



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

RAILSON NOVAIS USEDA PINHO

**RDC – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: ASPECTOS RELEVANTES POLÊMICOS**

Salvador
2018

RAILSON NOVAIS USEDA PINHO

**RDC – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: ASPECTOS RELEVANTES E POLÊMICOS**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Licitações e Contratos Administrativos.

Salvador
2018

RAILSON NOVAIS USEDA PINHO

**RDC – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: ASPECTOS RELEVANTES E POLÊMICOS**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Licitações e Contratos Administrativos, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

Dedico o presente trabalho a todos que acreditaram em mim ao longo desta trajetória. Especialmente à minha família pelo apoio constante a cada etapa ultrapassada.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus por mais uma vitória!

Aos meus pais por me ensinarem que em tudo há um propósito e que sempre devo dar o melhor de mim.

Meus sinceros agradecimentos aos colegas da Pereira Oliveira Advocacia e Assessoria Jurídica, Dinâmica Assessoria e Consultoria em Licitações e Treinecap – Treinamento e Capacitação LTDA por todo apoio e pela confiança depositada.

Obrigado, a todos, pelo incentivo. Aos professores da pós-graduação realizada na Faculdade Baiana de Direito, que em brilhantes exposições nortearam o estudo de Licitações e Contratos Administrativos, transmitindo pleno conhecimento, que vão além da sala de aula.

Enfim, para não incorrer em deslealdade, agradeço a todos aqueles que de alguma maneira colaboraram para o desfecho dessa monografia.

“O que sabemos é uma gota, o que ignoramos é um oceano.”

(Isaac Newton)

RESUMO

A licitação é o procedimento formal pelo qual nascem as contratações na Administração Pública. Este procedimento visa contratar terceiros para o provimento das necessidades do Poder Público no atendimento à coletividade, estabelecendo critérios de qualidade mínima e escolhendo a proposta técnica e financeira mais vantajosa ao interesse público. O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre as inovações nas contratações da Administração Pública, trazidas pela Lei nº 12.462/2011, que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, demonstrando suas características que prometem celeridade e eficiência e inovam no aspecto da flexibilização (quando comparados com as modalidades convencionais da Lei nº 8.666/93), no intuito de contratar os serviços, obras e bens necessários, bem como demonstrar os aspectos mais relevantes dos instrumentos trazidos, que suscitam grandes indagações na jurisprudência e doutrina pátria.

Palavras-chave: Administração Pública, Licitação, RDC, Inovações, Flexível. Polêmicas.

LISTA DE ABREVIATURA

CF/88 – Constituição Federal de 1988

DF – Distrito Federal

RDC – Regime Diferenciado de Contratações

STF – Supremo Tribunal Federal

LGL = Lei Geral de Licitações

RDC = Regime Diferenciado de Contratações Públicas

FIFA = Federação Internacional de Futebol Associação

BDI = Benefícios e Despesas Indiretas

TCU = Tribunal de Contas da União

PAC = Programa de Aceleração do Crescimento

SUS = Sistema Único de Saúde

DNIT = Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

OCDE = Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

SRP = Sistema de Registro de Preços

MP = Medida Provisória

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – NOÇÕES PRELIMINARES PARA COMPREENSÃO DO TEMA EM ANÁLISE	18
1.1 AS CIRCUNSTÂNCIAS DA ALTERAÇÃO NORMATIVA	18
1.2 BREVE ANÁLISE DO SURGIMENTO NORMATIVO DO RDC	23
1.3 DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA TRATAR SOBRE O RDC	25
1.4 NATUREZA JURÍDICA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	27
1.5 OBJETIVOS, PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DO RDC	28
1.6 OPCIONALIDADE DO RDC. APLICAÇÃO SUBSIDÁRIA DA LEI N. 8.666/1993	35
CAPÍTULO II - OBJETO E ALCANCE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	37
CAPÍTULO III - ANÁLISE PANORÂMICA DAS REGRAS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES DO RDC	43
3.1. ORÇAMENTO SIGILOSO	43
3.2 INOVAÇÕES PARA AQUISIÇÃO	44
3.2.1 Indicação de marca	45
3.2.2 Exigência de amostra	47
3.2.3 Certificação de qualidade e carta de solidariedade	48
3.3 CONTRATAÇÃO INTEGRADA	50
3.4 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL	50
3.5 CONTRATAÇÕES SIMULTÂNEAS	53
3.6 DAS FASES	55
3.7 DA PUBLICIDADE	57
3.8 MODOS DE DISPUTA	58

3.9 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO	60
3.10 CRITÉRIOS DE DESEMPATE	63
3.11 DOS RECURSOS	63
3.12 PROCEDIMENTOS AUXILIARES DO RDC	64
3.12.1 Pré-qualificação	65
3.12.2 Cadastramento	66
3.12.3 SRP	67
3.12.4 Catálogo eletrônico	68
3.13 REGRAS ESPECÍFICAS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS NO RDC	70
3.13.1 Licitante remanescente	71
3.13.2 Remanescente por dispensa	73
3.13.3 Prazos contratuais	75
3.14 SANÇÕES NO RDC	76
CAPÍTULO IV - FERRAMENTAS POLÊMICAS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	80
4.1 ORÇAMENTO SIGILOSO	80
4.2 CONTRATAÇÃO INTEGRADA	91
4.3 PRÉ-QUALIFICAÇÃO PERMANENTE	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

Para a Administração Pública exercer 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 estatal, uma vez que sua atividade precípua constitucional de Governo é o atendimento aos interesses da coletividade, bem como a diminuição das diferenças sociais, por meio, justamente, do consumo de bens e serviços.

Esse procedimento de contratação pública, a teor do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal (CF) de 1988, estabelece para a Administração Pública, a obrigatoriedade de licitar. O procedimento licitatório tem por objetivo que a Administração Pública venha a suprir toda a gama de bens e serviços, através da contratação de particulares que possuam qualificação técnica, regularidade fiscal, econômico-financeira e jurídica e que de forma isonômica e concorrencial, propiciem vantajosidade e economicidade ao erário e, portanto, satisfaçam o interesse público.

Logo, extrai-se que a licitação é a regra para a Administração Pública quando compra bens ou contrata obras e serviços. Busca a Constituição Federal (CF) de 1988 garantir que as contratações efetuadas pela administração pública ocorram de acordo com princípios constitucionais, sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros - na escolha da melhor proposta técnica e financeira. Trata-se, pois, de instituto que dá concreção ao princípio republicano, inerente aos regimes democráticos.

Prescreve o art. 22, inciso XXVII da CF/88, ser competência privativa da União, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI.

Supracitado inciso do art. 37 da Carta Magna aduz que 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.

Com base nesses dispositivos constitucionais, foram elaboradas as seguintes normas de âmbito nacional:

- Lei 8666, de 21 de junho de 1993, que institui normas gerais para licitações e contratos da administração pública.
- Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui, no âmbito da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, a modalidade de licitação, denominada Pregão.
- Lei 12.232, de 20 de abril de 2019, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.

Desta feita, viu-se que a regulamentação do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 se deu através da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações, a qual recepcionou no ano de 2002 a modalidade Pregão. Posteriormente, insurgiu no ordenamento jurídico, a Lei nº 12.462/2011, que criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 7.581/2011 – objeto de estudo da presente monografia – o qual estabelece regras próprias de licitação, prevendo uma nova sistemática para as contratações públicas.

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC), assim, foi aprovado em agosto de 2011 com foco exclusivo nas obras da Copa do Mundo de 2014 e nas Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016. Rapidamente, porém, teve sua aplicação ampliada para diversos outros tipos de empreendimentos, como se verá ao longo deste trabalho.

É oportuno esclarecer que a chegada do regime diferenciado de contratações foi marcada por certa polêmica, uma vez que o país teve uma experiência muito negativa no tocante a obras e serviços de engenharia na preparação para os jogos pan-americanos. Logo, a má realização de obras e serviços de engenharia para supracitado evento esportivo, fez com que aquela impressão de que a “*Lei 8.666/93 estava defasada*”, ficasse ainda mais forte para o então governo da época.

E o governo tentou ultrapassar essa barreira, por diversas vezes, mas sem lograr êxito, mesmo que por meio de projeto de lei por regime de urgência ou através de medidas provisórias, que não foram aprovadas e também através da tentativa do chamado “contrabando legislativo¹”, em que parlamentares da base modificaram projetos já existentes e em tramitação no congresso, para inserir as regras do regime diferenciado de contratações.

Com a aprovação do Regime Diferenciado de Contratações, não faltaram críticas a esse novo regime. Há, inclusive, algumas ações diretas de inconstitucionalidade² ajuizadas contra o RDC, estas por sua vez criticam algumas inovações ou ferramentas do Regime Diferenciado de Contratações, como por exemplo, o orçamento sigiloso, defendendo que este fere o princípio da publicidade; ou então, o regime de contratação integrada, amparando que esta fere o princípio do planejamento das contratações

¹O Supremo Tribunal Federal, recentemente, utilizou a expressão em epígrafe - "contrabando legislativo" - ao analisar a possibilidade de serem apresentadas emendas parlamentares a projetos de lei de conversão de medidas provisórias. Em entendimento inédito e com forte impacto no jogo político tecido no Congresso Nacional, o Excelso Pretório acabou com prática arraigada de parlamentares que aproveitavam o rápido trâmite exigido na análise de uma medida provisória para, mediante emenda, "plantar" dispositivos alheios à matéria versada naquele instrumento legislativo (CF, art. 62). Noutras palavras, de agora em diante, emendas parlamentares apresentadas a projetos de lei de conversão de medidas provisórias somente serão admitidas se revelarem pertinência temática com o objeto da proposição apresentada pelo Poder Executivo. Como a decisão encerra profunda mudança na cena política, e considerando a existência de um incontável número de dispositivos enxertados via emenda parlamentar a projetos de lei de conversão de medidas provisórias, o STF modulou os efeitos de sua decisão, a qual somente se aplicará para casos futuros. Neste sentido, a respectiva notícia trazida no Inf. 803 do STF.

² Foram constatadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo: ADI/46453, ajuizada pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS e ADI/46554, ajuizada pela Procuradoria Geral da República. Ambas as ADI's impendem de decisão do STF.

públicas; ou então, crítica a pré-qualificação permanente, aduzindo que esta fere a competitividade com possibilidade de ocasionar desvios.

Na verdade, essas críticas materiais, em relação ao regime diferenciado de contratações, desprezam uma maior pesquisa sobre o assunto, porque tanto o orçamento sigiloso ou a pré-qualificação permanente não são propriamente uma novidade do RDC, uma vez que outros países utilizam eficientemente esse tipo de instrumento nas contratações públicas. A própria OCDE³, por exemplo, indica o orçamento sigiloso como uma boa prática nas licitações públicas dos países que participam do seu acordo e das suas orientações. Já a contratação integrada é um regime de contratação, também, usado por diversas nações.

Nada oponente a essas críticas apresentadas nas ações diretas de inconstitucionalidade, que tramitam no STF, é importante registrar a forma como o Regime Diferenciado de Contratações foi aprovado no ordenamento jurídico pátrio. Ou seja, através do supramencionado “contrabando legislativo”. Uma vez que a medida provisória n. 527/2011, que originou a lei do RDC, não tratava do tema inicialmente. Entretanto, durante a tramitação na Câmara dos Deputados, apresentou-se um projeto de lei de conversão que acrescentava ao texto original, diversas disposições voltadas às licitações necessárias à Copa do Mundo de Futebol de e às Olimpíadas de 2016, resultantes de acalorada discussão, acordos, concessões recíprocas e entendimentos costurados a duras penas pelos partidos governistas e opositores, como só ocorre em elaborações legislativas sobre temas polêmicos. Essa prática, chamada por alguns de contrabando legislativo, hoje é criticada pelo STF.

³ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (português europeu) ou Econômico (português brasileiro) (OCDE) é uma organização internacional de 37 países que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de mercado, que procura fornecer uma plataforma para comparar políticas econômicas, solucionar problemas comuns e coordenar políticas domésticas e internacionais.

