que os atos



relevantes do certame ocorrem em sessões públicas nas repartições administrativas e se traduzem em documentos escritos. Além disso, a habilitação dos licitantes é realizada previamente ao exame das propostas, que somente serão abertas em caso de comprovação de capacidade para a execução do objeto. Por fim, as propostas apresentadas não podem ser modificadas no curso da disputa.<sup>16</sup>

#### **1.4.1 Princípios das Licitações na Lei 8.666/93**

O art. 3º da Lei 8.666/93 estabelece que devem ser observados os seguintes princípios básicos como pilares das licitações realizadas na esfera pública.<sup>17</sup>

**Princípio da Legalidade:** nos procedimentos de licitação, esse princípio vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor.

**Princípio da Isonomia:** que significa dar tratamento igual a todos os interessados. É condição essencial para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios.

**Princípio da Impessoalidade:** esse princípio obriga a Administração a observar nas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos de licitação.

**Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa:** a conduta dos licitantes e dos agentes públicos tem de ser, além de lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.

**Princípio da Publicidade:** qualquer interessado pode ter acesso às licitações públicas e ao respectivo controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todo procedimento de licitação.

**Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório:** obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação.

---

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p.506.

<sup>17</sup> Orientações e Jurisprudência do TCU, 2010, p. 28-29.

Princípio do Julgamento Objetivo: esse princípio significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para julgamento da documentação e das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no instrumento de convocação, ainda que em benefício da própria Administração.

#### **1.4.2 Fases da Licitação segundo a Lei 8.666/93**

As licitações possuem as fases interna e externa. A primeira inicia-se com a abertura de um processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, nos termos do disposto no art. 38 da Lei 8.666/93. É a fase na qual será delimitado o objeto, realizada a previsão de custos e a fonte da despesa, enfim, todo o planejamento para que a licitação ocorra sem entraves e convergente ao interesse público. A segunda etapa inicia-se com a publicação do ato convocatório.

Com a publicação do edital, em geral, desenvolvem-se sequencialmente as seguintes etapas: abertura (publicação do edital ou envio da carta convite), habilitação (abertura dos envelopes com a documentação para habilitação), classificação (abertura e julgamento das propostas), homologação (ato que confirma todos os procedimentos adotados durante o certame) e adjudicação (ato por meio do qual a autoridade competente atribui ao vencedor o objeto da licitação).

#### **1.4.2 Modalidades e Tipos de Licitação**

A lei de licitações e contratos administrativos apresenta cinco modalidades de licitação, de acordo com seu art. 22.

A concorrência, caracterizada pelos procedimentos mais complexos e detalhados de contratação. Marçal Justen Filho explica que:

podem participar quaisquer interessados, promovendo-se o exame da presença dos requisitos de participação no curso do procedimento licitatório. A concorrência pode ser utilizada para qualquer tipo de contrato administrativo (...) Sendo obrigatória a sua utilização para obras e serviços de engenharia, cujo valor ultrapasse R 1.500.000,00, ou para compras e serviços acima de R\$ 650.000,00.<sup>18</sup>

A tomada de preços representa a segunda modalidade em grau de complexidade. Pode ser utilizada para contratação de obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 1.500.000,00 e compras e outros serviços até o valor de R\$ 650.000,00, nos termos do disposto no art. 23 da Lei 8.666/93. Conforme o disposto no §2º do art. 22 da referida lei, os participantes devem estar cadastrados previamente ou devem atender a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

O Convite tem a possibilidade de ser utilizado para contratação de obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 150.000,00 e compras e outros serviços até o valor de R\$ 80.000,00, conforme art. 23 da Lei 8.666/93. Somente participam interessados, cadastrados ou não, que tenham sido convidados pela Administração ou interessados cadastrados que requeiram a participação com antecedência mínima de 24 horas da apresentação das propostas.

O Concurso, de acordo com a definição do §4º do art. 23 da Lei 8.666/93, possibilita a participação de quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, por meio da instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios do edital.

O Leilão, nos termos do § 5º do art. 23 da lei de licitações

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 prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Importa transcrever o disposto no art. 34 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 34. Para os fins desta lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

---

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 507.

§1º O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

§2º É facultado às unidades administrativas utilizarem-se de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Além das modalidades acima elencadas, o §1º do art. 45 cita os seguintes tipos de licitação, que dizem respeito aos critérios de julgamento: menor preço; melhor técnica; técnica e preço; e maior lance ou oferta.

Salienta-se que a realização de licitação nos casos de contratações realizadas pela administração pública é a regra geral. Contudo, estão previstas situações de dispensa e inexigibilidade de licitação. Alguns autores diferenciam a licitação dispensada, determinada por lei, prevista no art. 17, incisos I e II, da Lei 8.666/93, da licitação dispensável, que, a critério da administração, poderá não ser realizada, nos termos do disposto no art. 24, incisos I a XXIX da mesma lei. As dispensas estão estabelecidas de forma exaustiva nos artigos retromencionados. As inexigibilidades, por sua vez, estão previstas de forma exemplificativa no art. 25, incisos I a III, da Lei 8.666/93.

Segundo Marçal Justen Filho:

A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade indicadas em lei são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas. É que somente a dispensa de licitação é criada por lei – logo, a ausência de previsão legislativa impede o reconhecimento de dispensa de licitação. As hipóteses de inexigibilidade dependem de circunstâncias, impondo-se sua adoção independentemente da vontade do legislador.<sup>19</sup>

#### **1.4.4 Trâmites e Recursos**

Com o passar dos anos, a metodologia consignada na Lei 8.666/93 sofreu diversas adaptações com vistas a sua adequação à nova realidade tecnológica e mercadológica. A Lei 12.349/2010, por exemplo, promoveu várias alterações na mencionada norma com vistas ao

---

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 528.

fortalecimento do mercado interno e das pesquisas e inovações tecnológicas desenvolvidas no país. Esta lei, por exemplo, acrescentou como um dos objetivos da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Com relação aos prazos para realização dos certames, vale destacar que o §2º do art. 21 da Lei 8.666/93, alterado pela Lei 8.883/94, estabeleceu diferenças relativas às diversas modalidades de licitação, cabendo a transcrição do referido dispositivo:

§2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concurso; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - trinta dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - cinco dias úteis para convite. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Além dos prazos acima especificados, no decorrer da licitação existe a possibilidade de interposição de recursos, nos termos do disposto no art. 109 da Lei 8.666/93, à autoridade superior, no prazo de cinco dias úteis, nas fases habilitação, julgamento, anulação ou revogação do certame, indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento. Também há a possibilidade de interpor representação, no prazo de cinco dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação, de que não caiba recurso hierárquico. Os recursos relacionados às fases de habilitação e julgamento terão, obrigatoriamente, efeito suspensivo podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir o mesmo efeito aos demais recursos. Os recursos deverão ser apreciados em cinco dias úteis.

Acrescente-se a isso a possibilidade de os demais licitantes impugnarem os mencionados recursos no prazo de cinco dias úteis, conforme §3º do art. 109 supra.

Vale lembrar que em se tratando de convite os prazos dos recursos e da representação, bem como da possibilidade de impugnação dos recursos, será de dois dias úteis, conforme expõe §6º do mesmo artigo.

Baseado neste panorama, pode se perceber que os trâmites processuais para a realização de procedimentos licitatórios, utilizando-se a Lei 8.666/93, demandam prazos alongados. Em primeiro lugar, pela necessidade de realização de extenso planejamento prévio de forma a evitar possíveis recursos e impugnações ao edital e aos demais atos administrativos que compõem o certame. Em segundo, pelos prazos mínimos estabelecidos para a apresentação das propostas e pelos prazos para recursos e impugnações, que podem estender demasiadamente a licitação, mesmo após cuidadoso planejamento. Somem-se a isso as cada vez mais comuns representações junto aos Tribunais de Contas, conforme previsão do art. 113, §1º, e as constantes judicializações dos procedimentos licitatórios.

Além da morosidade, assevera-se que a Lei 8.666/93 é extremamente engessada, uma vez que a escolha da modalidade licitatória está definida por escalas de valor, não permitindo ao gestor qualquer vestígio de discricionariedade. Acrescente-se o fato de as sessões serem presenciais, mesmo com os avanços da tecnologia da informação atualmente disponíveis, o que pode facilitar a ocorrência de fraudes e conluio entre os concorrentes.

Diante destes entraves, diversas foram as medidas em busca de maior celeridade e aperfeiçoamento nas aquisições e contratações públicas.

Uma delas foi a utilização cada vez mais frequente do Sistema de Registro de Preços (SRP), previsto no art. 15, inciso II, da Lei 8.666/93, que, segundo definição do Tribunal de Contas da União, é:

[...] o conjunto de procedimentos adotados pela Administração para registro formal de preços relativos à execução de serviços e fornecimento de bens.

Trata-se de cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante prévio processo de licitação, para eventual e futura contratação de bens e serviços por parte da Administração.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Orientações e Jurisprudência do TCU, 2010, p. 242-243.

Esse sistema, atualmente regulamentado na esfera federal pelo Decreto 7.892/2013, possui algumas exigências e limitações de forma a garantir a utilização da ata de registro de preços de maneira idônea e aderente aos valores oferecidos pelo mercado, além de restringir a quantidade fornecida, evitando a reserva de mercado para os vencedores da licitação.

A Lei 10.520/02, que instituiu a modalidade pregão nas licitações públicas, trouxe importantes inovações à realidade das licitações públicas brasileiras. Ela pode ser utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns, sem restrição de valores, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O critério de julgamento deve ser, obrigatoriamente, o menor preço. Outrossim, pode ser realizado de forma presencial ou eletrônica.

Importa ressaltar que bens e serviços comuns, com base no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/02 são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

Acerca de aspectos essenciais dessa modalidade de licitação, Marçal Justen Filho informa que:

Uma das características essenciais do pregão reside em que a fase de competição se desdobra em duas etapas. Os licitantes apresentam as suas propostas e, na sequência, disputam entre si mediante lances decrescentes sucessivos.

Outra característica relevante do pregão reside em que a fase competitiva antecede o julgamento da idoneidade do licitante. Somente são examinados os requisitos de capacitação do licitante que apresentou garantia e tiver se sagrado vencedor da fase competitiva.<sup>21</sup>

Lucas Rocha Furtado afirma que “estas peculiaridades do pregão fazem com que ele seja a modalidade mais célere, além de favorecer a redução de preços”.<sup>22</sup>

Uma das polêmicas relacionadas a essa modalidade refere-se à sua utilização para a contratação de obras e serviços de engenharia. É pacífica a vedação quanto à utilização desta modalidade para contratação de obras. Entretanto, para contratação de serviços comuns de engenharia a utilização de pregão não é proibida. É farta a jurisprudência do TCU referente à possibilidade de utilização desta modalidade na contratação de serviços comuns de

---

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 508.

<sup>22</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 353.

engenharia, conforme trecho retirado do voto do Ministro Relator do Acórdão 2079/2007–TCU–Plenário:

47. O fato é que a lei que disciplina a modalidade pregão não proíbe aplicá-la a serviços comuns de engenharia. E não é porque não seja expressa em aceitar o pregão nesse propósito que se deva entendê-la como proibitiva, pois, mesmo com o conceito dado pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, "serviço comum" ainda é uma expressão relativamente aberta, bastando que o serviço de engenharia, para nela se enquadrar, tenha "padrões de desempenho e qualidade" que "possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". Ficou para o juízo administrativo categorizar o comum e o incomum, dentro desses parâmetros.

48. Conquanto o Decreto nº 3.555/2000 tenha estatuído que o pregão não se aplica aos serviços de engenharia, cabe ressaltar que sua base normativa era a Medida Provisória nº 2.026-3/2000, que conferia ao regulamento a incumbência de dispor sobre o elenco de serviços comuns. Porém, tal poder caiu quando a medida provisória final foi convertida na Lei nº 10.520/2002. No máximo, o rol de serviços comuns ainda presente no decreto poderia funcionar como um guia para o administrador, mas não compete ao regulamento instituir vedação não sinalizada pela lei, sobretudo por ir de encontro às nítidas vantagens proporcionadas pela modalidade pregão. Note-se, a propósito, que o Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica e é mais recente, visivelmente resolveu excluir a vedação da modalidade para os serviços de engenharia.

As reiteradas decisões da Corte de Contas resultaram na Súmula TCU 257/2010, a qual estabelece que “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.”