Nada obstante, na ampla utilização pelo RDC, a presente monografia acredita que não haverá uma declaração de inconstitucionalidade desse regime diferenciado, posto que o mesmo, realmente, se apresenta como uma inovação/avanço em relação ao regime tradicional das licitações, notadamente, aquele prescrito na Lei 8.666/93.

Por tudo o exposto, constata-se que o Regime Diferenciado de Contratações é uma modalidade licitatória flexível e única, afastando-se, pois, a divisão do procedimento em diversas modalidades licitatórias definidas exclusivamente em função do valor da contratação, como as modalidades previstas na Lei 8.666/93. Essa unicidade permite maior assimilação do procedimento como um todo pela sociedade e pelos agentes públicos, o que potencialmente contribui para a diminuição dos erros quando da realização das contratações públicas. Assim, o RDC buscou ampliar a eficiência e competitividade nas contratações públicas por meio de diversos mecanismos.

Cumprе sobrelevar que a Lei nº 10.520/2002 implantou a modalidade de licitação intitulada Pregão, cujos princípios e regras gerais constam da Lei nº 8.666/93, uma vez que se trata aquela, de lei especial e esta, de lei geral. Esta modalidade trouxe inovações importantes nas contratações, essencialmente agilidade, pois além de reunir os proponentes em um ambiente virtual, inverte as fases da licitação, cabendo ao agente público (pregoeiro) responsável, receber primeiramente as propostas e lances para só depois avaliar a habilitação do primeiro colocado. Entretanto, esta modalidade se restringiu a bens e serviços comuns, vedando expressamente a contratação para obras e serviços de engenharia.

A Lei nº 12.462/2011 que dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, foi inspirada em grande parte pela modalidade Pregão, uma vez que ocorreu a incorporação de diversos procedimentos bem-sucedidos, bem como a utilização das oportunidades propiciadas pelo uso da tecnologia da informação.

Como exemplos de comparação do RDC com o pregão observa-se que ambas as modalidades licitatórias incorporam as funcionalidades dos meios eletrônicos de comunicação e adotaram a possibilidade de apresentação das propostas por meio de lances. Ademais, no regime diferenciado, como regra geral, a fase de julgamento das propostas deve preceder a fase de habilitação dos licitantes. Trata-se de procedimento diverso daquele tradicional que está previsto na Lei 8.666/93 - quando a habilitação sempre precede o julgamento - e similar ao adotado na modalidade pregão - quando para julgamento sempre precede a habilitação.

Outra característica importante desse novo regime são os diversos instrumentos disponibilizados para que o interesse público seja mais bem atendido. Cabe ao gestor público, dentro do seu poder discricionário, em cada caso concreto, adotar o melhor caminho dentre os previstos na norma. Trata-se, pois, de uma das maiores homenagens à discricionariedade daqueles responsáveis pela condução das licitações. Contudo, para aplicar o RDC e até para que ele se mostre uma boa norma, o gestor público deve, hoje, estar mais qualificado do que no passado, pois deverá realizar opções que antes não fazia. Para isso, terá que fazer análises técnicas e de razoabilidade, fundamentar e inculpir nos processos de contratação sua motivação.

A intenção do legislador foi de instituir um regime de contratações apartado da Lei nº 8.666/93, possibilitando, a priori, o atendimento em tempo hábil quanto às contratações de obras, serviços e aquisição de bens destinados ao atendimento destes grandes eventos. À medida que o RDC foi sendo instalado, foram surgindo novas possibilidades legais para sua aplicação. Isto se deu pelo advento da Lei nº 12.688/2012, que autoriza o RDC para as ações integrantes do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento; Lei nº 12.722/2012, para as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e Lei nº 12.745/2012, para obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

O RDC é utilizado por diversos órgãos da administração pública e possui características que marcaram o mundo das licitações, influenciando, inclusive, as novas legislações que foram criadas recentemente, como a Lei das Estatais (Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016) e, as que estão prestes a serem aprovadas como a nova Lei de Licitações. Por conta disso, ter conhecimento sobre o RDC é importante tanto para aqueles que usam ele em seu órgão ou participam de licitações que utilizam o RDC, como também para todos aqueles que lidam com licitações públicas, pois entendendo e compreendendo o Regime Diferenciado de Contratações, já terão noção das novas tendências que envolvem as licitações públicas de nosso país.

Em suma, o presente trabalho acadêmico tem por objetivo: a) Analisar as inovações que flexibilizam o processo de contratação proposto pelo RDC, apresentando os fatores positivos ou negativos deste regime; b) Expor a importância deste novo regime nos procedimentos licitatórios que buscam maior celeridade dos atos quando comparados com a Lei nº 8.666/93, bem como a possibilidade de melhores contratações; e c) Trazer a baila, pormenorizadamente, as ferramentas mais polêmicas do RDC, quais sejam: orçamento sigiloso, contratação integrada e a pré-qualificação permanente.

CAPÍTULO I – NOÇÕES PRELIMINARES PARA COMPREENSÃO DO TEMA EM ANÁLISE

Nessa linha de raciocínio, a presente monografia pretende, num primeiro momento, aclarar conceitos necessários para melhor compreensão do tema, criando bases sólidas, necessárias, para reflexão das controvérsias geradas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

1.1 AS CIRCUNSTÂNCIAS DA ALTERAÇÃO NORMATIVA

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

A chegada do RDC foi marcada por certa polêmica, uma vez que o país teve uma experiência muito negativa no tocante a obras e serviços de engenharia na preparação para os jogos pan-americanos. Logo, a má realização de obras e serviços de engenharia para supracitado evento esportivo, fez com que aquela impressão de que a *“Lei 8.666/93 estava defasada”*, ficasse ainda mais forte para o então governo da época. Diante disso, se percebeu a necessidade de alteração das regras referentes às licitações de obras e serviços de engenharia, modernizando-as para que estas se adequassem as necessidades, sobretudo, dos grandes empreendimentos, das grandes obras que teriam que ser feitas, para que o Brasil sediasse os megaeventos esportivos, para os quais tinha se comprometido.

Some-se ao exposto, a inerente responsabilidade, pela realização de obras civis de médio e grande porte de alta relevância, não só para atender ao “caderno de encargos” da FIFA, como para prestar bons serviços de recepção aos milhares de turistas estrangeiros e aos próprios brasileiros que estariam presentes nos eventos, sem contar com o compromisso de deixar um legado de obras que beneficiassem permanentemente suas regiões após a realização de tais eventos.

É cediço que a disciplina das licitações e contratações públicas subordina-se basicamente à Lei n. 8.666. Desde a sua edição em 1993, o diploma sofreu uma grande quantidade de alterações. Diversas leis autônomas foram editadas para aperfeiçoar o sistema introduzido pela Lei n. 8.666. A mais relevante, sem sombras de dúvidas, foi a Lei n. 10.520, que dispôs sobre o Pregão. Ainda, além, houve uma grande dificuldade de atos infralegais dispendo sobre a matéria.

No entanto, permanecia existindo uma insatisfação quanto aos modelos licitatórios e contratuais disponíveis, o que se traduzia na multiplicidade de propostas para sua substituição. Perante o Congresso Nacional tramitavam muitos projetos de alteração da disciplina, inclusive prevendo a revogação da Lei n. 8666/93.

Neste aspecto Marçal Justen Filho (2013, p. 14), menciona que:

As críticas dirigidas à Lei n. 8.666/1993 são muito heterogêneas. Muitas vezes, os argumentos direcionados contra o referido diploma são contraditórios entre si. As críticas refletem as mais diferentes orientações. Existe concordância sobre a necessidade de reformar a disciplina das licitações e contratações públicas. Mas não existe acordo quanto às soluções a serem adotadas. Não seria excessivo afirmar que a Lei n. 8.666 vem sobrevivendo não como decorrência da adesão ao seu conteúdo, mas pela inexistência de concordância quanto ao modelo a ser adotado para substituí-la. Por outro lado, não há uma avaliação precisa quanto aos “defeitos” da disciplina vigente. Afirma-se que seria desejável uma lei menos formalista e que reduzisse o prazo necessário ao aperfeiçoamento das contratações. Mas não se aprova uma solução legislativa que propicie a ampliação da autonomia dos agentes públicos no tocante ao processo de contratação nem quanto à gestão dos contratos. Portanto, existe uma grande dose de incerteza quanto às modificações mais apropriadas a serem introduzidas na disciplina das licitações e contratações públicas. Há o temor de que soluções orientadas por uma ausência de rigor e formalismo possam resultar em desvios graves. Por outro lado, o atual sistema não impede a ocorrência de problemas.

A Lei Geral de Licitações (LGL) n. 8.666 é, uma legislação não só de 1993, mas baseada no Decreto-lei n. 2.300 de 1986. A Lei n. 8.666/93, desse modo, era analógica num mundo digital. Conseqüentemente, isso faz com que exista muita incompreensão e muita incompatibilidade entre o regramento estabelecido pelo legislador, repita-se, inspirado ainda no decreto-lei n. 2.300/86, para com as necessidades atuais da Administração Pública.

Percebe-se que o legislador de 1993, inspirado no legislador de 1986, não tinha, ao prever as regras de licitações, o raciocínio em rede, que possuímos hoje, com uma comunicação de massa tão fortemente inspirada pela internet. Por isso, a Lei 8.666/93 é muito circunscrita, ainda, a formalismos incompatíveis com a necessidade da atuação pública eficiente e gerencial.

Percebendo, então, essas dificuldades entre o regime licitatório tradicional e as necessidades e desafios da Administração Pública, especialmente, em relação a esses megaeventos esportivos, surgiu o raciocínio de que era necessária uma nova lei. Bem como um novo regime, pelo menos, para resolver aquele problema emergencial que se apresentava para a preparação do país para os grandes eventos de esporte; sendo, desta feita, necessária a aprovação de um novo regime licitatório, mesmo que específico. A nova regra licitatória veio à luz, nesse diapasão, para atender a determinada necessidade pública circunstancial, a pretexto de conferir mais eficiência e celeridade aos processos de licitação e de contratação pública.

Nesse contexto, a disciplina do RDC surge como uma espécie de “experimentação legislativa”, visando à implantação gradual e controlada de um novo modelo licitatório. A solução adotada reflete a ausência de concordância sobre o novo modelo a ser introduzido. Isso conduziu a uma solução provisória, destinada a ser testada na vida real. Trata-se de adotar um regime diferenciado, sem a revogação do sistema antigo. Cria-se uma nova sistemática para conviver com a anterior. A Lei do RDC introduz

algumas inovações, envolvendo a substituição de determinadas regras e exigências do sistema tradicional. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 14).

Contudo, embora o RDC seja um avanço em relação ao regime tradicional de licitações, ele não pode ser percebido como uma panacéia, como uma solução para os problemas da administração pública do país. Importante sempre registrar, que o RDC foi aprovado sobre o mote de servir aos grandes empreendimentos voltados as contratações necessárias para que o país pudesse receber os megaeventos esportivos, como Copa, Olimpíadas, Paraolimpíadas. Esse ponto gerou certa pressa na aprovação do regime diferenciado de contratações, de forma que um regime de licitações aprovado para objetos tão específicos não pode ser percebido como uma solução para o macrossistema de licitações e contratações públicas de um país continental como o Brasil.

Por isso, embora o RDC aponte avanços em relação ao regime tradicional de licitações, ele não deve ser percebido como uma nova lei de licitações, pois há muito a avançar ainda, posto que há temas que não foram devidamente discutidos no RDC e avanços que ainda são por demais necessários, sobretudo, no regime das contratações públicas, no regime dos contratos administrativos propriamente ditos.

Espera-se que as boas novas do RDC sirvam de inspiração para a nova Lei Geral de Licitações e que esta, por sua vez, não abdique de avançar onde o RDC não avançou e de corrigir algumas pequenas falhas identificadas nesse regime específico.

Desta maneira, os dois sistemas convivem na vida prática. A Lei n. 12462 não revogou os diplomas anteriores que dispunham sobre licitações e contratações públicas. As Leis n. 8.666 e 10.520 continuam em vigor. Desse modo, a migração para uma nova disciplina legislativa faz-se de modo controlado, sem que haja a produção de uma ruptura decorrente de alteração radical e absoluta do modelo legislativo.