Por fim, em 4 de agosto de 2011, foi instituído pela Lei 12.462/11 o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), sobre o qual discorre-se a seguir.



## 2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

### 2.1 BREVE HISTÓRICO

Com a escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014 e o Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016, surgiu fundada preocupação quanto à agilidade da Administração de realizar as licitações necessárias para a formalização das contratações das grandes obras e serviços imprescindíveis para a estruturação das cidades envolvidas nos eventos.

Era notório que a realização dos eventos demandaria a construção de um complexo de obras capazes de permitir a prática de variadas atividades desportivas. Além disso, outras benfeitorias deveriam ser edificadas, reparadas e ampliadas para o desenvolvimento de atividades inerentes aos eventos, tais como: i) acomodação para os atletas e equipes de apoio, ii) alocação da mídia nacional e internacional, iii) prestação de serviços necessários ao desenvolvimento dos eventos, iv) prestação de variadas gama de serviços ao público em geral.

Ademais, turistas de todos os cantos do planeta afluiriam ao território nacional e aos locais de realização das competições, fato que demandaria construção, ampliação ou melhoria de portos, aeroportos, rodoviárias, sistema viário, transporte público, locais para acomodação do público, dentre outras necessidades. O compromisso para realização desses eventos foi assumido pelo Estado brasileiro em acordo com organizações internacionais não governamentais incumbidas de periodicamente assegurar-lhe a realização.<sup>23</sup>

Ante as amarras da Lei 8.666/93, cujos procedimentos rígidos permitiam antever a não conclusão das licitações nos prazos adequados, e a impossibilidade de utilização do pregão para a contratação de obras e serviços incomuns de engenharia, urgia-se a criação de novo regime que agregasse rapidez e eficiência, e que fosse capaz de resguardar a administração da ocorrência de fraudes e da contratação de empresas incapazes de executar os objetos licitados.

---

<sup>23</sup> Acerca desse acordo, Maurício Zockun sugere a leitura do relatório confeccionado pela Câmara dos Deputados narrando o processo por ocasião da eleição do Brasil como Estado sede para a Copa do Mundo e a Copa das Confederações, em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3624/copa\\_2014.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3624/copa_2014.pdf?sequence=1)> (ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à Luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: Aspectos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.16).

Sobre esse contexto, destaquem-se as palavras de Marçal Justen Filho:

Inicialmente, reputou-se que as contratações administrativas seriam realizadas mediante a aplicação das regras comuns. Com o passar do tempo, tornou-se evidente a dificuldade no cumprimento dos prazos e no atendimento às formalidades pertinentes à legislação licitatória existente. Daí a adoção de providências de diversa ordem para assegurar a dinamização das licitações.<sup>24</sup>

De registro também a manifestação de Romiro Ribeiro, Consultor de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, sobre a necessidade de alteração da Lei 8.666/93:

Existe relativo consenso entre gestores públicos, especialistas e fornecedores de bens e serviços para a Administração Pública que o Estatuto das Licitações – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, portanto já com duas décadas de existência, precisa ser alterado com a finalidade de conferir maior agilidade às contratações de bens e serviços, reduzir fraudes e eliminar procedimentos ritualistas e burocráticos que nada acrescentam à eficiência governamental.<sup>25</sup>

Nesse contexto, nas palavras de Maurício Zockun, “o Poder Público federal concebeu uma disciplina normativa própria para as contratações públicas volvidas a esses eventos, rotulando-a de Regime Diferenciado de Contratações”.<sup>26</sup> E nesse cenário, a Casa Civil da Presidência da República divulgou notícia com o título “Tire suas dúvidas sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC)” em 15 de julho de 2011, esclarecendo o objetivo central do novo regime, da qual destacam-se os seguintes trechos:

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC) é uma modalidade de contratação de obras e serviços cujo objetivo central é tornar o processo mais célere, com menos riscos em relação à qualidade e aos custos do objeto contratado. O modelo também eleva a capacidade de acompanhamento dos órgãos de controle interno e externo. O RDC propõe uma forma mais eficiente de execução dos contratos, na qual os riscos são compartilhados com o contratado (empresa executora).

A sistemática do RDC foi baseada na experiência internacional, inspirada nas regras de contratação da União Européia, dos EUA e nas diretrizes da

---

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013. p. 17.

<sup>25</sup> RIBEIRO, Romiro. **Nota Técnica nº 13/2013**. O calcanhar de aquiles do regime diferenciado de contratações: RDC. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Disponível em <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/nt13\\_rdc.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/nt13_rdc.pdf) Acesso em: 2 ago. 2014.

<sup>26</sup> ZOCKUN, 2012, p.19.

OCDE, assim como na exitosa aplicação no Brasil da legislação que disciplina a contratação por meio de “pregão”.<sup>27</sup>

Assim, em 2011, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi incluído na Medida Provisória 527, sendo posteriormente convertida na Lei 12.462/11, publicada em 5 de agosto de 2011, dando a concreta instituição desse novo regime de licitação e contratação.

Impende observar que o RDC é tratado nos artigos 1º ao 47 e 63-A da mencionada lei, sendo os demais artigos referentes a outras matérias. A regulamentação do Regime Diferenciado de Contratações foi realizada por meio do Decreto 7.581, de 11 de outubro de 2011, alterado pelos Decretos 8.080, de 20 de agosto de 2013, e 8.251, de 23 de maio 2014.

Vale registrar que a primeira oportunidade em que se procurou disciplinar um regime peculiar de licitação e contratação com vistas a viabilizar a realização das Olimpíadas e da Copa do Mundo de Futebol deu-se em maio de 2010, com a edição das medidas provisórias 488 e 489. Entretanto, essas medidas provisórias perderam sua eficácia pelo decurso do tempo.

A mencionada medida provisória 527 continha, inicialmente, o objetivo de alterar a Lei 10.683/03, que dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, criaria a Secretaria de Aviação Civil, alteraria a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, criaria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, trataria da contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, criaria cargos de Controlador de Tráfego Aéreos. A inclusão do RDC em seu conteúdo deu motivo para a propositura de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), nº 4.645 e 4.655, em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

A ADI nº 4.645 foi proposta pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS e ataca a aprovação da Medida Provisória 527 por inclusão de matéria estranha a ela e inobservância dos requisitos de relevância e urgência, bem como impugna a delegação ao Executivo da escolha do regime de contratação, além de sustentar a violação aos princípios da eficiência e moralidade, no caso da contratação integrada e remuneração variável (aspectos do RDC que serão destacados mais à frente no presente trabalho). Também é questionada a

---

<sup>27</sup> Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/noticias/ultimas-noticias/2011/07/6583>> Acesso em 2 de abr. 2014.

constitucionalidade dos artigos 6º, §3º, e 15, §2º, da lei do RDC, por violação ao princípio da publicidade.

A ADI nº 4.655 foi proposta pelo Procurador-Geral da República e impugna a inclusão na lei de matéria estranha à Medida Provisória 527 – arguindo um vício formal –, a transferência ao Executivo da definição do regime jurídico da licitação pública, sem parâmetros mínimos para identificar as obras, serviços e compras que deverão seguir o RDC, a contratação integrada – preferencial no caso de serviços de engenharia –, sem definição prévia do objeto por meio do projeto básico e a pré-qualificação permanente, que impediria a ampla competitividade.

Importa salientar que a Lei 12.462/11, que incluiu o RDC no ordenamento jurídico brasileiro, agregou diversas características que tiveram êxito na aplicação de outros normativos, como a Lei 10.520/2002 (Pregão), Lei 8.987/95 (regime de concessão e permissão na prestação de serviços públicos), Lei 11.079/04 (lei das Parcerias Público-Privadas) e Decreto 2.745/98 (Regime Simplificado de Licitações da Petrobras).

Destarte, verifica-se que o Regime Diferenciado de Contratações busca reduzir a burocracia e aumentar a discricionariedade do gestor responsável no planejamento e operacionalização do procedimento licitatório. É uma das mais novas medidas em busca da implantação de gestão por resultados. Nesse sentido, vale reproduzir trecho do Voto do Ministro Relator Valmir Campelo relativo ao Acórdão 306/2013 – TCU – Plenário acerca do tema:

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade... Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida [...]

## 2.2 Campo de Aplicação do RDC

O RDC foi, inicialmente, concebido para licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Além disso, englobava as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes do mundial.

Posteriormente, a Lei 12.688/12 acrescentou as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (inciso IV do art. 1º da lei 12.462/11); a Lei 12.745/12 incluiu as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (inciso V do art. 1º da Lei 12.462/11); a Lei 12.722/12 trouxe a possibilidade de utilização para as licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (§3º do art. 1º da Lei 12.462/11); a Lei 12.833/13 incluiu a possibilidade de aplicação do RDC para obras de modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos (art. 63-A da Lei 12.462/2011); a Lei 12.873/13, arts. 1º e 2º, acrescentou a aplicabilidade do regime às ações de modernização, construção, ampliação ou reforma de armazéns destinados às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários, pela Companhia Nacional de Abastecimento - Conab; a Lei 12.815/13, § 4º do art. 54 e art. 66, incluiu obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II; e a Lei 12.980/14 incluiu as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (inciso VI do art. 1º da Lei 12.462/11).

Alécia Paolucci Bicalho e Carlos Pinto Motta lembram, ainda, que o art. 10 do Projeto de Lei 5.807/2013, contendo as proposições para o novo marco regulatório do setor minerário, prevê a aplicação da Lei 12.462/11 às licitações de concessão e autorização dos direitos de que trata.<sup>28</sup>

Essa tendência ampliativa do RDC culminou com a inclusão na Medida Provisória 630/13, que deu origem à Lei 12.980/14, de emendas que modificaram seu texto original,

---

<sup>28</sup> BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações**: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 28.

buscando expandir a possibilidade de aplicação do RDC a todas as contratações da Administração Pública Federal, Estadual, Distrital e Municipal. Entretanto, esta alteração foi rejeitada no Senado, mantendo-se o acréscimo somente da possibilidade de utilização para obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

### 2.3 Objetivos, Diretrizes e Princípios do RDC

Os objetivos do RDC estão consignados no §1º do art. 1º da Lei 12.462/11 e constituem-se de: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica; e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Observa-se que a ampliação da competitividade entre os licitantes, introduzida como objetivo do RDC, encontra precedente no art. 23 da Lei 8.666/93:

Art. 23. [...]

§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. [...]

§7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas à ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

A competitividade deve ser atendida em qualquer dos regimes jurídicos de licitações e contratações administrativas. Sua última razão reside no princípio constitucional da eficiência<sup>29</sup>, inscrito no *caput* do art. 37 da Constituição da República, que a Administração Pública deve alcançar em todas as suas contratações, sejam ou não precedidas de licitação.

<sup>29</sup> O princípio da eficiência está, hoje, por toda parte, entre os cânones fundamentais da gestão do Estado que se pretenda voltada para os resultados, vale dizer, gerir com eficiência (relação entre o resultado alcançado e os recursos utilizados, isto é, relação custo-benefício) e eficácia (extensão na qual as atividades planejadas são realizadas e os resultados planejados são alcançados, isto é, consecução das finalidades), e implica o dever jurídico, vinculante dos gestores públicos, de agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com o menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.64).

Ampliação da competitividade se compadece com propostas mais vantajosas. Maior número de participantes tende a acirrar a disputa, produzindo, como resultado, melhores ofertas para a Administração Pública. É possível ampliar a competitividade por meio do parcelamento do objeto, pela rigorosa observância das regras aplicáveis e pelo extremo cuidado dos responsáveis na elaboração dos instrumentos convocatórios e seus anexos, nos quais não se deve admitir, prever ou incluir cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (Lei 8.666/93, art. 3º).

Cabe ao agente público que atua em processos licitatórios ou de contratações diretas, seja na área técnica, administrativa ou jurídica, adotar mecanismos hábeis a organizar e impulsionar o procedimento em todas as suas fases (planejamento, seleção, gerenciamento e fiscalização), de forma a que toda solução esteja comprometida com a satisfação do interesse público, à luz do princípio da eficiência.

Não raro, a Administração almeja contratar determinado objeto cuja configuração técnica ou avanços tecnológicos recentes não conhece suficientemente. Um dos objetivos do RDC é a promoção de intercâmbio de informações técnicas com o setor privado, mediante processo seletivo ou contratação direta. Para isso é fundamental que sejam apresentados, pelo órgão ou entidade promotora da licitação ou da contratação direta elementos como: a) objetivo a ser alcançado com a contratação; b) identificação de alternativas viáveis para o alcance desses objetivos; c) análise de cada alternativa segundo modelos de causa e efeito e de custo benefício; e d) indicação dos resultados pretendidos e métodos de avaliação que serão empregados.

O incentivo à inovação tecnológica – outro objetivo do RDC - integra política pública traçada nos seguintes dispositivos da Constituição da República:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. [...]

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

A Lei 12.349/10, com o propósito de implementar política pública de apoio e incentivo ao mercado nacional de produção de bens e execução de serviços na área de tecnologia da informação e comunicação, acrescentou o §12 ao art. 3º da Lei 8.666/93, a saber:

Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

O RDC, ao estabelecer como um de seus objetivos o incentivo à inovação tecnológica, introduz no cenário das licitações e contratações realizadas sob o seu regime um mecanismo de implementação dessa política pública constitucional.

Quer na licitação ou contratação direta que se realize sob o RDC, quer nas que se realizem sob a égide de outros regimes, é dever da Administração Pública assegurar a todos os interessados igualdade de oportunidades, afastando, por conseguinte, arbitrariedades, discriminações e personalismos do processo seletivo. A correta observância das normas aplicáveis (princípio da legalidade) tende a produzir isonomia no tratamento dispensado pela Administração aos licitantes. A isonomia é princípio constitucional e administrativo aplicável em qualquer dos regimes jurídicos de licitações e contratações, estando referida no art. 3º da Lei 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 lhes são correlatos.

Na Lei 12.462/11, não consta de forma expressa o princípio da isonomia, mas ele pode ser lido no princípio da igualdade:

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.



Existem situações, no entanto, para as quais a lei autoriza a distinção de pessoas e situações para o fim de lhes dar tratamento jurídico diferenciado, para que o interesse público resulte superiormente atendido. Essas distinções, no entanto, devem decorrer da lei e não da vontade do agente público, cumprido o brocardo de que a isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam, o que se aplica nos procedimentos licitatórios, em que todos começam em situação de igualdade, para, ao final, resultar vencedor aquele que demonstrou ser portador da melhor proposta.

São exemplos de regimes discriminantes legais, no campo das contratações públicas: a) o tratamento privilegiado e diferenciado outorgado às pequenas e micro empresas pela Lei Complementar 123/06; b) a preferência nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, instituída pela Lei 8.248/91; e c) a preferência por bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, introduzida pela Lei 11.196/05. A Administração Pública deve buscar a melhor proposta ou a proposta mais vantajosa em resposta às suas necessidades, podendo utilizar-se, para esse fim, como critério de julgamento, da melhor técnica, de combinação entre técnica e preço, ou o maior retorno econômico.

Também o RDC alude ao desenvolvimento sustentável como balizador das contratações que se empreendam sob a sua disciplina. O significado é o mesmo que se extrai da expressão quando de sua inserção na Lei Geral das Licitações. A Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010, introduziu na Lei 8.666/93, modificações que abrem um novo ciclo para a gestão dos contratos públicos, qual seja o da incorporação, como cláusula geral obrigatória, do desenvolvimento nacional sustentável.

As repercussões dessa cláusula sobre as várias fases do processo administrativo das contratações de compras, obras e serviços se prenunciam intensas, em extensão e profundidade. Serão por ela alcançadas a especificação de materiais e produtos, a elaboração de projetos básicos de obras e serviços, a estimativa dos preços de mercado, a definição dos critérios de julgamento de propostas, o exercício do juízo de aceitabilidade de preços, a análise de impugnações a atos convocatórios de licitações, o julgamento de recursos administrativos, a adjudicação do objeto e a homologação do procedimento competitivo.

A rigor, nada escapará à necessidade de revisão e de ajustamento em todos os segmentos que configuram o devido processo legal de contratação, a que se deverão adaptar órgãos, entidades e agentes, na Administração direta e indireta, de qualquer dos poderes de todos os entes federativos, bem como fornecedores, prestadores de serviços e executores de obras que pretenderem participar dos certames licitatórios ou contratar com a Administração.

Além de estabelecer o compromisso jurídico-administrativo com o desenvolvimento sustentável, a Lei 12.349/10 inseriu importantes alterações no direito de preferência em favor de bens e serviços produzidos no território nacional, o que também refletirá na sustentabilidade, de modo a estimular a atividade empresarial e nela buscar, mediante pesquisa e tecnologia, a agregação de características que lhe darão valor diferenciado, em comparação com bens e serviços que não a levem em conta.

Na opção pelo RDC, deverá figurar a ampliação da eficiência advinda desse regime. Se a probabilidade de ampliar-se a eficiência pela adoção do regime ordinário da Lei 8.666/93 sobressair-se, também nessa hipótese a Administração motivará a decisão. Importa que a solução adotada, diante das alternativas possíveis e existentes, seja sempre motivada, ou seja, a oportunidade e a conveniência devem ser compromissadas com a solução que seja ótima para o interesse público, nas circunstâncias e de acordo com os recursos disponíveis, objetivos a alcançar e prazos a cumprir.

O art. 4º da Lei 12.462/2011 elenca as diretrizes do RDC, quais sejam:

- 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.

A redação anterior do inciso IV do art. 4º da mencionada lei era a seguinte: “IV - condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei”. Ou seja, mediante a Lei 12.980/14 buscou-se incluir as condições de garantias na regra pré-estabelecida.

Verifica-se que primeira diretriz do RDC, referida no inciso I acima transcrito, espelha-se no inciso I do art. 15 da Lei 8.666/93, que, ao prever a necessidade de padronização dos objetos adquiridos pela Administração, determina a observação dos mesmos requisitos. Sidney Bittencourt observa que “a padronização amplia em muito a eficiência da atividade administrativa, uma vez que, dentre outros importantes benefícios, reduz o tempo e os esforços da Administração por ocasião da contratação, além de constituir fator de redução de custos”.<sup>30</sup>

A segunda diretriz refere-se à padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente. Nesse sentido, o art. 33 da Lei 12.462/11 prevê a criação de um catálogo eletrônico de compras, serviços e obras, o qual se instituirá por intermédio de “sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração Pública que estarão disponíveis para realização de licitação”.

O art. 109 do Decreto 7.581/11, que regulamenta a Lei 12.462/11, define que esse catálogo configura o sistema informatizado destinado à padronização de bens, serviços e obras a serem adquiridos ou contratados pela Administração Pública, o qual deverá conter: especificação de bens, serviços ou obras; a descrição de requisitos de habilitação de licitantes, conforme o objeto da licitação; modelos de instrumentos convocatórios, minutas de contratos,

---

<sup>30</sup> BITTENCOURT, Sidney. As diretrizes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC): Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI00006.aspx?pdiCntd=97547>>. Acesso em: 18 jul.2014.

termos de referência; projetos de referência; e outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados (art. 110).

Quanto às minutas de editais e contratos, prevê o art. 7º do Decreto 7.581/11 que as comissões de licitação poderão optar entre elaborá-las ou adotar minuta padrão confeccionada pela Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização, submetendo-a ao órgão jurídico.

A terceira diretriz diz respeito à busca de maior vantagem para a Administração Pública. A Lei 8.666/93, em seu art. 3º, preconiza que os agentes públicos responsáveis pelas licitações devem selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas não define a conduta a ser observada para a obtenção dessa proposta mais vantajosa. Diferentemente, a lei do RDC aponta um norte: para atingir essa diretriz, a Administração deverá considerar 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.

A quarta diretriz prevê que as licitações e contratações que adotarem o RDC deverão estabelecer condições de aquisição, de seguros e de pagamentos compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 da lei. Essa determinação guarda semelhança com o disposto no art. 10 da Lei 8.666/93, que prevê que as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado. Verifica-se, contudo, que a lei do RDC foi além, incluindo a igualdade de condições também para os seguros.

A quinta diretriz privilegia a 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. A Lei 8.666/93, no inciso IV do art. 12, já prevê idêntica conduta, dispondo sobre a possibilidade de emprego de mão de obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação.

A última diretriz é a busca do parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, desde que não ocorra a perda de economia de escala. Também nesse caso a situação já havia sido expressamente regulada pela Lei 8.666/93, no inciso IV do art. 15 e no § 1º do

art. 23. Uma das vantagens do parcelamento do objeto reside na ampliação do número de licitantes, situação que atende os princípios da competitividade, da igualdade e da eficiência.

O §1º do art. 4º acrescenta que as contratações no âmbito deste novo regime devem respeitar as normas relativas: à disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; à mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; à utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; à avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; à proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e à acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

O art. 3º da Lei 12.462/11 estabelece como princípios do RDC o 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. Cotejando-se com o art. 3º da Lei 8.666/93, que também estabelece os princípios da licitação, observa-se que o espectro do art. 3º da Lei 12.462/11 é mais amplo, pois inclui os princípios da eficiência, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

#### **2.4 Relação da Lei 12.462/11 com a Lei 8.666/93**

Diferentemente da Lei 10.520/02 (lei do pregão), em que há, no art. 9º, previsão de aplicação subsidiária da Lei 8.666/93, a Lei 12.462/11 estabelece, no §2º do art. 1º, que a opção pelo RDC, que deve constar de forma expressa do instrumento convocatório, resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/93, exceto nos casos expressamente previstos nessa lei. Em vista desse dispositivo, Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios entendem que “a Lei 8.666/93 não terá aplicação subsidiária ao novo regime”. Contudo, consideram que, “na eventual constatação de lacuna jurídica quando da aplicação do regime Diferenciado, não se pode descartar a aplicação da Lei nº 8.666/1993 de forma analógica”.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 17.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho assim se manifesta:

Existem normas gerais consagradas na Lei nº 8.666 que são aplicáveis às licitações sujeitas à Lei 12.462. Assim se passa no tocante às normas principiológicas.

É cabível afirmar, então, que a interpretação das regras e soluções contempladas na referida Lei nº 12.462 se fará em vista das normas gerais, dos princípios e das regras contempladas na Lei nº 8.666 – as quais devem ser aplicadas e interpretadas segundo as características do RDC.

[...]

Em princípio, as normas da Lei nº 8.666 serão inaplicáveis ao âmbito do RDC. Somente por exceção e na medida em que se instaure uma controvérsia que não encontre solução expressa ou implícita na Lei nº 12.462 é que se admitirá a aplicação supletiva das normas gerais contempladas na Lei nº 8.666.<sup>32</sup>

Já Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti emitem a seguinte opinião sobre a aplicação subsidiária da Lei 8.666/93 ao RDC:

À falta de alusão expressa à incidência da Lei nº 8.666/93, aplicar-se-á o seu regime de forma subsidiária. A observância do princípio da eficiência autoriza o agente público a valer-se de instrumentos jurídicos preexistentes e aptos a legitimar a atuação administrativa. Excluir a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 seria o mesmo que deixar o agente público de mãos atadas diante de lacunas no RDC. É vedada, no entanto, a conjugação dos dois regimes, por dois óbvios motivos; primeiro, porque descaracterizaria as especificações de cada um deles; segundo, porque criaria regime híbrido, não previsto em lei.<sup>33</sup>

Elencam-se abaixo os dispositivos constantes da Lei 12.462/11 que fazem explícita alusão à aplicação da Lei 8.666/93:

Art. 9º [...]

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

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

<sup>32</sup> JUSTEN FILHO, 2013, p. 49.

<sup>33</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Delimitação do uso do RDC e sua relação com o regime ordinário da Lei Geral de Licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 127, p. 25-35, jul. 2012.

parte do contratado, observados os limites previstos no §1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. [...]

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte: [...]

Art. 25. Em caso de empate entre 2 (duas) ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: [...]

III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no §2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; [...]

Art. 35. As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estabelecidas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se, no que couber, às contratações realizadas com base no RDC.

Parágrafo único. O processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação deverá seguir o procedimento previsto no art. 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. [...]

Art. 38. Nos processos de contratação abrangidos por esta Lei, aplicam-se as preferências para fornecedores ou tipos de bens, serviços e obras previstos na legislação, em especial as referidas: [...]

II no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; [...]

Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

Art. 40. É facultado à administração pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos:

I - revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nesta Lei; [...]

Art. 41. Na hipótese do inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual observará a ordem de classificação dos licitantes remanescentes e as condições por estes ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação.