Uma das características do modelo adotado reside na ausência de obrigatoriedade da adoção do regime diferenciado de contratações, regido pela Lei n. 12.462. Logo, verificados determinados pressupostos, é facultada, mas não obrigatória, a utilização do regime diferenciado.

Outra característica da reforma examinada reside na oportunidade para a construção de um novo modelo. A aplicação prática da disciplina licitatória é sempre relevante, porque permite identificar limitações e desenvolver soluções não previstas na etapa legislativa. Ao propiciar a utilização da nova sistemática sem cunho de obrigatoriedade e sem a revogação da disciplina anterior, admite-se que as novas normas incorporem os resultados da experiência de sua aplicação. A experiência concreta conduzirá à sobrevivência do sistema reputado mais satisfatório. Não seria exagero, portanto, afirmar a existência de uma espécie de “competição” entre os dois sistemas. Sobreviverá aquele que se revelar mais apto a satisfazer as necessidades existentes. Portanto, os resultados práticos obtidos permitirão uma avaliação mais consistente sobre as soluções a serem adotadas. Como se passa com qualquer processo de experimentação, existem dificuldades concretas a serem enfrentadas na aplicação da Lei n. 12.462. Há uma tendência a aplicar a nova Lei como uma extensão da antiga. Há incerteza sobre as escolhas mais satisfatórias. Sempre existe uma tendência a manter o regime anterior, produzindo uma espécie de interpretação extensiva. Isso significa excluir as inovações contempladas na lei mais recente por meio de aplicação de interpretações desenvolvidas a propósito das normas mais antigas. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 15).

A elaboração de um diploma legal específico se alicerçou na ideia de que as normas já existentes sobre contratações públicas não seriam suficientes para as licitações e as celebrações dos contratos necessários para tal fim, uma vez que a realização de eventos de tamanha proporção demandaria um conjunto de obras diferenciadas.

Em suma, a implantação de um novo modelo licitatório foi propiciada pela aproximação de megaeventos esportivos, cujo sucesso depende da execução de obras e serviços por parte da Administração Pública.

Diante da constatação da dificuldade de observância dos cronogramas, se adotadas as soluções licitatórias tradicionais, houve a consagração de um modelo diferenciado, introduzido por Medida Provisória e convertido na Lei n. 12.462.

1.2 BREVE ANÁLISE DO SURGIMENTO NORMATIVO DO RDC

A Lei Geral de Licitações, Lei n. 8.666/1993, completou 25 anos, em 21 de junho de 2018. Vale lembrar que foi aprovada em momento político nacional delicado⁴ e, também, que não havia, à época, ferramentas de tecnologia da informação disponíveis, como a internet ou computadores com maior capacidade de processamento.

Consequência direta desse cenário foi a aprovação de uma lei que fornecia pouca flexibilidade ao gestor para gerenciar processos licitatórios. O rígido processo definido não admitia variações: o gestor deveria analisar a habilitação de todos os licitantes em um primeiro momento para, somente em seguida, analisar as propostas de preços; os preços fornecidos inicialmente não poderiam ser reduzidos durante uma fase posterior de lances pelos licitantes, valendo apenas aqueles constantes da proposta inicial; fazia-se necessária a presença efetiva de todos no local definido para apresentação dos envelopes contendo as propostas. Essa rigidez de procedimentos gerava, por um lado, pouca margem de manobra para o gestor na negociação de uma proposta mais vantajosa, e, por outro, altos custos de participação do certame para os licitantes.

O legislador procurou corrigir essas distorções por meio de outras legislações periféricas e específicas, como o pregão para contratação exclusiva de bens e serviços comuns, ou Sistema de Registro de Preços para contratações futuras que não apresentassem possibilidade de definição precisa de quantitativos. As obras públicas, porém, não foram contempladas por nova lei que atendesse à dinâmica do mundo moderno, mesmo decorridos vinte e cinco anos de aprovação da Lei n. 8.666/93.

A situação foi sendo conduzida com diversos percalços até o momento em que o Brasil foi escolhido para sediar dois grandes jogos no âmbito internacional: Copa do Mundo e

⁴ Impeachment do Presidente da República ocorrido em 29 de setembro de 1992.

Olimpíadas. O visível atraso no cronograma previsto forçou a aprovação de um novo regramento que permitisse maior celeridade e eficiência dos processos de licitação.

O regime diferenciado de contratações foi inserido no ordenamento jurídico em 2011, inicialmente, através da Medida Provisória n. 527/2011, regulamentada pelo Decreto n. 7581/2011, que acabou sendo convertida na Lei 12.462/2011, atual diploma normativo regulador do regime diferenciado de contratações.

A Lei n. 12.462/2011 criou o regime diferenciado para licitações e contratos, aplicável quando presentes determinados requisitos. Todavia, cumpre sobrelevar que antes da edição da Medida Provisória (MP) nº 527/2011 que originou a Lei nº 12.462/2011, a Administração Pública Federal, preocupada com a realização do conjunto de obras necessárias à realização dos eventos esportivos em tempo hábil, tentou passar um projeto semelhante pelo Legislativo, em maio de 2010, através das Medidas Provisórias nº: 488 e 489, as quais não lograram êxito em razão do decurso de prazo, conforme prevê o artigo 62, § 10º da Constituição Federal de 1988⁵.

Pelo exposto, só foi possível editar nova MP em 2011. Assim, surge em 2011, a Medida Provisória nº 527, a qual não fazia menção ao RDC e sim quanto às várias providências sobre a organização da Presidência da República e dos ministérios, a criação da Secretaria da Aviação Civil, a alteração das leis da ANAC e da Infraero, a criação de cargos em comissão e a contratação de controladores de tráfego aéreo. Ocorre que durante a tramitação da referida MP pela Câmara dos Deputados, em 15 de junho de 2011, o Relator, Deputado José Guimarães (PT-CE), apresentou emenda ao projeto de lei de conversão da medida provisória, acrescentando os dispositivos que estabeleciam o RDC. Assim é que com o surgimento da Lei nº 12.462/2011, se observa o regramento do RDC, nos Capítulos I e III e outros temas distintos nos Capítulos II e IV. Tendo sido aprovada a MP, a qual se converteu na Lei nº 12.462/2011. É sancionada, portanto, em

⁵ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

05 de agosto de 2011, a Lei nº 12.462/2011 que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. De acordo com as informações constantes no site do Ministério do Planejamento (2012):

O Regime Diferenciado de Contratações foi aprovado pelo Senado Federal por meio do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2011, originário da Medida Provisória nº 527- B/2011. O projeto original previa a aplicação do RDC exclusivamente às licitações e contratos referentes às Olimpíadas e aos aeroportos da Copa do Mundo. O projeto foi emendado para estender sua aplicação a todas as licitações e contratos da Copa do Mundo e a todos os aeroportos das capitais distantes em até 350 km das cidades-sede. A Medida Provisória foi convertida na Lei Federal nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

1.3 DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA TRATAR SOBRE O RDC

Convém elucidar que o art. 22, XXVII da CF/88 confere a União a competência privativa para tratar sobre regras gerais de licitação e contratação para todos os entes federativos.

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

Neste sentido ensina Justen Marçal Filho (2013, p.24):

Por outro lado a determinação da competência administrativa para editar normas regulamentares relativamente ao RDC envolve a diferenciação entre normas gerais e normas especiais. Cabe ao Presidente da República editar a regulamentação para aplicação das normas legais de natureza geral, reservadas à competência legislativa privativa da União. Cabe aos Estados e ao Distrito Federal (e, eventualmente, aos Municípios) editar normas especiais e a respectiva regulamentação. Por outro lado, cabe a cada ente administrativo produzir as normas técnicas e práticas necessárias à disciplina da atividade administrativa.

É sempre bom lembrar que o RDC possui no seu corpo regras específicas e, em relação a estas a competência privativa não é da União, sendo a competência legislativa comum a todos os entes.

Assim, a Lei Federal n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, ao tratar sobre o regime diferenciado de contratações, faz parte de uma competência legislativa estabelecida pelo constituinte, no art. 22, que permite que a União legisle privativamente sobre regras gerais sobre licitações e contratos administrativos.

Ora, quando a lei Federal, então, trata sobre regras gerais de licitações e contratos, esta por sua vez cria regra/norma que não vale apenas para a União e seus respectivos órgãos e entes federais, mas também para Estados, DF (Distrito Federal) e Municípios.

A Lei Federal n. 12.462/2011 é regra geral para fins materiais, para fins de aplicação dessa competência legislativa estabelecida pelo constituinte.

Na sua grande maioria, os dispositivos da Lei do RDC veicularam normas gerais sobre licitações e contratação administrativa. Sua edição externou uma competência privativa da União. Nessa linha, cabe ao Presidente da República editar normas regulamentares pertinentes, Mas daí não se segue que todo e qualquer dispositivo da Lei do RDC comporte regulamentação exclusivamente por parte da União. Existem temas objeto de competência legislativa específica dos demais entes federativos. Assim, por exemplo, cabe à lei de cada ente federativo disciplinar e organizar o sistema de registro de preços, inclusive disciplinando o relacionamento entre os diversos órgãos e entidades administrativos. Logo, caberá ao regulamento local a formulação das normas necessárias à perfeita execução das normas que também são locais. Nesse caso, é facultado ao ente local recepcionar as normas regulamentares federais. No entanto, não é cabível impor a observância, de modo automático e vinculante, do regulamento editado pela União - eis que, no caso, as referidas normas vincularão a órbita federal. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 24).

É sempre bom lembrar que uma coisa é ser vista como lei geral sob o ponto de vista material, outra coisa é ser uma lei geral em relação com a compatibilidade com as outras leis aprovadas no ordenamento jurídico pátrio. Por exemplo, se o RDC traz normas gerais para fins de qualificação - como uma lei exercida dentro da competência legislativa privativa estabelecida pelo art. 22, para que a União legisle sobre regras gerais para Estado, DF e Municípios; quando se compara as mesmas regras gerais da Lei do RDC com as regras da Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93), se tem a análise da compatibilidade entre essas normas. Neste caso, a Lei do RDC em relação à LGL é uma regra especial, pois a Lei n. 8.666/93, ainda, é a Lei geral de Licitações. (CHARLES/MARRY, 2014, p.30).

Percebe-se, então, que o RDC possui de um lado regras materialmente gerais, mas do ponto de vista da convivência com outras leis, este traz regras especiais em relação à LGL, Lei n. 8.666, que é o estatuto das licitações no Brasil.

1.4 NATUREZA JURÍDICA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Pelo exposto alhures, indaga-se: seria o RDC uma nova modalidade licitatória? Alguns autores, como Ronny Charles, Sidney Bittencourt, Benjamin Zymler e Egon Bockmann Moreira defendem que o RDC é na verdade uma nova modalidade licitatória. Não existe no RDC: pregão do RDC, não existe no RDC: concorrência do RDC ou tomada de preços do RDC, o RDC é em si uma nova modalidade de licitação. Convém ressaltar que é uma modalidade que muda, de certa forma, o paradigma em relação às modalidades tradicionais de licitações, porque o Regime Diferenciado de Contratações se mostra uma modalidade flexível. Neste sentido, se o pregão mudou o paradigma em relação à Lei n. 8.666/93, mostrando-se um procedimento simples para contratações simples, diferente da LGL que formava suas modalidades de acordo com o valor das contratações.

Neste sentido, é cediço que o pregão trouxe um raciocínio gerencial (trocando a comissão de licitação pelo pregoeiro, com um único momento recursal, colocando primeiro a disputa de preço e só havendo a habilitação do melhor classificado; mudando o paradigma em relação à Lei n. 8.666. E assim também fez o RDC, por ser uma modalidade flexível. No RDC o gestor pode mudar o procedimento e incluir ferramentas a esse procedimento licitatório de acordo com a pretensão contratual. Logo, no RDC se pode ter uma ordem de fases parecida com a concorrência, em que se tem primeiro a habilitação e depois a disputa de preços ou, se pode escolher no respectivo edital uma ordem de fases parecida com a o do pregão: em que se tem

primeiro disputa de preços e depois análise de habilitação daquele melhor classificado. Esta última ordem semelhante a do pregão, inclusive, é a preferencial no RDC.