Art. 42. Os contratos para a execução das obras previstas no plano plurianual poderão ser firmados pelo período nele compreendido, observado o disposto no caput do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 43. Na hipótese do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, os contratos celebrados pelos entes públicos responsáveis pelas atividades descritas no art. 1º desta Lei poderão ter sua vigência estabelecida até a data da extinção da APO.

Art. 44. As normas referentes à anulação e revogação das licitações previstas no art. 49 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicar-se-ão às contratações realizadas com base no disposto nesta Lei.

Art. 45. Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação do RDC caberão: [...]

f) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; [...]

Art. 46. Aplica-se ao RDC o disposto no art. 113 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 47 [...]

§2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

Observa-se que, na hipótese de aquisição de bens e serviços comuns, o ideal, em caso de lacuna normativa, seria a aplicação subsidiária da legislação do pregão (Lei 10.520/02), em virtude de sua celeridade, mais compatível com a agilidade nas licitações e contratações que se pretende implementar com a adoção do RDC.

## **2.5 Outras disposições da Lei do RDC**

Assim como a lei de licitações e contratos administrativos, o procedimento licitatório baseado no Regime Diferenciado de Contratações Públicas possui uma fase interna, que, conforme inciso I do art. 12 da Lei 12.462/11, foi denominada fase preparatória, que se refere ao período de planejamento, definição das características específicas da licitação e expedição de documentos. Em seguida, passa-se à fase externa, consignada nos incisos II a VII do art. 12 da Lei 12.462/11, que se inicia com a publicação e segue o seguinte rito sequencial: publicação, apresentação das propostas ou lances, julgamento, habilitação, recursos e encerramento.

Percebe-se que, neste regime, nos moldes da lei que instituiu o Pregão, a fase de habilitação dos candidatos é posterior ao julgamento das propostas. Esta ação é fruto da experiência de sucesso verificada na operacionalização daquela modalidade de licitação. Além disso, a contratação baseada no RDC será realizada preferencialmente na forma eletrônica, aproximando-se, deste modo, também da modalidade Pregão.

O art. 16 da Lei 12.462/11 estabelece que poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento. O art. 18 do Decreto 7.581/11 estabelece que no modo aberto os licitantes apresentarão suas propostas em sessão pública por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o



critério de julgamento adotado, de modo similar ao pregão. No seu art. 22, que define o modo fechado, o decreto estabelece que as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para sua divulgação, o que o aproxima do modo utilizado na Lei 8.666/93. Além dos modos citados, criou-se a possibilidade de utilização do modo combinado que será realizado em duas etapas, e a combinação pode ser feita de duas formas, nos termos do art. 24 do mencionado decreto, quais sejam:

Art. 24. Os modos de disputa poderão ser combinados da seguinte forma:

I - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19; e

II - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.

No art. 18 da Lei 12.462/11, foi estabelecida a possibilidade de utilização dos seguintes critérios de julgamento: menor preço ou maior desconto; técnica e preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; maior oferta de preço; e maior retorno econômico.

Com relação aos prazos para apresentação das propostas, a Lei 12.462/11 estabelece em seu art. 15, I a IV, cinco dias úteis, para a aquisição de bens pelos critérios de menor preço ou pelo maior desconto, e dez dias úteis para a mencionada aquisição quando utilizados outros critérios. Já para a contratação de serviços, são quinze dias úteis, quando utilizado os critérios de menor preço ou pelo maior desconto, ou trinta dias úteis para contratações de serviços por outros critérios. Para licitações que se utilizem o critério de maior oferta o prazo é de dez dias úteis. Por fim, nos casos de contratações realizadas utilizando-se os critérios de melhor técnica, combinação de técnica e preço ou em razão de conteúdo artístico o prazo é de trinta dias úteis.

O RDC trouxe diversas novidades para a operacionalização das licitações públicas, dentre elas pode-se mencionar: a licitação por meio eletrônico, o que pode gerar maior competitividade ao certame; o orçamento sigiloso, que obriga os licitantes a apresentarem suas propostas sem referência do valor estimado pela Administração; a contratação integrada, que se refere à contratação de todas as etapas do empreendimento, incluindo projetos básico e executivo; a remuneração variável, que permite pagamentos adicionais em função da superação de parâmetros pré-estabelecidos; a possibilidade de indicação de marca ou modelo;

o contrato de eficiência, que se relaciona à redução de despesa corrente da Administração Pública; a inversão das fases habilitação e julgamento e a fase recursal única, que tornam mais célere o procedimento licitatório. Essas novidades são detalhadas a seguir.

## **2.6 Principais inovações do RDC em relação à Lei 8.666/93**

### **2.6.1 Licitação por meio eletrônico**

De acordo com os ditames do art. 13 na Lei 12.462/11, as licitações baseadas serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, sendo permitida também sua realização na forma presencial. Pode se perceber que, com este comando, o legislador buscou potencializar a utilização das novas tecnologias da informação disponíveis para incremento da eficiência. Vale lembrar que a Lei 8.666/93 não prevê esta iniciativa, devendo todos os procedimentos licitatórios ocorrer de forma presencial e com a necessidade de formalização, mediante entrega de documentos e assinaturas, dos atos praticados pelos licitantes e pelas comissões de licitação. Somente com o advento da Lei 10.520/02 (Pregão) passou-se a utilizar de forma mais efetiva as novas plataformas de Tecnologia da Informação (TI) disponíveis.

O art. 13, §2º, do Decreto 7.581/11 ressalta que as licitações sob a forma eletrônica poderão ser processadas por meio do sistema eletrônico utilizado para a modalidade Pregão, de que trata o Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, cujas regras vêm sendo utilizadas há muito, com grande sucesso.

Benjamin Zymler e Laureano Dios expõem como vantagem da utilização da forma eletrônica a “expectativa de aumento da competitividade, pois, quando se trata de disputa presencial, nem todos os potenciais licitantes estão dispostos ou detêm condições de enviar um representante para a sessão de julgamento.” Acrescentam os autores que a adoção do processo eletrônico, em substituição à formalização em papel dos atos praticados no certame, contribui com um dos principais objetivos do regime, visto que promove a eficiência nos procedimentos.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> ZYMLER; DIOS, 2014, p. 70.

Observa-se que esta preferência pela forma eletrônica para processamento da licitação no RDC não é considerada positiva por toda a doutrina. Como exemplo, cite-se a opinião de José Calasans Júnior. Diz ele:

Essa preferência não se mostra positiva. O RDC será aplicado para a contratação de obras e fornecimento de vulto, envolvendo trabalhos de alta complexidade, que não são compatíveis com uma forma de licitação virtual. A gama de informações, dados e elementos a serem analisados reclama a materialização por meio de documentos, para ser mais bem visualizados e comparados e, sobretudo, analisados pelos concorrentes e por quaisquer cidadãos interessados. A forma eletrônica, infelizmente, ainda não permite esse controle social, que é fundamental no regime democrático.<sup>35</sup>

Vale ressaltar, também, que atualmente está bastante difundida nas licitações da modalidade pregão eletrônico a prática, por parte de particulares, da confecção de softwares capazes de ofertar lances, com redução pouco significativa de valor, em fração de segundos, de forma a manter o licitante sempre na primeira colocação. São os chamados sistemas “robôs”. Benjamin Zymler e Laureano Dios consideram que a possibilidade de estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre lances, conforme disposto no parágrafo único do art. 18 do Decreto 7.581/11, inibe a eficácia dessa prática.<sup>36</sup>

## **2.6.2 Inversão das fases de habilitação e julgamento**

A procedimentalização consignada na Lei 8.666/93 estabelece uma série de fases que devem fazer parte da licitação. Essas fases e seus respectivos atos vinculados estão associados à burocracia necessária para evitar a ocorrência de abusos e arbitrariedades por parte dos gestores públicos e empresas que contratam com a Administração.

A concorrência, modalidade de contratação mais complexa, por óbvio, demanda maior grau de detalhamento, ou seja, maior número de etapas necessárias para sua efetivação. A fase externa desta modalidade é constituída das fases de abertura (publicação do ato convocatório), de habilitação (verificação da documentação de habilitação dos licitantes), de julgamento (verificação e ordenamento das propostas dos licitantes), de homologação (ratificação dos atos relativos ao procedimento licitatório) e adjudicação (atribuição do objeto ao licitante vencedor). Importa ressaltar que, conforme disposto no §1º do art. 32 da Lei 8.666/93, a

---

<sup>35</sup> CALASANS JUNIOR, José. O RDC versus a Lei nº 8.666/93. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 220, p. 592-603, jun. 2012.

<sup>36</sup> ZYMLER; DIOS, 2014, p. 105.

habilitação poderá ser dispensada, no todo em parte, nas contratações para fornecimentos de bens para pronta entrega, nos convites, nos concursos e nos leilões.

Após a abertura dos envelopes com a documentação necessária à habilitação, abre-se prazo para a interposição de recursos e impugnações por parte dos licitantes, para, em seguida, com base na lista de concorrentes devidamente habilitados, prosseguir os trâmites para abertura das propostas. Esta sequência demanda tempo e trabalho da comissão de licitação verificando documentos e apreciando recursos relativamente a licitantes cujas propostas não estariam em condições de concorrer com os demais participantes.

Tem-se, pois, que o procedimento licitatório tradicional, consagrado pela Lei 8.666/93, segue uma sistemática em que o exame das propostas apresentadas pelos licitantes interessados fica condicionado ao preenchimento das exigências atinentes à habilitação. O conteúdo das propostas somente será analisado caso se verifique que o interessado detém todas as condições de licitar.

Em suma, segundo a Lei 8.666/93, a Administração apenas examinará as propostas apresentadas pelos licitantes após a verificação de sua habilitação para o certame. Em comparação a esse procedimento, uma das significativas inovações previstas na Lei 12.462/11 reside, precisamente, na inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, em que a fase de julgamento precede a de habilitação. Com essa inovação, a inversão das etapas de habilitação e julgamento das propostas torna-se a regra para os procedimentos licitatórios desenvolvidos no novo regime. Entretanto, é facultado ao gestor, nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei 12.462/11, mediante ato motivado e previsão no instrumento convocatório, estabelecer, no caso concreto, que a fase de habilitação ocorra antes do julgamento das propostas.

A inversão das fases de habilitação e julgamento foi prevista inicialmente na Lei 10.520/02, que trata da modalidade pregão. Posteriormente, a Lei 11.079/04, relativa às Parcerias Público-Privadas, também contemplou esta possibilidade. De igual modo, a Lei 11.196/05 incluiu na Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, esta possibilidade.

O benefício da introdução desta regra no ordenamento jurídico traduz-se na sua operacionalização, uma vez que, a partir da inversão de fases, passa-se a verificar somente a documentação de habilitação no certame do licitante mais bem classificado na fase de

juízo das propostas. Desta forma, além da comissão de licitação ter seu trabalho reduzido, os recursos interpostos quanto aos documentos de habilitação apenas terão como alvo aqueles relativos ao concorrente mais bem classificado na fase anterior, ou seja, reduzirá potencialmente a quantidade de recursos da licitação e conseqüentemente o prazo para conclusão do certame. Além disso, passa-se a ter apenas uma fase recursal, que englobará os documentos de habilitação e de julgamento.

Desse modo, com inovação procedimental proposta, depreende-se que a inversão das fases da licitação, à medida que dispensa a análise da documentação de todos os interessados em contratar com a Administração, possibilitando o exame apenas dos documentos do licitante provisoriamente declarado vencedor, tem o potencial de ampliar a eficiência nas contratações públicas, uma vez que confere maior celeridade ao procedimento licitatório.

Transcreve-se, por oportuno, a opinião de Renato Rezende acerca dos ganhos provenientes dessa medida:

O julgamento das propostas previamente à habilitação, aplicável atualmente apenas à modalidade pregão, tem produzido excelentes resultados para a Administração. Ele redundará em economia de tempo e de recursos, além de desarticular estratégias protelatórias de licitantes mal intencionados, que se valem de todos os recursos para excluir do certame, ainda na fase de habilitação, concorrentes capazes de apresentar propostas mais vantajosas para a Administração, inclusive pela via judicial.<sup>37</sup>

Vale também registrar as palavras de Marçal Justen Filho sobre o tema:

No modelo de procedimento padrão do RDC, somente são julgados os documentos de habilitação do licitante cuja proposta tiver sido reconhecida como a mais vantajosa na etapa de julgamento. Se a autoridade julgadora reputar que o autor da proposta não preenche os requisitos de habilitação, o sujeito será inabilitado. E a autoridade julgadora passará a julgar a habilitação do autor da proposta classificada em segundo lugar na fase anterior. E assim por diante, até que haja um licitante reputado como habilitado.

Nesse caso, a fase de habilitação é concluída por uma decisão da autoridade julgadora que reconhece que a proposta mais vantajosa preenche os requisitos de aceitabilidade e que o licitante que a formulou atende às exigências de habilitação.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> REZENDE, Renato Monteiro. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, agosto/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>> Acesso em: 5 ago. 2014.

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, 2013, p. 231.

### 2.6.3 Fase recursal única

A chamada fase recursal única está prevista no art. 27 da lei do Regime Diferenciado de Contratações, conforme segue:

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.

Impende ressaltar que a expressão “inversão de fases” utilizada no art. 27 supracitado refere-se à inversão das fases de acordo com o estabelecido na Lei 12.462/11, em cuja sequência a fase de julgamento ocorre previamente à de habilitação. Como já mencionado, a fase recursal ocorrerá somente após a fase de habilitação, ou seja, não serão analisados recursos após a fase de julgamento das propostas. Mauricio Ribeiro, Lucas Prado e Mario Pinto Junior registram que a economia de tempo trazida por essa medida é de aproximadamente 20-30 dias corridos em relação ao procedimento de licitação ordinário previsto na Lei 8.666/93.<sup>39</sup>

O inciso II do art. 45 da Lei 12.462/11 traz um elenco de hipóteses de cabimento de recurso. Contudo, Marçal Justen Filho resalta que “esse elenco deve ser reputado como exemplificativo, eis que a garantia constitucional ao recurso afasta o cabimento de uma solução exaustiva”.<sup>40</sup>

Vale lembrar que, nos termos do §1º do art. 45 da Lei 12.462/11, os licitantes que desejarem apresentar os recursos quanto aos atos do julgamento, da proposta, da habilitação ou do deferimento ou indeferimento da qualificação deverão manifestar, imediatamente ao término de cada sessão, a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão.

### 2.6.4 Indicação de marca ou modelo

O art. 7º da Lei 12.462/11 positivou a possibilidade de indicação de marca ou modelo nas licitações regidas pelo novo regime:

---

<sup>39</sup> RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime Diferenciado de Contratação**: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 103.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, 2013, p. 656.

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:

I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
- c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”;

São três as hipóteses em que são permitidas as indicações de marca ou modelo: padronização do objeto; quando determinada marca/modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”

A Lei 8.666/93, no art. 7º, § 5º, autoriza a indicação de marca, quando tecnicamente justificável, nas licitações para contratação de obras ou serviços. Em seu art. 15, § 7º, inciso I, veda a indicação de marca nos certames de compras; e, em seu art. 15, inciso I, estabelece que as compras, sempre que possível, atenderão ao princípio da padronização. Segundo Rezende, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do TCU, pela interpretação dos citados dispositivos da Lei 8.666/93, têm admitido a indicação de marca em editais de licitação, nas situações contempladas na Lei 12.462/11. Assim, pode-se entender que seu art. 7º constituiria, nesse ponto, apenas um detalhamento das previsões genéricas da Lei 8.666/93.<sup>41</sup>

Por oportuno, apresenta-se o seguinte trecho da publicação Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU:

Padronização não afasta a realização de procedimento licitatório. Pode haver no mercado mais de um fornecedor do produto padronizado, a exemplo de casos em que a comercialização não é feita só e diretamente pelo fabricante ou representante exclusivo.

[...]

---

<sup>41</sup> REZENDE, 2011.

Experiências em licitações públicas tem demonstrado que os licitantes necessitam, para bem elaborar propostas, de especificações claras e precisas, que definam o padrão de qualidade e o desempenho do produto a ser adquirido. Se não for assim, corre-se o risco de o licitante ofertar o que tem de mais barato e não o que pode oferecer de melhor.

[...]

Será admitida a indicação de marca como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, quando seguida das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”. No caso, o produto deve ser aceito de fato e sem restrições pela Administração.

O que a Lei de Licitações veda e os Tribunais de Contas condenam, especialmente o TCU, é a preferência por determinada marca ou indicação sem a devida justificativa técnica nos autos.<sup>42</sup>

Benjamin Zymler e Laureano Dios vislumbram, contudo, dificuldades na utilização da especificação de marca ou modelo, quando tiver por finalidade apenas melhor identificar o objeto, ou seja, servir como referência. Isso porque não será fácil para a comissão de licitação definir quais marcas ou modelos se enquadram no conceito editalício de “ser similar ou de melhor qualidade”. Trata-se de uma valoração altamente subjetiva e que possivelmente dará margem a diversos questionamentos por parte dos licitantes.<sup>43</sup>

### 2.6.5 Orçamento sigiloso

O art. 6º, caput e § 3º, da Lei n. 12.462/11, estabelece o chamado orçamento estimado sigiloso, *in verbis*:

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.

O art. 9º do Decreto 7.581/11, por sua vez, estabelece o momento em que deve ser tornado público o mencionado orçamento:

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.

<sup>42</sup> Orientações e Jurisprudência do TCU, 2010, p. 217-219.

<sup>43</sup> ZYMLER; DIOS, 2014, p. 56.



Segundo Benjamin Zymler e Laureano Dios, a lei não confere opção ao gestor, o que torna a prática imperativa. De forma diversa ocorre na Lei 8.666/93, que no §3º do art. 3º estabelece que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; e que, conforme o §2º, inc. II, do art. 40, exige como um dos anexos o orçamento estimado. Ademais, quanto à Lei 10.520/02, a divulgação ou não no orçamento antes de finalizado o certame é matéria a ser definida no edital.<sup>44</sup>

Para Romiro Ribeiro, a não divulgação do orçamento estimado busca evitar conluíus e outras práticas anticoncorrenciais, além de assegurar que os licitantes apresentem suas melhores propostas.<sup>45</sup> Benjamin Zymler e Laureano Dios afirmam que esta possibilidade evita que as propostas/lances gravitem em torno do orçamento fixado pela administração. Acrescentam que a medida será particularmente eficaz quando o modo de disputa for o fechado, uma vez que o participante deverá oferecer proposta realmente competitiva e com lucratividade adequada, pois corre o risco de ficar desclassificado caso apresente proposta superior ao orçamento estimado que não é do seu conhecimento.<sup>46</sup>

Uma das questões que gera controvérsia sobre este tema refere-se à capacidade de o orçamento sigiloso efetivamente evitar a ocorrência de cartéis em procedimentos licitatórios. Renato Monteiro Rezende, assevera que:

Evidentemente, a formação ou não de um cartel independe da divulgação dos orçamentos prévios elaborados pela Administração promotora do certame. Com ou sem orçamento, cartéis poderão se formar. O que pode variar é o êxito dessa estratégia. Os cartéis costumam dividir o mercado de obras públicas mediante combinação dos preços das propostas apresentadas pelos seus integrantes. Escolhe-se previamente que licitante vencerá cada certame. Todos os demais participantes do conluio oferecem propostas em valor superior, de modo a possibilitar a sua vitória. Com isso, e tendo acesso ao orçamento previamente divulgado, o integrante do cartel ao qual foi atribuído o objeto da contratação pode oferecer uma proposta de preço mais próxima do valor máximo admitido pela Administração, mas que não o ultrapasse, evitando sua desclassificação.<sup>47</sup>

Rezende, entretanto, expõe que no mundo real a mencionada medida poderia resultar ineficaz em função de possível corrupção dos servidores que tiverem acesso às informações sigilosas ou no caso dos licitantes se recusarem a reduzir os preços ofertados, visto que, neste

---

<sup>44</sup> ZYMLER; DIOS, 2014, p. 116.

<sup>45</sup> RIBEIRO, 2013.

<sup>46</sup> ZYMLER; DIOS, 2014, p. 117.

<sup>47</sup> REZENDE, 2011.

último caso, seria necessária a realização de nova licitação até o atingimento dos valores orçados, ou, nos termos do parágrafo único do art. 26 da Lei 12,462/11, negociar com o autor da melhor proposta para alcance o valor orçado pela Administração.

Por oportuno, vale mencionar que o orçamento não será sigiloso e deve constar do edital quando for adotado o critério de julgamento de maior desconto ou o de melhor técnica, nos termos do §1º e §2º do art. 6º da Lei 12.462/11.

Importante consignar que, a despeito da polêmica gerada pela possibilidade de orçamento sigiloso, Benjamin Zymler e Laureano Dios entendem que o impacto desta medida é bastante atenuado pela possibilidade de escolha entre os critérios de julgamento de menor preço pelo de maior desconto. Dizem eles:

Em princípio, a obrigatoriedade de sigilo do orçamento é questionável. Melhor seria que, como na modalidade pregão, coubesse ao gestor levar em conta as peculiaridades de cada contratação para definir como ocorreria a divulgação do orçamento. Entretanto, as inconveniências ficam mitigadas, senão eliminadas, ao se verificar que o gestor *sempre pode substituir o critério do menor preço pelo de maior desconto*. Isso porque, abstraindo a questão do orçamento, esses dois métodos somente diferem na forma de apresentação das propostas. Um explicita o valor expresso em reais e o outro em percentual sobre o valor orçado. Ou seja, *caso seja desejável a divulgação do orçamento desde logo, cabe a utilização do critério de julgamento pelo maior desconto*.<sup>48</sup>

Nos termos do art. 6º, §3º, da lei do RDC, o orçamento sigiloso será disponibilizado, estrita e permanentemente, aos órgãos de controle externo e interno. Ou seja, não se trata de ausência de controle, mas a postergação do controle social frente aos valores orçados para o objeto. Nas palavras de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, “não se trata de sigilo absoluto, mas de limitações subjetivas e cronológicas; há número certo e predefinido de pessoas que, até o encerramento da licitação, podem ter acesso ao orçamento”. Registram, ainda, os referidos autores:

Note-se que a restrição a certas informações relativas ao orçamento é ferramenta cada vez mais utilizada internacionalmente como obstáculo à corrupção e à superação de ineficiências na licitação. A limitação à sua ampla publicidade pretende evitar o alinhamento das ofertas com o valor orçado pela Administração. Argumenta-se que sua divulgação prévia aos participantes da licitação minimiza os ganhos que a pressão da disputa livre poderia gerar – atenuando os efeitos benéficos da livre concorrência. A veiculação precedente do orçamento pode inibir a prática de descontos mais significativos, eis que os interessados possuem incentivos para oferecer

---

<sup>48</sup> ZYMLER; DIOS, 2014, p. 117.

preços aproximados àquele que a Administração já estimou para a contratação.<sup>49</sup>

Desta forma, retarda-se a publicidade do orçamento com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Contudo, a experiência recente na utilização do regime demonstra ser mais eficiente uma interpretação mais flexível dos dispositivos relativos à matéria, em respeito aos princípios da economicidade e da eficiência, e pautando-se pela busca do interesse público. Nesse sentido, destaca-se, parte do Voto do Ministro Relator Valmir Campelo, referente ao Acórdão 306/2013 – TCU – Plenário, por meio do qual considerou regular a abertura do orçamento na fase de negociação:

Alerto que esta conclusão parte da premissa que o orçamento sigiloso não é obrigatório. Eis os exatos termos da Lei 12.462/2011:

[...]

Observada a condição disposta no §3º para a aplicação do caput (ou seja, se não constar do instrumento convocatório o orçamento da Administração), tal peça será sigilosa, tornada pública apenas ao final da licitação. Somente após desvendar se a peça orçamentária é sigilosa é que a estimativa realizada pela Administração seria publicada, após o encerramento da licitação. Em inverso, se constar do instrumento convocatório, tal orçamento não será sigiloso; será público.

Existem as obrigatoriedades do orçamento público definidas nos §§ 1º e 2º - in caso, para as licitações cujo critério de julgamento for o de maior desconto ou melhor técnica. A questão é sondar se essas duas hipóteses são exaustivas; ou seja, se podem existir outras circunstâncias, devidamente motivadas, que autorizem a "abertura" do orçamento.

Acredito que sim. Considero, aliás, que interpretação diversa seria a contrario sensu de toda a lógica do regime. O RDC delimitou uma vasta gama de soluções para que o gestor definisse como obter a melhor proposta. Basta motivá-las, considerando as particularidades e idiosincrasias de cada contratação. Se demonstrada a vantagem em abrir o orçamento, que assim se faça.