Ver-se-á adiante, que no RDC podem existir diversos modos de disputa: aberta, fechada, mista. O RDC permite a inclusão de diversas ferramentas que podem ser utilizadas de acordo com a pretensão contratual.

Percebe-se, então, que o RDC traz ao gestor uma maior liberdade de montagem do procedimento licitatório. Percebendo que o gestor terá melhores condições de identificar qual é o procedimento adequado para que ele alcance a contratação mais eficiente.

Essa é a grande mudança de paradigma do RDC em relação às modalidades de licitação anteriores, pois se na Lei do Pregão e na Lei n. 8.666/93 - o regime licitatório traz um modelo hermético, fechado de como a licitação deve ser realizada, no RDC, o regime licitatório traz diversas opções para que o gestor opte pelo melhor modelo possível para alcançar a melhor contratação. (CHARLES/MARRY, 2014, p. 40).

Embora o RDC seja flexível, podendo inverter as fases, é importante ressaltar o seguinte: os gestores que usam o RDC precisam se qualificar mais, possuindo maior capacitação para que eles possam usar corretamente as ferramentas indicadas por esse novo regime.

1.5 OBJETIVOS, PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DO RDC

Os objetivos do RDC são traçados em seu art. 1º §1º:

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

§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

- II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III - incentivar a inovação tecnológica; e
- IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Pelo exposto, convém elucidar que não se trata de determinar as finalidades das licitações em geral, mas de esclarecer os fins buscados especificamente no âmbito do RDC. Sob determinado ângulo, a reforma das licitações e contratações administrativas, materializada por via do RDC, é um instrumento para a realização de certos objetivos do Estado Brasileiro.

Preleciona Marçal Justen Filho (2013, p. 38/39):

Existem certos fins buscados pelas licitações, qualquer que seja o regime a elas aplicável. O § 1º não se relaciona a isso e disciplina questão diversa. Trata-se de indicar o objetivo do RDC, envolvendo inovações em face da disciplina geral contida nas leis anteriores. Todos os regimes licitatórios, inclusive aqueles consagrados na Lei n. 8.666/1993, são orientados a ampliar a eficiência da atividade administrativa, promover a competitividade, assegurar a isonomia e conduzir à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Essas finalidades são inerentes à atividade administrativa. Nenhuma atuação administrativa será válida se colidir com essas finalidades. (...) As peculiaridades do RDC não residem, portanto, nas finalidades mediatas ou imediatas que norteiam as normas da lei n. 12.462. A distinção reside na concepção-meio consagrada para atingir tais resultados. O RDC é uma solução técnico-jurídica diferenciada para promover fins buscados em todo e qualquer procedimento de contratação administrativa. Extrai-se da disciplina legislativa que o Estado reputava que as soluções previstas nos diplomas até então vigentes eram inadequadas para atingir esses resultados imediatos.

Em outras palavras, a inovação contemplada no RDC reflete a intenção de obter resultados específicos e diferenciados, que não eram satisfatoriamente realizados na aplicação dos regimes licitatório anteriores.

Apesar da interligação entre esses objetivos elencados no art. 1º §1º, pode-se evidenciar três grupos de finalidades maiores do novo regime licitatório.

O primeiro objetivo a ser alcançado refere-se ao inciso I, que é a ampliação da eficiência administrativa e da competitividade entre os licitantes. Some-se que a junção

de “eficiência” e “competitividade” no mesmo dispositivo legal não ocorreu de forma casual.

Referido objetivo da eficiência deve ser entendido em comparação com o regime da Lei n. 8.666/1993, pois a acepção do verbo “ampliar” pressupõe algo anterior a ser objeto da ação verbal. Assim, quando se coloca como objetivo do novo regime a ampliação da eficiência nas contratações e da competitividade entre os licitantes, verifica-se a nítida intenção de aprimorar os procedimentos de contratação até então existentes. (ZYMLER, DIOS, 2014, p. 38).

Logo, deve-se entender que as soluções previstas, nos regimes licitatórios anteriores, não são as mais satisfatórias para assegurar a eficiência administrativa, o legislador consagrou um novo modelo licitatório visando promover a eficiência.

Marçal Justen Filho ensina com maestria que a eficiência pode ser considerada sob três manifestações distintas. A eficiência envolve a redução de custos, a redução de tempo e a ampliação de vantagens. (2013, p. 42).

O segundo objetivo do RDC, insculpido nos incisos II e III, estabelece que a Administração Pública deve atuar como indutor do desenvolvimento econômico social, no sentido de desenvolver e disseminar experiências e tecnologias, tanto no seio da própria Administração quanto no setor privado.

Sendo assim, a promoção de troca de experiências e tecnologias, perseguindo uma melhor relação entre custos e benefícios para a Administração, apesar de não se constituir num objetivo pioneiro em termos legislativos, pois a Lei n. 8.666 e a Lei 12.349 já autorizavam - traz de certa forma, inovação para o âmbito licitatório, porque não raras vezes, o agente público possui necessidades, mas não detém conhecimentos técnicos e tecnológicos suficientes para especificar o objeto-solução.

A inserção da busca tecnológica nos objetos a serem licitados através de RDC é bastante prometedora. Na prática, determina que, ao pensarem no objeto a ser definido para compra pela Administração, deverão os agentes responsáveis ter em mente que esse objetivo há de ser considerado nas especificações do mesmo. O objetivo atrai beneficentemente para no âmbito das compras públicas o estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação, conforme dispõe a chamada Lei de Inovação Tecnológica (lei n. 10.973/2004, regulamentada pelo Decreto n. 5.563/2005), que entre outros importantes fatores, estimula a criação de ambientes especializados e cooperativos de inovação (BITTENCOURT, 2015, p. 50).

Logo, os objetivos traçados para promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; e para incentivar a inovação tecnológica – envolvem a troca de experiências e tecnologias como meio para obter maior eficiência e qualidade nas contratações administrativas.

O RDC foi instituído com a perspectiva de que as dificuldades comuns aos diversos órgãos administrativos fossem combatidas em conjunto, com a transferência de informações.

Neste sentido, Marçal Justen Filho (2013, p.46):

Esse compartilhamento deve superar inclusive as limitações produzidas pela segregação contratual. É usual que em uma mesma entidade administrativa ignore a experiência obtida ao longo da execução de um determinado contrato. A determinação examinada estabelece uma concepção distinta, que impõe a cada órgão tomar em vista os efeitos e os resultados de cada contratação.

O processo de globalização econômica elevou o nível da competição entre as diversas economias e revelou que a única alternativa para assegurar a competitividade local reside no desenvolvimento e implementação de novas soluções tecnológicas.

Por último, mas não menos importante, se tem o terceiro objetivo do RDC, insculpido no inciso IV, que se refere ao tratamento isonômico. A garantia de tratamento isonômico

entre os licitantes, trata-se de princípio preconizado no art. 3º da Lei 8.666/1993⁶, que se funda no art. 37 da CF.

Como bem ilustram os doutrinadores Ronny Charles e Michelle Marry (2014, p 88):

A isonomia deve ser respeitada, tanto pelos órgãos executores da norma, quanto pelo próprio legislador. Ela não exige um tratamento igualitário absoluto e formal a todos, mas desigual, diante de situações desiguais, na medida dessas diferenças. O Supremo Tribunal Federal já proclamou que a lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir, a uma, tratamento diverso do que atribui a outra. Para que se possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A isonomia impõe, à Administração, assegurar, durante todo procedimento licitatório, que sejam asseguradas as mesmas condições aos licitantes participantes. Contudo, esse princípio pode sofrer mitigação, quando se passa a considerar a existência de situações que geram desigualdades legalmente autorizadas.

A seleção da proposta mais vantajosa, elencada no inciso IV do RDC, também, era objetivo expresso da Lei Geral de Licitações. Nesse ponto, convém elucidar que os conceitos de “proposta mais vantajosa” e “proposta de menor preço” não são sinônimos. Afirma-se isso, uma vez que a proposta de menor preço inicial pode apresentar diversos fatores que, no decorrer do contrato, acabam por fazê-la repleta de problemas para a Administração.

Vale a transcrição exemplificativa do caso em análise dos doutrinadores Cláudio Sarian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p. 41):

A proposta de menor preço global, em regra, só é mais vantajosa se os objetos entregues forem idênticos ou de proeminente semelhança. Em diversas situações pode não representar a melhor alternativa para a contratação. Em exemplo prático, imaginemos, para efeito de simplificação, que uma obra contenha apenas quatro serviços e a Administração receba propostas das empresas A e B. A empresa A tem todos os seus valores unitários compatíveis com o mercado e apresenta um preço final de R\$ 100 milhões; enquanto que a empresa B sugere preço global inferior R\$ 99 milhões, mas distorce os unitários.

⁶ 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).

A empresa A cobra os seguintes valores: fundação (R\$ 25 milhões), estrutura (R\$ 25 milhões), vedações (R\$ 25 milhões), acabamentos (R\$ 25 milhões). Já a empresa B cobra os seguintes valores: fundação (R\$ 35 milhões), estrutura (R\$ 35 milhões), vedações (R\$ 15 milhões), acabamentos (R\$ 14 milhões). Em análise apressada, a comissão de licitação declararia a empresa B vencedora do certame em face do menor preço global. Percebemos, porém, que ela cobraria na execução dos dois primeiros serviços o valor de R\$ 70 milhões, ou seja, R\$ 20 milhões a mais que a empresa A. Ao cobrar preços superiores nas etapas preliminares do empreendimento, mesmo com preço global inferior, abre-se espaço para potenciais malefícios à Administração no decorrer do contrato. É simples traduzir, com base no exemplo citado, a diferença de propostas de menor preço e mais vantajosa. A empresa B praticou o chamado “jogo de planilha”, artifício por meio do qual se reduz o preço final, mas se alteram alguns itens específicos para viabilizar lucros maiores; conseguir antecipação de pagamentos, receber valores elevados em aditivos dos serviços iniciais, buscar pedidos de reequilíbrio econômico no curso dos contratos; ou, até mesmo, abandonar a obra no meio do caminho.

O TCU tem, inclusive, entendimento firmado a respeito desse tipo de artifício utilizado por alguns licitantes, conforme Acórdão n. 1.650/2006. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. DOU, 15 set. 2006:

24. Em terceiro lugar, estão presentes na situação examinada pelo Acórdão 1.842/2003 todos os pressupostos usualmente considerados necessários por este Tribunal para se caracterizar a ocorrência do jogo de planilha: licitação processada sem a definição e o emprego de critérios efetivos de aceitabilidade de preços unitários; adjudicação pelo menor preço global; existência, no orçamento contratado, de serviços com sobrepreço e de outros com subpreço, que se compensam na análise da compatibilidade do preço global; alterações quantitativas posteriores, por meio de aditivos, em decorrência de deficiências ou insuficiências do projeto básico, que privilegiam serviços com sobrepreço em detrimento dos com subpreço. Todas essas circunstâncias estão evidenciadas nas diversas análises que foram feitas no decurso do processo.

25. Ademais, não é necessário se demonstrar a conduta dolosa do agente público ou do contratado beneficiado para se caracterizar a ocorrência do jogo de planilha. A responsabilidade civil decorre de condutas dolosas e culposas, *stricto sensu*, consoante o estabelecido pelos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. É dever do gestor público zelar para que as condições contratuais não se tornem prejudiciais ao erário. Havendo vontade deliberada ou não de beneficiar indevidamente o contratado, deve o gestor ser responsabilizado por seus atos, omissivos ou comissivos, dolosos ou culposos, que contrariem o interesse público e provoquem prejuízo ao erário. A contratada não pode beneficiar-se de ganhos exorbitantes e ilegítimos a custa do sacrifício de recursos públicos, devendo ser solidariamente responsabilizada, consoante estabelece o art. 16, § 2º, alínea b, da Lei Orgânica deste Tribunal.

Em suma, o objetivo de qualquer certame licitatório, seja ele circunscrito na Lei n. 8.666/93 ou delineado pelo Regime Diferenciado de contratações – é a busca da proposta mais vantajosa para o Poder Público e, não necessariamente, aquela que

apresente apenas o menor preço global. Todavia, cumpre salientar, que o RDC possui outros alcances, como já elucidados acima, como a busca pela eficiência da contratação e da competitividade entre os licitantes. De outro modo, o RDC preceitua a inovação tecnológica e a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para a administração pública. Por ser um procedimento flexível, o RDC permite maior liberdade e autonomia ao gestor para que ele desenhe o melhor caminho a seguir diante da pretensão contratual.