[...]

Regrou-se no decreto, sempre, o orçamento sigiloso; mas não extraio tal conclusão após uma interpretação lato da Lei 12.462/2011. Entendo o orçamento fechado como uma possibilidade - talvez uma preferência - mas não uma meta compulsória. Tal conclusão é a que mais se aproxima do espírito geral do Regime. Novamente, em se tratando das múltiplas

---

<sup>49</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=80264>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

possibilidades para definir o que vem a ser a melhor proposta, basta motivar o caminho de maior conveniência, dentro dos novos regramentos e dos ideais de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade.

Feita a digressão, se tomada a condição de o orçamento sigiloso ser uma plausibilidade, pode-se questionar se o fato de todas as propostas terem sido superiores ao paradigma não seriam condição para abertura dos preços. No caso concreto, afinal, existe uma meta de tempo a ser atingida, que é o término tempestivo da obra para a Copa do Mundo. Se mesmo após a abertura do orçamento na fase de negociação não restar proposta classificada (dentre as licitantes chamadas à negociação), a próxima licitação poderia ser feita com orçamento público.

Em arremate, não obstante a letra do Decreto 7.581/2011 regulamentar que somente ao fim do certame é que deve o orçamento ser publicado (a Lei estabelece a adjudicação como condição), para 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.

[...]

De registro, também, a opinião de Benjamin Zymler e Laureano Dios acerca da aparente violação ao princípio da publicidade caracterizada pelo orçamento sigiloso:

Em relação a eventual violação do princípio da publicidade – explicitado no *caput* do art. 37 da Constituição federal -, lembramos o entendimento de que nenhum princípio constitucional é absoluto de forma que se deve buscar harmonizá-los na hipótese de eventual antagonismo entre dois princípios – no caso o da publicidade em contraposição aos da eficiência e/ou da economicidade (explicitados nos artigos 37 e 70 da Constituição Federal). Nesse contexto de ponderação de princípios, entende-se estar justificada a *ausência temporária da divulgação do orçamento*, pois amparada no princípio da busca da melhor proposta pela administração.<sup>50</sup>

### 2.6.6 Contratação integrada

Uma das principais inovações trazidas pelo RDC refere-se ao regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia previsto no art. 8º, inciso V, da Lei 12.462/11, denominado contratação integrada, nas hipóteses de cabimento previstas no art. 9º abaixo transcrito:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

<sup>50</sup> ZYMLER; DIOS, 2014, p. 119.

I - inovação tecnológica ou técnica; (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)

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

§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:

[...]

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. (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

§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 §1º define o que é o regime de contratação integrada. Na definição de Marçal Justen Filho,

a contratação integrada consiste num contrato de empreitada de obra e serviços de engenharia, em que a Administração contratante apresenta um anteprojeto de engenharia e o particular contratado assume a obrigação de conceber as soluções, elaborar os projetos básicos e executivo e executar o objeto com o 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 de empreendimento em condições predeterminadas.<sup>51</sup>

Ressalta o citado autor que “a contratação integrada versa sobre objeto de natureza complexa, envolvendo uma obra por meio da qual se desenvolve uma atividade específica e determinada”. Nesse sentido, “não se admite o uso da contratação integrada para contratos cujo objeto seja composto simplesmente por obras ou serviços de engenharia. Não será adequada a solução da contratação integrada para edificar um prédio ou uma rodovia”.<sup>52</sup>

Conforme observam Alécia Bicalho e Carlos Motta, o regime não constitui inovação na práxis normativa brasileira, já tendo sido sugerido no art. 18, XV, da Lei 8.987/95, nos casos de concessão precedida de obra pública, cujo edital limita-se a exigir “dados relativos à obra” e “elementos do projeto básico” que permitam a caracterização da obra. Figura também em regulamentos simplificados de licitação de paraestatais, notadamente no Decreto 2.745/98 da Petrobras.<sup>53</sup>

Esse regime apresenta similaridade com uma espécie de contrato internacionalmente definida como *Engineering, Procurement and Construction Contract* (EPC). Por meio de um contrato EPC, o empreiteiro incumbe-se da confecção integral do projeto e da execução da obra, da prestação e administração de todos os serviços de engenharia associados, com a responsabilidade pela entrega de um empreendimento integralmente pronto, equipado e testado, sob um modelo denominado *turn key* (em referência a que o contratante só precisa “girar a chave” para fazer funcionar o empreendimento).

Benjamin Zymler e Laureano Dios observam que o regime da contratação integrada apresenta fortes semelhanças com o regime da empreitada integral, de que trata a alínea “e” do inciso VIII do art. 6º da Lei 8.666/93, pois esta também consiste na contratação de um empreendimento em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, ou seja, também é do tipo *turn key*. Contudo, destacam os citados autores as seguintes diferenças entre os dois regimes:

i) a empreitada integral é orçada e realizada mediante *projeto básico ou executivo*, já a contratação integrada é orçada e realizada mediante

<sup>51</sup> JUSTEN FILHO, 2013, p. 178.

<sup>52</sup> Ibid., p. 179.

<sup>53</sup> BICALHO; MOTTA, 2013, p. 211-212.

*anteprojeto de engenharia*, o qual constitui documento de engenharia mais simplificado;

ii) a contratação integrada apresenta hipóteses mais restritivas para a elaboração de termos aditivos e há, portanto, maior transferência de riscos para a contratada;

iii) a contratação integrada está restrita a determinados objetos;

iv) na contratação integrada, cabe à contratada a elaboração de projeto básico e executivo, que somente os executará depois da contratação, enquanto na empreitada integral cabe à contratada, se for o caso, elaborar somente o projeto executivo.<sup>54</sup>

A questão relacionada aos riscos assumidos pela contratada resulta do §4º do art. 9º, visto que somente será possível formalizar aditivos ao contrato gerado por meio deste regime nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior, ou 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 da contratada, observados os limites previstos no §1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. Ou seja, o risco de projetos básicos mal elaborados recai sobre a contratada, afastando um dos principais problemas verificados quando da utilização da Lei 8.666/93.

Para Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães,

com a aplicação deste regime, transferem-se ao contratado os riscos pelas ineficiências em relação ao funcionamento da obra ou do empreendimento, inclusive e especialmente aquelas decorrentes de deficiências nos projetos. Com isso, cria-se um incentivo econômico ao contratado para que zele pela qualidade dos projetos, eis que suas deficiências se retratarão em custos futuros em prol da correção do funcionamento da obra para o alcance dos resultados estipulados em contrato.<sup>55</sup>

Importante frisar, contudo, que esta transferência de riscos ocorre somente quando da utilização do regime de contratação integrada. Nos demais regimes de execução indireta constantes dos incisos do artigo 8º da Lei 12.462/11, a competência de elaboração do projeto básico permanece com a Administração.

Outra questão a ser ressaltada refere-se ao fato de o responsável pela elaboração do anteprojeto de engenharia não poder participar das licitações, conforme o disposto no art. 3º,

<sup>54</sup> ZYMLER; DIOS, 2014, p. 232-233.

<sup>55</sup> MOREIRA; GUIMARÃES, 2012.

§1º, do Decreto 7.581/11. Tal medida tem o objetivo de resguardar o princípio da isonomia no certame.

Impende salientar que o texto original do art. 9º da Lei 12.462/11 foi alterado pela Lei 12.980/14. A primeira modificação refere-se ao *caput*, que passa a explicitar em que cenários poderá ser aplicada a contratação integrada, quais sejam: inciso I - inovação tecnológica ou técnica; II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

A adoção do regime para essas três situações, em primeiro momento, parece bastante acertada, uma vez que a elaboração de projetos básicos ou executivos seria extremamente arriscada para a Administração, no primeiro e no terceiro casos pelo desconhecimento técnico acerca do objeto, e no segundo caso, em virtude de cercear a apresentação de propostas alternativas pelos concorrentes, diversas do projeto básico ou executivo elaborado. A redação original deste artigo consignava: *nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada*. Como se lê, não era exigido que o objeto licitado se enquadrasse em uma das condições constantes dos incisos I, II e III. Bastava que fosse técnica e economicamente justificada a utilização deste modelo.

Conforme observam Gustavo de Carvalho e Guilherme Luna,

[...] a contratação integrada, tal como delineada pela lei, excepciona duas regras tradicionais da licitação no Direito brasileiro, quais sejam: (i) obrigatoriedade de elaboração de projeto básico pela Administração Pública (art. 7º, §2º, inciso I, Lei nº 8.666/93) - agora basta apenas um *anteprojeto de engenharia* (art. 9º, §2º, Lei nº 12.462/11); (ii) proibição de participação no certame e no contrato daquela pessoa que elaborou o projeto básico (art. 9º, Lei nº 8.666/93).<sup>56</sup>

Contudo, diversas polêmicas surgiram sobre este tema, relacionadas aos riscos de relativização de princípios que regem as licitações públicas, como o da isonomia, o da competitividade e do julgamento objetivo. Sobre o assunto, Rezende manifesta-se da seguinte forma:

---

<sup>56</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97048>>. Acesso em: 18 jul. 2014.



Materialmente, a contratação integrada, tal como prevista na Lei do RDC, pode conduzir a situações de ofensa aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia, além de dar ensejo a situações lesivas ao interesse público. Isso porque até mesmo a elaboração do projeto básico das obras é deixada a cargo do licitante vencedor. Assim, o Poder Público realizará certame sem dispor de balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado. A deficiência de parâmetros comparativos prejudica a aferição do grau de adequação das propostas às necessidades do Poder Público e abre margem ao subjetivismo no julgamento. Ademais, dá-se um poder excessivo ao contratado para definir o que e como será executado.

Enquanto se discute a elaboração do próprio projeto executivo anteriormente à abertura do certame, a previsão da Lei do RDC vai na contramão de esforços para assegurar um melhor planejamento das obras públicas, que evite problemas de execução, o encarecimento dos custos para Administração e a celebração de aditivos.<sup>57</sup>

De fato, surgem dúvidas se a elaboração do anteprojeto de engenharia será capaz de fornecer dados suficientes para a correta mensuração e precificação dos empreendimentos. Diante disso, resta insegura qualquer previsão sobre a economicidade do mencionado regime aos cofres públicos inicialmente.

O Tribunal de Contas da União reconhece esta fragilidade e dificuldade de orçamentação baseada em um anteprojeto. Todavia, de forma a fazer cumprir da melhor forma a legislação vigente e não malferir os princípios da economicidade, da eficiência e da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, cerca-se de meio para evitar ao máximo prejuízos ao erário provenientes de orçamentos carentes de estudos os mais minuciosos possível em busca da otimização da estimativa. Acerca do tema, transcreve-se trecho do Acórdão TCU 1510/2013 – Plenário:

Explico: o resultado do orçamento estimativo será o balizador do critério de aceitabilidade de preços. Tal parâmetro é a informação primeira para o julgamento das propostas. Levando em conta que o resultado da licitação será um valor de mercado apenas presumido (o que dependerá do nível de competição efetiva do certame), o poder público carece de um parâmetro tão preciso quanto se consiga. É uma garantia primeira da vantajosidade do preço ofertado, barreira essencial para obstar ganhos espúrios ou enriquecimentos sem causa.

Em um projeto básico, tendo em vista o seu detalhamento, é viável a orçamentação com base em todas as composições de custo unitário. Em um anteprojeto, por outro lado, existem lacunas de dimensionamento de partes do projeto ainda não elaboradas - cada qual com o seu preço. Costuma-se, então, utilizar procedimentos expeditos e paramétricos para o balizamento preliminar de custos.

---

<sup>57</sup> REZENDE, 2011.

É importante assumir que cada fase do ciclo de vida de um empreendimento possibilita a estimativa orçamentária com um grau de precisão. Quanto mais tenros os estudos, menor a chance de acerto sobre o quanto a obra irá custar. É um princípio básico da engenharia de custos. Estudos preliminares de uma edificação, por exemplo, baseiam-se em conjecturas assentadas em R\$/m<sup>2</sup>; em uma usina, em R\$/MW de potência instalada de energia gerada; em estádios de futebol em R\$/assento.

Na medida em que os estudos progredem, também avança o grau de precisão do orçamento respectivo. Na fase de anteprojeto já se fazem viáveis outras conjecturas, que podem - e devem - ser tão específicas quanto o anteprojeto permitir. Em um procedimento licitatório, afinal, a Administração, necessita, em razão dos elementos de que dispõe, esmerar-se para melhor contratar; e sem dúvida que as estimativas balizadoras de preço são protagonistas nessa avaliação de vantajosidade.

Logo, se, em uma contratação integrada, o anteprojeto conta com elementos arquitetônicos de execução obrigatória, o orçamento proveniente dessa peça deve ter grau de precisão condizente. Com essas informações já se faz possível a parametrização, por exemplo, de custos específicos de alvenaria, reboco, piso, forro, pintura, revestimentos, esquadrias, louças, etc. É uma boa fatia da obra. Por outro lado, caso a elaboração dos demais projetos seja incumbência de conta e risco das contratadas, natural que para o orçamento dos elementos elétricos, hidráulicos, estruturais, se utilizem - aí sim - de relações paramétricas ou comparativas.

Mesmo nesses casos, repiso, por tudo o que disse, que, diante de duas ou mais metodologias expeditas ou paramétricas possíveis para abalizar o valor do empreendimento, deve-se preferir a que viabilize a maior precisão orçamentária, para guarda de valores fundamentais licitatórios, como a eficiência e a economicidade, sem esquecer, claro, o da obtenção da melhor proposta possível.

A segunda alteração introduzida pela Lei 12.980/14 relacionada à contratação integrada refere-se à ampliação dos tipos de julgamentos permitidos para este regime. Inicialmente, o §2º, inciso III, do art. 9º restringia à utilização do tipo técnica e preço. A mencionada lei revogou este inciso, de forma a permitir a utilização dos demais tipos de julgamentos contemplados pela lei do RDC. Como justificativa para esta alteração, transcreve-se abaixo trecho da exposição de motivos para a proposta de medida provisória 630/2013, constante do EMI nº 00287/2013 MP CGU MJ SDH, de 24/12/13, que originou a Lei 12.980/14:

7. Também se faz necessária a ampliação do rol dos critérios de julgamento para as licitações no regime de contratação integrada, de modo a permitir a aplicação daquele que se amolde mais adequadamente a cada caso concreto. Com isso, se propõe a revogação do inciso III do § 2º do art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, possibilitando a aplicação dos critérios previstos no art. 18 da referida Lei, quais sejam: (i) menor preço ou maior desconto; (ii) técnica e preço; (iii) melhor técnica ou conteúdo artístico; (iv) maior oferta de preço; ou (v) maior retorno econômico.

8. Esta medida aproxima o RDC da sistemática existente na Lei no 8.987, de 1995, e na Lei no 11.079, de 2004, que, embora permitam a realização de licitações que contemplem obras sem a exigência de projeto básico, assim como ocorre com a contratação integrada, não obrigam o uso do critério de técnica em todas as hipóteses.

### **2.6.7 Remuneração variável**

A lei 12.462/11, em seu art. 10, estabelece a possibilidade de utilização de remuneração variável das empresas contratadas, mediante certames regidos pela norma, para a realização de obras ou prestação de serviços, inclusive de engenharia, conforme segue:

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.

Ou seja, se devidamente definidos, no instrumento convocatório e no contrato, os critérios relativos às metas, aos padrões de qualidade, à sustentabilidade ambiental e ao prazo de entrega, poderá ser estabelecido um prêmio financeiro à contratada em caso de superação das mencionadas metas ou o atingimento dos referidos critérios. O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração pública, de acordo com o §3º do art. 70 do decreto 7.581/11. Para ser cumprida essa exigência de proporcionalidade, verifica-se que o benefício gerado para a administração deverá ser mensurável quantitativamente. O §2º do citado artigo, contudo, faz uma ressalva no sentido de que eventuais ganhos provenientes de ações da administração pública não serão considerados no cômputo do desempenho do contratado.

Verifica-se, pois, que remuneração variável consiste em uma cláusula negocial que deverá se mostrar vantajosa para ambas as partes. Ganha o contratado porque receberá um adicional sobre a remuneração inicialmente pactuada, ganha o contratante na medida dos benefícios decorrentes do melhor desempenho da contratada.

Observa-se que esta forma de remuneração não se constitui de inovação no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que disposição semelhante consta do §1º do art. 6º da

Lei 11.079/04, que institui normas gerais de licitação e contratação de parcerias público-privadas: “O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato”.<sup>58</sup>

A possibilidade deste tipo de remuneração vai na esteira da implantação da Administração Gerencial, que possui como um dos seus fundamentos o princípio da eficiência. Nesse sentido, Rafael Oliveira e Rafael de Freitas lecionam:

[...] A previsão de metas na execução de atividades de interesse do Estado representa uma tendência do Direito Administrativo atual, voltado para a busca de resultados eficientes, mormente a satisfação dos interesses constitucionalmente tutelados. No cenário da “Administração de Resultados”, os instrumentos jurídicos que flexibilizam a gestão administrativa representam uma importante ferramenta para garantir a eficiência administrativa.<sup>59</sup>

O §1º do art. 70 do decreto 7.581/11 estabelece que a opção por este tipo de remuneração deverá ser motivada quanto aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado, ao valor a ser pago e ao benefício a ser gerado para a administração pública. Ademais, deverá respeitar o orçamento estimado para a contratação, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 10 da Lei 12.462/11, ou seja, o valor do contrato original acrescido da remuneração variável não poderá ser superior ao orçamento que serviu de base para a licitação. Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães consideram que o limite orçamentário representa uma importante função: a de evitar a desorganização no planejamento da contratação. Se não houvesse a restrição, a indefinição quanto ao valor efetivamente praticado para a remuneração do contratado ameaçaria sempre as previsões-limite para despesa pública, o que produziria efeitos fiscais indesejados à Administração.<sup>60</sup>

Ademais, essa disposição garante que o princípio da economicidade seja respeitado, não sendo desvirtuado por eventual incompatibilidade entre o valor acrescido à remuneração e a respectiva contraprestação. Contudo, verifica-se que o instituto terá sua aplicação limitada

<sup>58</sup> ZYMLER; DIOS, 2014, p. 195.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

<sup>60</sup> MOREIRA; GUIMARÃES, 2012.

quando a proposta vencedora for de valor próximo ao limite fixado pela Administração, pois haverá pouca margem para a variação da proposta inicial.

### 2.6.8 Contrato de eficiência

Além da remuneração variável, a lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas permite que sejam formalizados contratos de eficiência com os vencedores dos certames cujo tipo de julgamento tenha sido maior retorno econômico. Esta possibilidade está consignada no art. 23 da lei 12.462/11, conforme segue:

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

§1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

Alécia Paolucci e Carlos Motta observam que a ideia do contrato de eficiência não é inteiramente nova, registrando clara similaridade com o art. 5º, inc. IX, da Lei 11.079/04, que prevê, como uma das cláusulas necessárias do contrato de parcerias público-privadas, “o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado”.<sup>61</sup>

À primeira vista, pode-se achar que há muitas semelhanças entre a o contrato de remuneração variável e o contrato de eficiência, contudo, a única similaridade constitui-se da busca por maior eficiência na execução do objeto. O contrato de remuneração variável possui critérios mínimos de cumprimento contratual e premia o contratado por atingir ou suplantar critérios previamente pactuados. Entretanto, não lograr êxito quanto a esta superação não resulta em descumprimento contratual. Por outro lado, diante de um contrato de eficiência, em caso de insucesso em proporcionar economia ao contratante, na forma de redução das despesas correntes, o contratado fica exposto a descontos em sua remuneração, multas e outras sanções cabíveis, na forma do §3º do artigo 23:

---

<sup>61</sup> BICALHO; MOTTA, 2013, p. 334.

§3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Trata-se, pois, de um contrato de risco cuja proposta deve ser minuciosamente elaborada de forma a cumprir os objetivos assumidos.

## **2.7 Algumas referências recentes de utilização do RDC**

Em nota de esclarecimento<sup>62</sup> publicada em sua página de internet em 23/9/2013, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) afirma que realizou 226 licitações utilizando o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, sendo 184 na Sede e 42 nas Superintendências Regionais. Das 226 licitações, 98 estariam em andamento, nas suas diversas fases (análise de propostas de preços, análise de habilitação etc.); 109 teriam sido homologadas; 12, revogadas; 2 fracassadas; 1, deserta; e 4, anuladas. Ou seja, segundo a mencionada nota, até aquele momento, apenas 9% das licitações realizadas pelo DNIT não alcançaram êxito.

O órgão acrescenta que 111 certames foram realizados sob o regime de Contratação Integrada e, deste total, apenas 6 teriam sido revogados, o que traduz um índice de 95% de êxito.

Além disso, o DNIT salienta que levava 300 dias para concluir uma concorrência, nos moldes da Lei 8.666/93. Entretanto, este prazo reduziu para 50 dias no RDC eletrônico; 80 dias no RDC presencial (nos regimes empreitada por preço global ou empreitada por preço unitário); e 120 dias para Contratação Integrada.

---

<sup>62</sup> Disponível em <<http://www.dnit.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-dnit-realizou-226-licitacoes>> Acesso em 15 de out. 2014.

Em sessão realizada em 6/11/2013, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2.969/2013 – TCU – Plenário, firmou entendimento sobre a consolidação das fiscalizações realizadas pelo Tribunal, no âmbito do Plano de Fiscalização de Obras de 2013 – Fiscobras 2013.

Destaca-se, no Relatório e Voto que fundamentaram o mencionado Acórdão, que foram realizadas dezessete fiscalizações no ramo dos empreendimentos aeroportuários. Destas, onze restringiram-se somente aos editais (aeroportos de Cuiabá/MT, Santos Dumont/RJ, Florianópolis/SC, Confins/MG, Curitiba/PR, Porto Alegre/RS, Aracaju/SE e Salvador/BA), sendo que, com exceção do aeroporto Santos Dumont/RJ, os demais foram licitados com base na Lei 12.462/11. Vale ressaltar que somente o certame relativo ao aeroporto de Curitiba/PR ocorreu mediante contratação integrada. Segundo o referido Relatório:

38. Os objetos tratavam em sua maioria de construção, reforma e/ou ampliação de terminais de passageiros e pistas e pátios de aeronaves, bem como de acessos viários. Os achados de auditoria mais recorrentes na verificação dos editais foram: (a) sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado; e (b) critérios inadequados de habilitação e julgamento que poderiam restringir a competitividade das licitações.

39. Os benefícios efetivos gerados por essas fiscalizações estão relacionados às reduções dos valores de referência dos orçamentos e totalizaram aproximadamente R\$ 61 milhões. Destacam-se as auditorias nas obras de ampliação/restauração de pistas no aeroporto de Confins/MG, cujos benefícios efetivos foram da ordem de R\$ 20 milhões, e na reforma e ampliação do aeroporto de Cuiabá/MT, em que os benefícios efetivos totalizaram cerca de R\$ 12 milhões.

Com relação às restantes, foram realizadas pela Corte de Contas fiscalizações nas obras em andamento nos aeroportos de Confins/MG, Manaus/AM, Macapá/AP, Fortaleza/CE, Florianópolis/SC e do Galeão/RJ. Segundo o disposto no Relatório:

41. Nesses empreendimentos, em sua maioria, os serviços foram contratados para reforma e ampliação de terminais de passageiros e construção e/ou adequação de pistas e pátios de aeronaves, bem como de estacionamentos de veículos e acessos viários.

42. O achado de auditoria mais recorrente nas fiscalizações das obras em andamento foi “existência de atrasos injustificáveis nas obras e serviços”. Assim aconteceu nos aeroportos de Confins/MG, Fortaleza/CE e do Galeão/RJ, referenciais para a Copa do Mundo Fifa de 2014.

O Relatório demonstra que, além de aeroportos, diversos outros setores foram auditados. Dentre eles, fases da contratação de obras de infraestrutura de transporte rodoviário (37 auditorias), que envolviam um volume de recursos de R\$ 5,7 bilhões. Neste setor, analisaram-se tanto as licitações para contratação de serviços quanto a execução de obras de construção, revitalização e adequação de rodovias federais. As principais irregularidades foram, nos termos do Relatório:

46. Nas obras de transporte rodoviário, os principais achados encontrados nas auditorias envolvem: (a) projeto básico ou executivo deficiente ou desatualizado; (b) sobrepreço e/ou superfaturamento; (c) fragilidade ou deficiência na fase preparatória de licitação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC); d) duplicidade na licitação ou contratação de serviços; e (e) fiscalização deficiente ou omissa.