Por sua vez, os princípios estão relacionados no art. 3º da Lei do RDC, estes, na verdade, são similares aos elencados na Lei n. 8.666/93. Vejamos:

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.

Referido artigo parece ser inútil, haja vista de se mostrar mera repetição dos supracitados diplomas legais. Por essa razão, a presente monografia não fará uma abordagem aprofundada dos mesmos.

As diretrizes do RDC estão elencadas no art. 4º da Lei n. 12.462:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

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

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

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

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10;

(Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na

execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

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

VII - ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.173, de 2015)

Em suma, tendo em vista os objetivos do RDC, ampliação da eficiência e competitividade, melhoria da eficiência, incentivo da inovação tecnológica e tratamento isonômico – as diretrizes podem ser classificadas como a bússola para atendimento desses objetivos, de modo a obter a melhor proposta. (ALTOUNIAN/CAVALCANTE, 2014, p. 44).

1.6 OPCIONALIDADE DO RDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI N. 8.666/1993

Importante lembrar que mesmo diante desses objetos pormenorizados no capítulo abaixo, a utilização do RDC não é obrigatória e sim facultativa/opcional, conforme conceitua o art. 1º § 2º da Lei do RDC, mas optando-se pelo RDC, o gestor deve incluir essa opção no edital, o que conseqüentemente afasta as demais regras de licitação da Lei n. 8.666/93, excetuado aquelas admitidas pela Lei n. 12.462. Assim, ao contrário do que ocorre com o Pregão, a Lei n. 8.666 não terá aplicação subsidiária ao novo regime.

Preleciona o art. 1º, § 2º:

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

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

Evidentemente, o “legislador buscou evitar a combinação entre os modelos licitatórios dos diplomas, o que resultaria num hibridismo inaceitável” (BITTENCOURT, 2015, p. 52).

Em que pese os argumentos alhures, convém esclarecer que na interpretação do dispositivo, não se pode concluir que não existe a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações sobre o RDC, uma vez que nas eventuais lacunas do novo regime licitatório existe sim a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei n. 8. 666/93.

Complementa o raciocínio o ilustre Ministro do TCU Benjamin Zymler:

Entretanto, o art. 4º da lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Ou seja, na eventual constatação de lacuna jurídica quando da aplicação do Regime Diferenciado, não se pode descartar a aplicação da Lei n. 8.666/1993 de forma analógica. (ZYMLER/DIOS, 2014, p. 17).

Desta feita, o legislador almejou esclarecer que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas é um instrumento licitatório autônomo, por isso excluiu a aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações, salvo nos casos expressamente previstos no seu texto.

A Lei n. 12.462 expressamente destaca que a Lei 8.666/93 será útil nas seguintes situações, conforme elucida Cláudio Sarian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p. 53):

- a) Referência de limite de aditivos na contratação integrada quando houver 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 (art. 9º § 4º, II).
- b) Aplicação das regras de habilitação (art. 14).
- c) Definição de critérios de desempate entre duas ou mais propostas (art. 25, III).
- d) Hipóteses de dispensa e inexigibilidade de contratação (art. 35).
- e) Critérios de preferências de fornecedores ou tipos de bens, serviços e obras (art. 38, II).
- f) Regras aplicáveis aos contratos administrativos firmados (art. 39).
- g) Fixação de períodos de contratos para execução das obras previstas no plano plurianual (art. 42).
- h) Regras para anulação e revogação da licitação (art. 41 e 49).
- i) Prazo para recursos em caso de rescisão por ato unilateral da Administração (art. 45).
- j) Controle das despesas decorrentes dos contratos, realizado pelo Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do sistema de controle interno (art. 46).
- k) Aplicação de sanções (art. 47, § 2º).

CAPÍTULO II - OBJETO E ALCANCE DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Como já explicado anteriormente, o RDC foi criado, pensado nos megaeventos esportivos que o Brasil iria sediar, por meio de grandes contratações e grandes obras.

É por isso que se tem como objetos de contratações, por exemplo:

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

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

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

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

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

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

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 678, de 2015)

VII - ações no âmbito da Segurança Pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 678, de 2015)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Os incisos I a III eram os objetos iniciais para os quais o RDC foi criado. O que aconteceu é que como o RDC trazia diversas novidades e inovações em relação ao regime licitatório tradicional da Lei n. 8.666. Todavia, o início do regime diferenciado de contratações passou a atrair diversos órgãos e entes da Administração Pública. Isso fez com que esses órgãos começassem a pressionar o governo para a inclusão de suas pretensões contratuais entre os objetos passíveis de adoção pelo Regime Diferenciado de Contratações. Desta feita, isso fez com que esse regime diferenciado, criado especificamente pensando nas obras e serviços de engenharia voltados aos megaeventos esportivos, fossem cada vez mais ampliados para obras e serviços de engenharia na área da saúde (relativos ao SUS), obras e serviços de engenharia voltados para rede de ensino, diversas ações de infraestrutura como aquelas ações relacionadas ao PAC, bem como diversas outras pretensões contratuais de diversas entidades e órgãos da Administração Pública que passaram a incluir, através de medidas provisórias ou de novas leis, novos objetos passíveis de contratação pelo RDC.

Por isso, o RDC foi utilizado inicialmente para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014 e obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos anteriormente.

Hodiernamente, se tem diversas outras pretensões contratuais circunscritas pelo RDC como: as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, as ações no âmbito da segurança pública, as obras e serviços de engenharia, relacionadas a

melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística e as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

Neste sentido, Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios (2014, p. 19) ensinam:

As sete últimas aplicações, cabe destacar, não constaram da versão inicial do RDC, pois foram incluídas por leis posteriores em razão das vantagens verificadas nas aplicações iniciais no novo regime. Essas contínuas ampliações do escopo do RDC visam precipuamente à execução de obras de engenharia. Trata-se de uma opção em boa medida, os institutos da modalidade pregão, o qual não é aplicável a obras de engenharia, consoante o disposto no art. 1º da Lei n. 10.520/2002. Assim, preenchendo o vazio deixado pela norma do Pregão, direciona-se a aplicação do RDC para as hipóteses em que o novo regime pode fazer maior diferença. Sob essa ótica, em linhas simples, pode-se afirmar que uma das principais características do Regime Diferenciado de Contratação é permitir a aplicação de diversos procedimentos instituídos pela Lei n. 10.520/2002 à contratação de obras de engenharia.

Percebe-se, assim, a grande expansão das pretensões contratuais passíveis de aplicação do RDC.

Houve, entretanto, uma tentativa, da senadora Gleisi Hoffmann de incluir uma nova hipótese de aplicação do RDC, qual seja: em qualquer licitação, isto é, em qualquer aquisição, em qualquer contratação de serviços ou obra de engenharia; o que por sua vez, tornaria mais clara a condição do RDC como uma nova modalidade licitatória, que poderia ser aplicada em qualquer pretensão contratual. Todavia a tentativa da senadora não foi aprovada pelo Congresso Nacional.

Aqui cabe uma atenção, a Lei 13.190/2015, que incluiu alguns dispositivos, foi na verdade uma conversão de uma medida provisória e esta, por sua vez, previa a adoção do regime diferenciado de contratações para:

- VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)
- VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

Pelo exposto alhures, constata-se a tentativa no parlamento do famoso e supracitado “contrabando legislativo”, incluindo, desta maneira, como hipóteses de aplicação do RDC as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, as ações no âmbito da segurança pública; as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; os contratos a que se refere o art. 47-A (locação *built to suit*⁷).

O que acontece é que essas duas hipóteses, quais sejam: obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística e contratos a que se refere o art. 47-A (locação *built to suit*), incluídas através de “contrabando legislativo”, tiveram sua aplicação suspensa pelo STF em uma liminar concedida pelo ministro Barroso, que não admitiu o contrabando legislativo, suspendendo a eficácia desses dispositivos.

Neste sentido, o mandado de segurança n. 33.889/STF:

STF – MS 33889 MC/DF (...) o art. 1º do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015 fez novos acréscimos ao art. 1º da Lei nº 12.462/2011, para autorizar o RDC também em “obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística” (inciso VIII); e nos “contratos a que se refere o art. 47-A” (inciso IX), sendo este art. 47-A incluído pelo próprio projeto, que dispõe sobre a locação de bens móveis e imóveis pela Administração. O projeto também inclui na Lei nº 12.462/2011 preceitos para permitir a utilização do RDC em “contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia” (art. 1º, § 3º); dispor sobre o valor estimado da contratação em licitações de obras e serviços de engenharia cujo “anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado” (art. 9º, § 5º); além da utilização de arbitragem e mediação para contratos regidos pelo RDC (art. 44 -A). (...) Diante do exposto, defiro o pedido liminar alternativo, ad referendum do Plenário (RI/STF, art. 21, V), para suspender o trâmite do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015, exceto naquilo

⁷ Trata-se da locação sob medida, em que se realiza um contrato de locação, em que não há ainda o imóvel, o imóvel será construído para posterior locação, algo muito utilizado no mercado privado, que já é admitido na Administração Pública, independente, inclusive, dessa previsão legal.

que corresponde ao acréscimo dos incisos VI e VII ao art. 1º da Lei nº 12.462/2012. Caso sancionado o projeto em pontos diversos daqueles excepcionados acima, fica a eficácia de tais dispositivos suspensa até posterior deliberação.

Nesse caso, inicialmente a liminar foi para suspender o trâmite do projeto de lei, só que como este já havia sido aprovado e sancionado, a liminar suspendeu a eficácia desses dispositivos, que incluíram hipóteses não previstas inicialmente na medida provisória.

No que tange aos incisos I a III, referentes aos eventos megaesportivos, traziam para o RDC uma característica importante, uma vez que o regime diferenciado de contratações em relação aos eventos megaesportivos era transitório, porque uma vez ultrapassado esses megaeventos esportivos não se teria mais a aplicação do RDC.

Além dessa limitação subjetiva, o próprio objeto da lei não deixa também de explicitar uma limitação temporal para a aplicação do novo regime nessas situações, pois salvo a vigência residual de alguma avença, não haveria que se falar na aplicação da nova lei depois de realizados os jogos olímpicos de 2016. (ZYMLER/DIOS, 2014, p. 20).

Todavia, com a ampliação dos novos objetos passíveis do RDC, este deixou de ser transitório, porque existem objetos que são atemporais, a exemplo do das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, das obras e serviços de engenharia no âmbito da rede de ensino, as ações no âmbito da segurança pública e das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

Logo, com essas novas pretensões contratuais, o RDC perdeu o seu caráter transitório. Isso é interessante, que antes das novas inclusões de objetos passíveis de RDC, a jurisprudência⁸ do Tribunal de Contas União dizia que aqueles empreendimentos que durariam muitos anos para serem concluídos, a aplicação do RDC deveria se ocorrer

⁸ Mediante Acórdão n. 1.036/2012 - Plenário, o TCU ressaltou a necessidade de ser observado o âmbito de aplicação da Lei 12.462/2011: 9.1. alertar o Ministério do Esporte, O Ministério das Cidades, a Infraero, a Secretaria dos Portos, o Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014 (GEOCOPA) e co Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 (CGCOPA) que a utilização do Regime Diferenciado de Contratações Pública (RDC) envolve, como pré-requisito, *a necessidade de as ações objeto do certame estarem concluídas anteriormente à Copa do Mundo de 2014*, tal qual expressamente previsto no art. 1º da Lei n. 12.462/2011 (...) (grifos nossos).

apenas durante esse período em relação aos megaeventos esportivos. Logo, essa jurisprudência perde o sentido, pois o caráter de transitoriedade do RDC foi findando diante das novas pretensões contratuais incluídas.

CAPÍTULO III - ANÁLISE PANORÂMICA DAS REGRAS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES DO RDC

Faz-se necessário fazer uma abordagem panorâmica sobre todos os principais pontos⁹ do RDC, para que se perceba a sua característica primordial, qual seja modalidade licitatória flexível. Repita-se, essa é a grande característica do RDC, que é possuir em seu corpo um procedimento que permite alteração de acordo com a pretensão contratual, possibilitando ou não a inclusão de algumas ferramentas pelo gestor público.

3.1. ORÇAMENTO SIGILOSO

Antes de qualquer coisa, cumpre sobrelevar que se verá, adiante, o orçamento sigiloso de forma mais detalhada, posto ser uma ferramenta polêmica trazida pelo regime diferenciado de contratações, e que, portanto, será explanado em capítulo próprio.

O sigilo de orçamento estimado, insculpido pelo art. 6º¹⁰ da Lei nº 12.462/11 é um dos temas mais controvertidos do RDC. Este, por sua vez é a possibilidade que a Administração Pública, enquanto contratante, que é obrigada a fazer sua estimativa de custo antes da licitação, possa omitir referida estimativa de preços do certame licitatório. Porque, normalmente, no regime licitatório normal acontece o seguinte: a

⁹ Divisão dos pontos principais do RDC, feita pelo professor Ronny Charles, no curso telepresencial: "Entendendo as licitações" - CERS.

¹⁰ Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

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

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

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

Administração Pública informa qual é o máximo que ela aceita pagar para determinado bem ou serviço; então, diante desse valor de referência, todos os licitantes já vão para a licitação sabendo o preço máximo que a Administração Pública admite pagar por aquela obra, por aquele serviço de engenharia ou para a aquisição de um bem específico.

Desta maneira, a informação da estimativa de custo, que sempre a Administração coloca no edital, segundo a Lei n. 8.666, pode ser omitida através do orçamento sigiloso; esperando, assim, que o próprio mercado desenvolva o seu efetivo preço, sem usar como referência a estimativa de custo do Poder Público.

Convém ressaltar, que o orçamento sigiloso não se trata de uma “novidade” trazida pelo RDC, uma vez que já existia orçamento sigiloso em outros regimes específicos aqui no Brasil e no mundo.

É importante perceber que essa característica de modalidade flexível do RDC, permite que o orçamento seja sigiloso, ou seja, escondido; todavia se o gestor público entender que seja interessante publicizar o orçamento, realizando, desta maneira, o orçamento aberto, ele assim pode fazer, através do edital, como ocorre no regime tradicional de licitações.

3.2 INOVAÇÕES PARA AQUISIÇÃO

Mais uma regra aplicável às licitações do RDC são as inovações para aquisição. Sendo assim, a Lei do RDC fala em indicação de marca, exigência de amostra, certificação de qualidade e carta de solidariedade. Vejamos cada uma delas abaixo.

3.2.1 Indicação de marca

A indicação de marca e exigência de amostras já eram utilizadas no regime tradicional de licitações. A única diferença é que na Lei do RDC essas possibilidades de indicação de marcas e amostras são mais claras.

Desta maneira, em relação à indicação de marca não houve alteração significativa em relação à Lei n. 8.666/93. Posto que esse diploma legal já previa em seu art. 7º, § 5º a possibilidade de indicação de marca, desde que tecnicamente justificável. Dispõe o diploma em comento: “É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.”

Logo, concluiu-se que é possível a indicação de marca, desde que tecnicamente justificável. Inclusive, há diversos entendimentos do TCU sobre a regularidade dessa indicação de marca, em especial quando se tratava de padronização.

38. Em diversas oportunidades, o TCU tem se manifestado no sentido de que, para fins de padronização, pode haver a indicação de marca desde que haja justificativa fundamentada em razões de ordem técnica (Decisão n. 446 - Plenário, Ata n. 40/1995; Acórdão n. 300/1998 - Primeira Câmara, Ata n. 23/1998; e Decisão n. 664/2001 - Plenário, Ata n. 35/2001, Decisão n. 516/2002 - Plenário).

Como explanado acima, a única diferença de raciocínio entre a indicação de marcas regida pela lei geral de licitações e o RDC é que este último especificou os casos em que a marca poderia ser indicada, ao invés de deixar as hipóteses em aberto, como assim fez a Lei n. 8.666/93.

Desta feita, preceitua o art. 7º da Lei n. 12.462:

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 à 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”;

No RDC existe a possibilidade de indicação de marcas para resguardar a padronização, ou quando apenas aquela marca atende a necessidade da Administração ou então se pode indicar uma marca como referência de qualidade, colocando no edital aquela marca como referência, em que o licitante pode apresentar outras marcas desde que tenham referência de qualidade igual ou superior à marca indicada.

Marçal Justen Filho (2013, p. 131) ensina:

Um dos postulados fundamentais da disciplina das contratações públicas reside na vedação à preferência por marca ou modelo. Isso significa que o critério de seleção para a contratação administrativa envolve atributos técnicos e econômicos dos objetos.

(...)

Admite-se, bem por isso, a seleção fundada em critérios lógicos, econômicos, técnico-científicos, que se traduza na indicação de marca ou de um modelo como o mais satisfatório para atender às necessidades administrativas. Um exemplo permite compreender a questão. Imagine-se a compra de veículo automotor destinado a trafegar em regiões rurais e de relevo íngreme. Em tais hipóteses, justifica-se restrição do objeto licitado a veículos com tração nas quatro rodas. Então, o modelo a ser ofertado pelos licitantes será aquele 4 x 4. Em muitos casos, o único objeto apto a satisfazer a necessidade da entidade administrativa [e aquele fornecido por certo fabricante, comercializado por uma pluralidade de fornecedores. O ponto fundamental reside em que a marca é irrelevante no processo de seleção, o qual se alicerça nos atributos do objeto designado pela referida marca. Basicamente, as três alíneas do inciso I do art. 7º indicam as hipóteses em que a escolha administrativa se fundamenta em razões objetivas, aludindo-se a marca ou modelo como uma decorrência de uma solução produzida pela razão, pela experiência ou por outros fatores objetivos.

Em suma, a indicação de marca já era realizada na LGL, mas essa regra, que foi construída pela jurisprudência, está melhor definida no RDC.

3.2.2 Exigência de amostra

A exigência de amostra é uma questão que adquiriu relevância especialmente em virtude da difusão do uso do pregão. É oportuno registrar, que anteriormente à edição da Lei do RDC, a exigência de amostra era uma matéria não referida legislativamente.

O RDC expressamente admite a amostra, mas deixa claro, de acordo com a construção feita pela jurisprudência – especialmente, a jurisprudência do TCU, que esta só pode ser cobrada do licitante classificado em primeiro lugar. Aduz o referido *Parquet* de Contas, também, que o edital tem que prever a forma de exigência dessa amostra, bem como os critérios objetivos para aprovação ou reprovação desta. Além do que se deve demonstrar a necessidade de que a avaliação dessa amostra seja feita de forma pública.

Essas regras foram, na verdade, aperfeiçoadas pela nossa jurisprudência, e foram consolidadas na Lei n. 12.462, mais especificamente no seu art. 7º, II:

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

II - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação;

Pelo exposto, percebe-se que a Lei do RDC previu expressamente a possibilidade de exigência de amostra para aquisição de bens, excluindo a possibilidade da solicitação para execução de obras ou serviços.

Assim, segundo a Lei n. 12.462/2011, nas licitações que adotem o RDC, a amostra poderá ser exigida em dois momentos: na pré-qualificação, caso seja implantada, ou na fase de julgamento das propostas ou lances.

3.2.3 Certificação de qualidade e carta de solidariedade

As grandes novidades em relação ao regime tradicional de licitações são a certificação de qualidade e a carta de solidariedade, porque estas não podem ser exigidas na Lei n. 8.666 como requisitos de habilitação, elas até podem ser usadas para uma pontuação técnica na licitação de técnica e preço, por exemplo, mas não podem ser usadas como regra para aceitação de uma proposta.

Já na lei do RDC elas podem ser estabelecidas como regra para aceitação de uma proposta, pode ser exigido que determinado produto tenha sim certificação de qualidade, pode ser exigido que o licitante apresente carta de solidariedade com o fabricante daquele bem ou produto para que possa participar da licitação.

Desta feita, a possibilidade de exigência de certificações de qualificação no edital é tema sempre aventado em qualquer discussão sobre licitações, notadamente pelo pessoal da Administração que elabora instrumentos licitatórios envolvendo Tecnologia da Informação (TI). É certo que, no âmbito privado, tais exigências são comuns, principalmente nas contratações das grandes empresas. No entanto, embora bastante difundidas, principalmente a série ISSO, ainda não é significativo o número de empresa que as possuem. Além disso, é cediço que não circunscrevem exigência legal para que a empresa funcione e exerça normalmente suas atividades. (BITTENCOURT, 2015, p. 116).

Dessa feita, prepondera nos debates o entendimento de que não há como se exigir que um estabelecimento possua certificação para que seja habilitado numa licitação. Convém alertar, entretanto, que a certificação poderá fazer parte do elenco de documentos para aferição técnica, nas licitações de técnica de preço ou de melhor técnica.

Neste sentido, o Acórdão n. 596/2007 – Plenário do TCU:

9. Em acréscimo, transcrevemos trecho do Parecer do Ministério Público junto ao Tribunal que fundamentou a retro mencionada Decisão n. 20/1998 - Plenário: Entretanto, considerando que a qualidade do processo de fabricação reflete-se diretamente na qualidade do produto, entendemos que o fato de a Empresa possuir o Certificado ISO da série 9000 possa ser objeto de pontuação no julgamento das propostas técnicas, nos termos do inciso I do art. 3º do Decreto n. 1.070/1994. O peso dado à apresentação do certificado, contudo, não poderá ser exagerado, distorcido, a ponto de, na prática, transformá-lo em critério de desclassificação.'

30. Tal certificado, da mesma forma que a carta de solidariedade, não é previsto no Regulamento de Licitações da Apex e tem o condão de afastar do processo competitivo aquelas empresas que não o detêm.

31. Verificamos, então, que a jurisprudência do Tribunal admite a exigência de carta de solidariedade e de certificação da série ISO 9000, desde que eles figurem no edital como critério de pontuação.

Ocorre que o art. 7º, III da Lei do RDC previu expressamente:

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

III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada; e

V Já no que tange a carta de solidariedade, há previsão expressa dessa possibilidade pelo RDC no art. 7º, IV da Lei n. 12.462:

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

IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

A carta de solidariedade tem sido rechaçada pela doutrina, em face do entendimento de que a sua solicitação frustra o caráter competitivo do certame, não se afigurando lícita a exigência de nenhum outro documento senão aqueles previstos nos arts. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93.

Todavia, a carta de solidariedade é cabível, uma vez listada na lei do RDC, quando justificadamente comprovada a sua imprescindibilidade.

3.3 CONTRATAÇÃO INTEGRADA

A contratação integrada é mais regra aplicada às licitações por RDC, que será analisada pormenorizadamente mais adiante.

Sendo, assim, é oportuno registrar que se trata de um regime de execução do contrato previsto na Lei n. 12.462. Veja-se que a Lei do RDC prevê todos os regimes licitatórios da Lei n. 8.666. Então, se tem a empreitada integral, empreitada por preço global, empreitada por preço unitário e até a tarefa. No RDC se tem todos estes regimes de execução citados anteriormente, todavia a nova modalidade licitatória acrescentou um novo regime: a contratação integrada, que permite que o órgão licitante realize a licitação sem projeto básico.

É bom lembrar que na lógica da Lei n. 8.666 não se pode realizar a licitação de uma obra ou serviço de engenharia sem ter antes o projeto básico. Já com a contratação integrada se pode realizar a licitação sem ter o projeto básico. Isso, por sua vez, não significa que não vai ocorrer o planejamento, pelo contrário, este existirá, mas vai ocorrer através de outro instrumento, que é o chamado anteprojeto de engenharia, uma vez que o projeto básico será confeccionado pelo licitante vencedor, que será responsável não somente pela execução da obra ou serviço de engenharia, mas também pela confecção do projeto básico e do projeto executivo.

3.4 REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

Mais uma nova regra aplicável às licitações do RDC, é a chamada Remuneração Variável, que é a possibilidade que o edital tenha uma previsão de aplicação de um *plus*

remuneratório para aquele contratado que vencer a licitação e, que atenda a determinadas exigências de eficiência na execução do contrato.