47. Nas auditorias em editais de licitação, fiscalizaram-se editais tradicionais, com base na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, – BR-230/PA, BR-101/SC, BR-158/MT –, editais sob o Regime Diferenciado de Contratação, com base na Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, – BR-020/PI, BR-230/PA, BR-280/SC, BR-101/SE, BR-101/AL, BR-316/PI –, e editais sob o Regime Diferenciado de Contratação Integrada – BR-163/MT, BR-163/PA, BR-381/MG, e Programa BR Legal. Destacam-se, nesse trabalho, as fiscalizações nos editais sob RDC Integrado, nova modalidade de contratação que vem sendo implementada pela Administração e debatida pelos órgãos de controle.

48. Nesses trabalhos, além do efeito pedagógico da atuação do TCU, efetivado pelas recomendações feitas ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) para aprimorar anteprojetos de engenharia e editais de licitação de suas futuras contratações, houve benefícios concretos para a Administração. As alterações promovidas pelo Dnit no edital da licitação da BR-381/MG, ainda durante a auditoria, levaram à redução de R\$ 51.612.934,00 no orçamento-base das obras. No caso do Programa BR Legal, as auditorias nas obras de segurança e sinalização de rodovias no Acre e em Rondônia geraram benefícios estimados no valor de R\$ 18.512.270,00.

Também no relatório referente às fiscalizações de obras do presente ano (Fiscobras 2014), aprovado pelo Acórdão nº 2981/2014 – TCU – Plenário, de 5/11/2014, o TCU faz referência a licitações efetuadas por meio do RDC. Informa o relatório que:

Desde que a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, introduziu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), que tem objetivo de ampliar a eficiência e a competitividade nas contratações públicas, o Tribunal de Contas da União vem realizando auditorias nos procedimentos licitatórios para contratação de obras realizados sob essa nova modalidade de licitação.

Considerando que o RDC se constitui no marco legal que balizará futuras contratações, reputa-se fundamental acompanhar as fases seguintes das



obras contratadas nessa nova modalidade, de modo a contribuir para a melhoria da gestão e do desempenho da Administração Pública, evitando-se a aprovação de projetos executivos incompatíveis com os anteprojetos que fundamentaram a contratação dos empreendimentos, o que poderia trazer prejuízos ao erário em face de possível perda qualitativa das soluções de engenharia a serem adotadas.

Nesse sentido, consigna que, das 102 fiscalizações efetuadas em 2014, 28 referem-se a editais regidos pelo RDC, enquanto 74 pela lei 8.666/93, e, das fiscalizações referentes ao RDC, 68% foram realizadas ainda na fase licitatória.

Dentre as fiscalizações referidas no relatório, destaca-se o exame de edital de RDC presencial promovido pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), inserido no Programa Nacional de Dragagem II, cujo objeto era a contratação, sob o regime de contratação integrada, de empresa para a elaboração de projeto básico e projeto executivo, bem como a execução da obra de dragagem por resultado para manutenção e readequação do acesso aquaviário ao Porto de Santos/SP.

Destaca o TCU que, além da relevância socioeconômica do empreendimento, a importância da citada fiscalização reside na inovação da utilização pela SEP do regime diferenciado de contratação, com base em orçamento sigiloso, para fins de contratação de obras de dragagem por resultado. O TCU identificou nessa licitação uma possibilidade de infração à lei do RDC para contratação integrada, que estabelece a proibição de celebrar aditivos, salvo algumas exceções.

Outra fiscalização destacada refere-se a exame de edital de RDC presencial promovido pela Secretaria de Infraestrutura Hídrica, vinculado ao Ministério da Integração Nacional, tendo como objeto a execução das obras do Trecho VII - Ramal do Agreste, no âmbito do Projeto de Integração do Rio São Francisco (PISF), por meio de contratação integrada. O TCU informa ter identificado que o regime de execução de contratação integrada, adotado para a referida licitação, não foi acompanhado de argumentos capazes de justificar o efetivo aumento no preço pago pela Administração decorrente dos riscos embutidos na proposta da contratada, frente aos supostos benefícios econômicos esperados.

### 3 CONCLUSÃO

O presente trabalho visou demonstrar as inovações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 12.462/2011, que, de forma a alcançar maior rapidez e eficiência nas compras e contratações públicas, supostamente relativizou a aplicação de diversos princípios constitucionais, gerando grande polêmica.

Procurou-se analisar a importância da introdução deste novo regime na legislação brasileira, tendo-se como parâmetro de comparação a Lei Geral de Licitações e Contratos (8.666/93), a qual, já com mais de vinte anos de existência, mostra-se bastante defasada em relação à necessidade prática de execução de compras e contratações. Não é de hoje que os gestores públicos criticam a utilização dessa lei e demandam alterações em seu teor com vistas a adequá-la às novas tecnologias e procedimentos de gestão disponíveis no mercado.

O RDC não somente agregou, como modernizou diversas práticas e institutos, relativos aos procedimentos licitatórios destinados às compras e às contratações de obras e serviços de engenharia, que estavam esparsos e limitados a situações específicas. Essa consolidação proporcionou ao gestor, por exemplo, a capacidade de utilização das plataformas de tecnologia de informação nos moldes do utilizado na modalidade Pregão. Da mesma fonte, buscou-se a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, o que permitiu maior celeridade na realização das licitações, além de evitar a realização de procedimentos desnecessários. Da lei 11.079/04, que instituiu normas gerais de licitação e contratação de parcerias público-privadas, a Lei 12.462/11 trouxe a ideia de contratação com remuneração variável.

Enfim, em termos teóricos não resta dúvida que a Lei 12.462/11 disponibilizou ferramentas para tornar as licitações públicas mais ágeis e capazes de gerar economia aos cofres públicos. O RDC tende a ser um “balão de ensaio” para uma revisão ampla da metodologia de contratações públicas.<sup>63</sup> A ampliação de seu campo de aplicação vem demonstrando essa tendência.

---

<sup>63</sup> ZYMLER, DIOS, 2014, p. 299.

Conforme exposto, a experiência recente de utilização deste novo regime reduziu de forma significativa os prazos de duração dos certames. O DNIT abreviou o tempo para a realização de concorrências (Lei 8.666/93) de 300 dias para 50 dias no RDC eletrônico, 80 dias no RDC presencial (nos regimes empreitada por preço global ou empreitada por preço unitário) e 120 dias para contratação integrada. Por outro lado, o TCU constatou a ocorrência de irregularidades comuns àquelas verificadas quando da utilização da Lei 8.666/93, o que, em primeiro momento, poderia levar a questionamento sobre a eficiência de fato da aplicação do RDC.

Importa frisar, no entanto, que a eventual não obtenção de êxito na execução de contratos resultantes da aplicação do RDC, por si só, não torna infrutífera a nova legislação. Houve grande desburocratização dos procedimentos licitatórios e aumento no poder de decisão dos administradores. Na realidade, liberdade e controle andam de mãos dadas. É exemplo disso a criação das agências reguladoras quando da privatização de diversos serviços antes prestados pelo Poder Público. A implantação da gestão por resultados na Administração Pública requer maior poder de decisão por parte dos administradores, que devem executar tal liberdade com o máximo zelo, respeitando a motivação dos atos públicos dentro das bandas permitidas em lei e sempre sob o olhar criterioso dos órgãos de controle administrativos e judiciais.

Caso a Lei 12.462/11 seja respeitada em todos os seus termos, com o aumento da discricionariedade disponibilizada ao gestor, aumenta na mesma medida a responsabilidade dos órgãos de controle, que devem atuar preventivamente orientando a proceduralização necessária a dar suporte ao novo regime de forma a evitar a ocorrência de desvios e falhas.

Cumprir lembrar que uma das maiores causas dos problemas relacionados à execução de obras e serviços de engenharia, desde a publicação da Lei 8.666/93, é a falta de planejamento e a ausência/insuficiência do projeto básico e/ou executivo. Essas falhas geralmente resultam em grandes atrasos e maiores custos para o erário.

O novo regime buscou mitigar os riscos de projetos mal elaborados, limitando, no caso de modalidade de execução por empreitada por preço global e empreitada integral, a 10% do valor total do contrato as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais ou estudos técnicos preliminares do projeto básico (inc. III do § 4º art. 42 do Decreto 7.581/11). No caso de

contratação integrada, somente serão permitidas alterações contratuais para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, decorrente de caso fortuito ou força maior, ou 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 ocasionados por erros ou omissões por parte do contratado e observados os limites da Lei 8.666/93 (§ 4º do art. 9º da Lei 12.462/11). Contudo, as restrições acima expostas não afastam a necessidade de um planejamento rigoroso da Administração durante a fase interna da licitação com vistas à elaboração de anteprojetos suficientes para a condução regular das obras ou serviços de engenharia. Ademais, nos demais regimes previstos no RDC, incluindo o de empreitada por preço global, a Administração continua responsável pela elaboração dos projetos básicos.

A tendência é que no decorrer dos próximos anos seja elaborada nova lei que congregue as práticas acertadas constantes da Lei 8.666/93 com os avanços trazidos pela Lei 12.462/11 e demais normativos relacionados às licitações públicas, de forma que passe a vigorar um único regime de licitações e contratos mais flexível e capaz de aproveitar as novas tecnologias disponíveis.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 17 jul.2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 12.462, de 04 de agosto de 2011. 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: 22 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 10.520, de 17 de julho 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 12.232, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 12.598, de 21 de março de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Lei/L12598.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12598.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 12.688, de 18 de julho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112688.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 30 jul.2013.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011. 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: 22 jul.2014.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm)> Acesso em: 30 jul.2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2079/2007. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 3/10/2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2007&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2079>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 306/2013. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 27/02/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=306&colegiado=PLENARIO&anoAcordao=2013>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2969/2013. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 06/11/2013. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 20 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2981/2014. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 05/11/2014. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias\\_arquivos/011.169%20%28Fiscobras.2014%29.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/011.169%20%28Fiscobras.2014%29.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Súmula 257/2010. Acórdão 0841-13/2010. Plenário. Sessão de 28/4/2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21. ed. São Paulo: Método, 2013. 1.052 p.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 772 p.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Comentários ao Regime Diferenciado de Contratações**: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 570 p.

BITTENCOURT, Sidney. As diretrizes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC): Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI00006.aspx?pdiCntd=97547>>. Acesso em: 18 jul.2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações & Contratos**: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. 910 p.

CALASANS JUNIOR, José. O RDC versus a Lei nº 8.666/93. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 220, p. 592-603, jun. 2012.

CARVALHO, Gustavo Marinho de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. O RDC na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU): primeiros entendimentos. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97048>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 829-874, out. 2008.

COUTO E SILVA, Almiro. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS, Porto Alegre, v. 57, p. 93-106, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)**. São Paulo: Dialética, 2013. 716 p.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 5. ed. Belo Horizonte: Forum, 2013. 669 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)**. São Paulo: Dialética, 2013. 716 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 1.440 p.

LESCURA, Carolina; FREITAS JÚNIOR, Dionysio Borges; PEREIRA, Roberto. Aspectos Culturais Predominantes na Administração Pública Brasileira (2010) in: **Administração Pública, Gestão Social e Economia Solidária: avanços e desafios**, junho de 2010 – Anais Encontro Mineiro de Administração Pública, Economia Solidária e Gestão Social II EMAPEGS – Universidade Federal de Viçosa – UFV. Disponível em: <<http://www.emapegs.ufv.br/docs/iiemapegsufv.pdf>> Acesso em: 23 de jul. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 40. ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2014. 941 p.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80264>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 1229 p.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Delimitação do uso do RDC e sua relação com o regime ordinário da Lei Geral de Licitações. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 127, p. 25-35, jul. 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**. 47(1) janeiro-abril 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em: 22 jul. 2014.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime Diferenciado de Contratação**: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012. 124 p.

REZENDE, Renato Monteiro. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, agosto/2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>> Acesso em: 5 ago. 2014.

RIBEIRO, Romiro. **Nota Técnica nº 13/2013**. O calcanhar de aquiles do regime diferenciado de contratações: RDC. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, p. 9. Disponível em <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/nt13\\_rdc.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/nt13_rdc.pdf)> Acesso em: 2 ago. 2014.

ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à Luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**: Aspectos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 277 p.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 348 p.