Sendo assim, dispõe o art. 10 da Lei n. 12.462, *in verbis*:

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.

Nessa espécie de contratação, a definição do objeto considerará um parâmetro mínimo estipulado pela Administração, o qual servirá de referência para o orçamento fixado pela administração e as propostas dos licitantes. Ou seja, vencerá a licitação aquele que apresentar a melhor proposta para esse objeto de acordo com esses parâmetros mínimos. Entretanto, caso a contratada supere esse parâmetro mínimo, ela terá direito a um adicional em sua remuneração de acordo com as regras editalícias. (ZYMLER/DIOS, 2014, p. 196).

Um exemplo bem ilustrativo disso: imagine-se que um gestor público fez um planejamento para a construção de um novo e grande hospital regional e, no seu projeto básico, ele percebeu que o tempo médio para construção da obra (entrega do hospital) seria de 2 anos. Esse prazo seria compatível com a estrutura operacional de diversas empresas do ramo. Assim, seria esperada uma ampla competição no certame. Entretanto, existe interesse do Poder Público que a construção do hospital ocorra em menor prazo, por exemplo, 1 ano e meio. Todavia, esse prazo mais enxuto não seria compatível com a estrutura de muitas empresas do ramo, de forma que caso a licitação ocorresse com esse prazo reduzido, afetaria a competição, ocasionando, conseqüentemente, preços menos vantajosos para a Administração Pública.

Desta maneira, o RDC prevê a possibilidade da remuneração variável com prazo previsto de 2 anos, justamente buscando a obtenção da proposta mais vantajosa, não descartando a previsão da obra para 1 ano e meio, caso o licitante vencedor assim o

faça, aumentando sua remuneração. Assim, aquele que vencer a licitação, caso entregue, no exemplo dado, o hospital em prazo inferior ao exigido no projeto básico (2 anos), poderá ter um *plus* remuneratório de 3% (valor hipotético) a cada mês de antecedência na entrega dessa obra. Esse *plus* é válido porque ao invés do licitante vencedor demorar, por exemplo, 3 anos para entregar esse hospital, caso ele entregasse esse hospital em 1 ano e meio, se teria então 6 meses de antecedência da entrega desse hospital, atendendo a necessidade da população carente que precisa do serviço de saúde.

Imprescindível, em qualquer hipótese, a elaboração de anteprojetos, termos de referência ou projetos básicos/executivo adequados, de modo que os parâmetros de eficiência observem a prática efetiva do mercado. Caso contrário, poder-se-ia desvirtuar o instituto em razão de falsos sinais de eficiência, pois parâmetros por demais elásticos provocariam dispêndios adicionais para a Administração. (ZYMLER/DIOS, 2014, p. 196).

Convém ressaltar que não existe a possibilidade de remuneração variável na Lei n. 8.666, nesta, em tese, a entrega antecipada exige desconto para a Administração Pública, porque a Lei n. 8.666 foi cunhada de um período muito próximo do caos inflacionário que o Brasil vivia, fim da década de 80 e início da década de 90. Assim, o desempenho do contratado até a aprovação do RDC sempre foi visto sob a ótica do cumprimento do mínimo esperado. Todavia, no RDC se o licitante entregar antes do prazo previsto no projeto básico e existir a previsão da remuneração variável pela entrega antecipada, ele pode receber um *plus* remuneratório. (CHARLES/MARRY, 2014, p. 198).

Com efeito, o modelo mental da contratação pública registrava a necessidade da observância das especificações estabelecidas no edital, caso contrário, a legislação previa as sanções a serem aplicadas. Mas se o contratado tivesse condições de superar as exigências postas no edital? Dizia o modelo antigo: “Não fez mais que a sua obrigação!”. Nesse contexto, qual seria a motivação do contratado em superar o esperado? É com essa mudança de paradigma, típica da iniciativa privada, que se espera alteração do comportamento do contratado na busca de superar as metas e especificações superadas. Duas foram as novidades nessa diretriz: a remuneração variável e o contrato de eficiência. É o

jogo do “ganha-ganha”, no qual a Administração concorda em ceder ao contratado parte dos benefícios auferidos por conta de sua atuação. (ALTOUNIAN/CAVALCANTE, 2014, p. 203).

Percebe-se que se tem aqui um incentivo àquela empresa/fornecedor/empreiteira que tem maiores condições técnicas, maiores eficiências na execução do contrato, para que tenham ganho de competitividade, uma vez que o licitante vencedor pode reduzir mais seu preço, sabendo que consegue entregar antes a obra, e com isso terá um *plus* remuneratório.

Isso pode ocorrer, também, não apenas com a entrega antecipada, mas pela eficiência energética conseguida pela obra, por maior sustentabilidade ambiental daquela obra, por exemplo.

Todavia, existem duas condições para que se tenha remuneração variável, primeiro, o requisito para pagamento da remuneração variável é que esta deve estar expressamente prevista no edital, esse critério não pode ser uma surpresa. E o segundo requisito é o seguinte: esse *plus* remuneratório sempre terá que respeitar o teto do Poder Público, ou seja, a sua estimativa de custo, que sempre será o valor máximo a ser utilizado. De forma que mesmo que o licitante antecipe por um prazo muito grande, se o valor contratado já estava próximo ao teto da estimativa de custo, não será possível pagar qualquer *plus* remuneratório além dessa estimativa.

3.5 CONTRATAÇÕES SIMULTÂNEAS

Outra novidade do RDC são as chamadas contratações simultâneas. O RDC permite que em uma licitação não se tenha apenas um vencedor, mas dois/três/quatro/cinco vencedores, contratados.

A grande doutrina ensina:

Veja-se que não se trata aqui do simples parcelamento do objeto, quando se passa a ter dois objetos distintos, embora semelhantes. A contratação simultânea pressupõe a integridade do objeto original e sua execução por mais de um contratado. O objeto da contratação está restrito à prestação de serviços, exceto aqueles de engenharia. (ALTOUNIAN/CAVALCANTE, 2014, p. 199).

Assim, dispõe o art. 11 da Lei n. 12.462:

Art. 11. A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; **ou**

II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput deste artigo, a administração pública deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada uma das contratadas.

§ 2º O disposto no caput deste artigo **não se aplica aos serviços de engenharia**. (grifos nossos).

Pela leitura do dispositivo legal alhures, percebeu-se que a contratação simultânea está restrita a prestação de serviços, exceto os serviços de engenharia, conforme § 2º do art. 11 da Lei do RDC. O Decreto n. 7.581/2011, em seu art. 71, parágrafo único, ampliou essa vedação também para obras públicas.

Art. 71. A administração pública poderá, mediante justificativa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; **e**¹¹

II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

Parágrafo único. A contratação simultânea **não se aplica às obras ou serviços de engenharia**. (grifos nossos).

Se a contratação simultânea, pelos dispositivos supra, não pode ser usada para serviços de engenharia e obras, onde ela poderá ser utilizada? Trata-se de uma opção do gestor, que pode adotar a contratação simultânea ou não. Em algumas situações essa contratação simultânea parece uma ferramenta muito interessante, como, por exemplo, na contratação de passagens aéreas e nas contratações de telefonia. Se pode, então, usar a contratação simultânea para esses serviços, possuindo, dessa

¹¹ Interessante destacar que o referido decreto regulamentador substituiu a conjunção alternativa “ou” do texto da lei pela conjunção aditiva “e”, ou seja, acabou por exigir que as duas condicionantes para adoção da contratação simultânea estejam presentes de forma concomitantemente.

maneira, vários fornecedores contratados. Por exemplo, o gestor irá analisar das empresas contratadas, quais as que apresentam o menor preço para aquele percurso naquele dia, em se tratando de passagem aérea, sem excluir as demais.

A contratação simultânea parece um pouco com o credenciamento, mas guarda suas devidas diferenças, pois o credenciamento é aberto e qualquer um que cumpra as exigências de habilitação pode ser credenciado; já na contratação simultânea, o edital pode restringir o número de futuros contratados, tendo o procedimento licitatório para se tenha, não apenas um, mas dois, três, quatro ou mais contratados, de acordo com a melhor opção para atender o interesse público.

3.6 DAS FASES

O RDC estabeleceu, no art. 12, a seguinte sequência para as fases do procedimento licitatório.

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

- I - preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - apresentação de propostas ou lances;
- IV - julgamento;
- V - habilitação;
- VI - recurso; e
- VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

Pela leitura do dispositivo supra, nota-se que a sequência sugerida pela Lei do RDC é idêntica à do pregão. Ou seja, a fase de apresentação das propostas ou lances, com o devido julgamento, precede a fase de habilitação. E está é a regra, mas o edital pode prever a inversão de fases¹², como ocorre na concorrência, em que se tem primeiro a

¹² Vale notar que a expressão “inversão de fases” era utilizada antes do RDC para explicar o procedimento adotado no pregão, previsto na Lei n. 10.520/2002, em comparação com a Lei n.

análise da habilitação de todos licitantes e só depois a disputa de preços, conforme dispõe o parágrafo único do dispositivo legal supracitado.

Claudio Sarian e Rafael Jardim complementam sobre as fases da licitação do RDC serem semelhantes às do pregão (2014, p. 117):

Talvez a medida tenha sido o principal fator para a redução dos prazos médios de licitação com o RDC em relação à Lei n. 8.666/1993, por vários motivos:

- a) a comissão não precisa analisar a habilitação de todos os licitantes em primeiro estágio, o que demanda tempo elevado;
- b) significativa redução de recursos das empresas, pois aquelas com pior classificação desistem de recursos. No processamento com base na Lei n. 8.666/1993 era comum, por exemplo, um licitante que teria sua proposta de preço classificada na 13ª posição, sem saber disso na fase de habilitação, recorrer contra outro licitante que estaria na 17ª.
- c) Viabilidade de implantação de fase recursal única, em vez de uma fase para recurso de habilitação e a outra para recurso das propostas, o que acarreta significativa redução no tempo do processamento.

Pelo exposto, mediante a pretensão contratual almejada pela Administração Pública, o gestor pode ou não inverter as fases de licitação do RDC. Por isso, mais uma vez, repita-se: o RDC é um procedimento bastante flexível.

Por último e não menos importante, deve-se salientar que é possível existir RDC na forma eletrônica ou presencial, sendo que a preferência é o RDC eletrônico, mas se houver justificativa poder-se-á adotar o RDC na forma presencial. Conforme dispões o art. 13 da Lei n. 12.462 e art. 13 do Decreto regulamentador n. 7581/2011:

Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial.

Parágrafo único. Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a administração pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica.

§ 1º Nos procedimentos sob a forma eletrônica, a administração pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

§ 2º As licitações sob a forma eletrônica poderão ser processadas por meio do sistema eletrônico utilizado para a modalidade pregão, de que trata o Decreto no 5.450, de 31 de maio de 2005.

8.666/1993; ou seja, realizar a análise das propostas antes da habilitação. No RDC, a referida expressão é utilizada em sentido contrário, isto é, a possibilidade de antecipar a fase de habilitação à análise das propostas.

3.7 DA PUBLICIDADE

A publicidade do RDC está definida no seu art. 15:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

§ 1º A publicidade a que se refere o caput deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

§ 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 3º No caso de parcelamento do objeto, deverá ser considerado, para fins da aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o valor total da contratação.

§ 4º As eventuais modificações no instrumento convocatório serão divulgadas nos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.

Em relação à publicidade, o RDC adota o regime previsto na Lei n. 8.666, com diversos prazos mínimos entre a publicação do edital e a realização da sessão. A publicação ainda é necessária no diário oficial da União, mas cabe aqui uma observação interessante sobre o regime diferenciado de contratações: nas licitações até 80 mil e

150 mil no caso de obras não se precisa publicar no diário oficial, bastando a publicação na internet. Na Lei n. 8.666 também não se precisava publicar no diário oficial, pois seriam licitações, que em tese, adotariam a modalidade convite. Aqui no RDC não existe modalidade convite, mas também não se precisa publicar no diário oficial da união, bastando a publicação na internet, que na prática é uma publicação muito mais eficiente do que a publicação no diário oficial da união.

3.8 MODOS DE DISPUTA

Modo de disputa foi a expressão utilizada pelo legislador para definir a maneira pela qual os licitantes irão apresentar as suas propostas. Os modos de disputa do RDC foram disciplinados nos seus art. 16 e 17:

Art. 16 Nas licitações, poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento.

Art. 17. O regulamento disporá sobre as regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances, observado o seguinte:

I - no modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado;

II - no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas; e

III - nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à administração pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor.

§ 1º Poderão ser admitidos, nas condições estabelecidas em regulamento:

I - a apresentação de lances intermediários, durante a disputa aberta; e

II - o reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente.

§ 2º Consideram-se intermediários os lances:

I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta; ou

II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado.

O Decreto n. 7581 autoriza no seu art. 18:

Art. 18. No modo de disputa 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.

Parágrafo único. O instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta. (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

No modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas.

O art. 22 do Decreto 7581/2011 diz:

Art. 22. No modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para sua divulgação.

Parágrafo único. No caso de licitação presencial, as propostas deverão ser apresentadas em envelopes lacrados, abertos em sessão pública e ordenadas conforme critério de vantajosidade.

O RDC possui, desta maneira, modos de disputa variados, podendo ser aberto como o pregão eletrônico, em que o licitante vai reduzindo sua proposta através de lances; podendo ser modo de disputa fechado parecido com o da concorrência, em que o licitante tem apenas uma única proposta a apresentar; pode-se ter um modo combinado: aberto/fechado, em que os licitantes começam com lances reduzidos, findando o prazo para a apresentação dos lances, os melhores lances tem a oportunidade de dar lances na proposta fechada; ou modo de disputa fechado/aberto, em que se tem apresentação de propostas fechadas, apresentadas estas, as melhores propostas com melhor classificação podem ir para o momento de lances, para a redução das propostas - algo muito parecido com o que existe no pregão presencial.

Qual a opção de modo de disputa a ser adotado? O gestor irá decidir de acordo com a pretensão contratual, qual a modelagem que ele quer de melhor para a sua licitação.

Logo, como o RDC permite essas alternativas, o importante é que a escolha seja feita em função das vantagens e desvantagens em cada caso concreto, acompanhada sempre do dever de motivar o ato.

3.9 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

O RDC promoveu um ajuste na nomenclatura usada na Lei n. 8.666/93 passando a denominar “critérios de julgamento” aquilo que era chamado de “tipos de licitação”. Neste sentido, dispõe o art. 18 da Lei n. 12.462:

Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

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.

§ 1º O critério de julgamento será identificado no instrumento convocatório, observado o disposto nesta Lei.

§ 2º O julgamento das propostas será efetivado pelo emprego de parâmetros objetivos definidos no instrumento convocatório.

§ 3º Não serão consideradas vantagens não previstas no instrumento convocatório, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido.

Claudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (2014, p. 130) ensinam:

A importância da definição desses critérios está no princípio do julgamento objetivo. É fundamental que a Administração avalie a melhor forma de conduzir a apreciação das propostas em função do objeto a ser licitado, visto ter que registrar no instrumento convocatório os procedimentos que serão utilizados pela comissão de licitação para identificar a proposta mais vantajosa. Em algumas situações, o preço será o principal critério, em outras, haverá uma ponderação do preço com a técnica demonstrada pela empresa para executar o objeto; ou ainda será possível a estipulação prévia do valor a ser pago. Em verdade, esse maior rol de alternativas visa a que, na utilização de seu poder discricionário - e de forma motivada -, de acordo com cada concreto, o gestor defina o que venha a ser melhor proposta. Essa definição pode ser mais abrangente que a dualidade “técnica e preço”, podendo ser utilizados outros parâmetros, sempre mensuráveis, para garantir o objetivo fundamental da licitação, que é a obtenção da melhor proposta. Fato é que essa “melhor proposta ganhou olhares mais abrangentes com a edição do RDC.

Logo, os critérios de julgamento antevistos no RDC são os mesmos previstos na Lei n. 8.666: menor preço, menor preço e maior desconto, técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico (que lembra muito o concurso da LGL).

Todavia, existe um critério de julgamento novo, qual seja maior retorno econômico, este critério de julgamento é usado para os chamados contratos de eficiência, em que a administração pública licita a transferência de uma atividade para um contratado para que ele reduza a sua despesa corrente.

A Administração Pública, então, irá perceber que ela tem uma determinada despesa corrente com aquela atividade e irá licitar para que o particular dê solução para diminuir essa despesa corrente. Logo, a proposta do licitante será uma proposta de redução, para que com esta redução ele receba o valor a título de remuneração. Imagine-se: gasto com energia elétrica, a administração pública tem um custo de consumo de 10 milhões ao ano naquele hospital, diante disso ela vai licitar um contrato de eficiência e o licitante vai apresentar uma proposta dizendo que consegue reduzir esses 10 milhões em 20%, ou seja, o licitante consegue reduzir em 2 milhões, mas para reduzir em 2 milhões, o licitante diz que quer receber em remuneração 500 mil, logo o retorno financeiro para a administração seria de 1 milhão e meio. Pode vir outro licitante e afirmar que reduz o referido contrato em 30%, mas ele quer receber como remuneração 2 milhões. Logo, o retorno financeiro seria apenas 1 milhão. Assim, quem ganhará a licitação, nesse caso, será a empresa que trouxer maior retorno financeiro para a administração, sendo no exemplo dado, a primeira empresa.

Esse critério de julgamento, sem dúvida, é o mais inovador. Parte do princípio de que é possível uma parceria real entre Administração e contratado por meio de um jogo em todos ganham. O critério de julgamento deve ser usado nos contratos de eficiência, como assim dispõe o art. 23 da Lei do RDC:

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.

§ 2º Na hipótese prevista no caput deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento.

Sidney Bittencourt citando a AGU explica (2015, p. 168):

O contrato de eficiência e o critério do maior retorno econômico têm sido duramente criticados por analistas, em face de: um constituir tipo contratual não previsto em lei e outro ser altamente subjetivo. A Advocacia-Geral da União (AGU), em defesa do critério, sustenta que o método de seleção de empresas não é subjetivo, uma vez que poderá ser medido em indicadores e em pesquisas de mercado e, depois, fiscalizado por órgãos de controle. Segundo a AGU, o critério objetiva evitar o aparecimento de obras faraônicas sem uso posterior.

E se a promessa da empresa no critério de maior retorno econômico não for cumprida?

§ 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.

Assim, no caso da licitação com maior retorno econômico para a administração, que gera um contrato de eficiência, se durante a execução, o licitante não produzir a economia prometida, ele terá o desconto entre o valor de economia prometido e o valor de economia efetivamente errado, descontado da sua remuneração. Imaginando no exemplo dado, em que o licitante prometeu um retorno para a administração em 2 milhões e tinha uma remuneração de 500 mil, se ele só deu 1 milhão e meio de economia, os 500 mil faltantes serão descontados da sua remuneração, então ele não ganhará nada. Se a diferença for maior que a sua remuneração, ele pagará o restante como multa para a administração até o limite máximo estabelecido no edital, sobre o qual será rescindido o contrato.

3.10 CRITÉRIOS DE DESEMPATE

Reza o art. 25 da Lei do RDC:

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

I - disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação;

II - a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;

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; e

IV - sorteio.

Parágrafo único. As regras previstas no caput deste artigo não prejudicam a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

O RDC possui também critérios de desempate específicos estabelecidos pela legislação, que chamam atenção. Primeiro, a possibilidade de havendo empate, os licitantes apresentarem uma última proposta (proposta fechada) para ganhar a licitação. Outro critério de desempate é o desempenho anterior daquela empresa ou daquele contratado com o Poder Público, isso obviamente, quando esse desempenho estiver circunscrito a um registro dessas contratações através cadastro chamado de catálogo de padronização da administração pública; por exemplo, a empresa cumpriu bem o contrato que tinha com o órgão, ou se a empresa não cumpriu ou foi sancionada, ou foi multada ou houve atraso na entrega da obra - essa avaliação sobre o desempenho anterior da empresa sobre o poder público, pode gerar seu desempate de acordo com os critérios estabelecidos na regulamentação.

3.11 DOS RECURSOS

Conforme já salientado anteriormente, o RDC é uma modalidade de licitação flexível. Então, se o gestor público, diante da sua pretensão contratual, adotar as fases do procedimento licitatório, parecidas com a do pregão, em que primeiro se tem primeiro a

disputa de preços e depois a análise da habilitação, o RDC também terá fase recursal única.

Todavia, se o gestor público adotar uma lógica parecida com a da concorrência da Lei n. 8.666, o RDC terá fase recursal múltipla, com diversos momentos para apresentação dos recursos (após a habilitação e após a decisão da classificação das propostas). Conforme art. 12, parágrafo único da Lei n. 12.462.

Como a regra procedimental do RDC se aproximou daquela estabelecida no pregão, ou seja, análise de preços em primeiro plano e de habilitação apenas para o menor preço, o art. 27 da Lei n. 12.462/2011 estabeleceu que, “salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor”.

3.12 PROCEDIMENTOS AUXILIARES DO RDC

É importante perceber que os procedimentos auxiliares usam essa nomenclatura, uma vez que estes serão acessórios às licitações realizadas pelo RDC, ao procedimento licitatório em si. E esse caráter acessório desses procedimentos auxiliares deve ser destacado, para que se perceba que eles serão autônomos em relação aos próprios procedimentos licitatórios.

Assim, ao se falar em pré-qualificação, cadastramento, registro de preços e catálogo eletrônico – são ferramentas criadas, que serão autônomas em relação ao procedimento licitatório, para auxiliar não apenas um procedimento, mas vários procedimentos licitatórios, realizados sob a modalidade RDC.

Desta maneira, os procedimentos auxiliares são aqueles criados pelo legislador a fim de otimizar os processos licitatórios em geral, mas que não possuem vínculo com apenas uma licitação. O RDC prevê quatro procedimentos auxiliares, em seu art. 29:

Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei:

I - pré-qualificação permanente;

II - cadastramento;

III - sistema de registro de preços; e

IV - catálogo eletrônico de padronização.

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

3.12.1 Pré-qualificação

A pré-qualificação será melhor esplanada no capítulo seguinte, visto ser uma ferramenta polêmica do RDC.

A pré-qualificação permanente já é citada na Lei n. 8.666. Qual o sentido dessa ferramenta? Todos sabem que a parte mais tormentosa das licitações públicas é sem dúvida alguma é a análise dos requisitos habilitatórios. Certames gigantescos, sobretudo os mais complexos, geram para a comissão de licitação um grande ônus na análise dos requisitos habilitatórios. Por conta desses contornos técnicos que a aferição da habilitação envolve, torna a fase da habilitação a fase mais sensível de todo o procedimento licitatório.

Como se está diante de um procedimento, que envolve objetos complexos, é natural que se perca muito tempo com essa fase habilitatória, por isso a própria Lei n. 8.666 já previa que o órgão licitante poderia realizar esse procedimento de forma antecipada, a chamada pré-qualificação, para que o resultado dessa pré-qualificação pudesse ser usado posteriormente na condução do restante licitatório.

Logo, se o órgão licitante sabe que perderia muito tempo com a análise da habilitação dos licitantes aptos àquela pretensão contratual complexa, ele já anteciparia esse procedimento, denominando-o pré-qualificação, para que posteriormente ele pudesse já ter realizado esse filtro com as empresas com aptidão para prestação do contrato pretendido.

No RDC, a pré-qualificação ganha um contorno de procedimento permanente e aberto, de forma que o órgão licitante realizará uma pré-qualificação para tentar definir bens ou empresas fornecedoras aptos a atender a pretensão contratual da administração pública e esse resultado poderá ser utilizado não apenas em uma única licitação, mas em várias outras licitações; percebendo o caráter econômico desse procedimento auxiliar, com conseqüente ganho de eficiência.

3.12.2 Cadastramento

O cadastramento representa procedimento para criação de banco de informações relativas a requisitos de habilitação de potenciais licitantes com o objetivo de dispensar a apresentação de documentos em todos os processos licitatórios. (ALTOUNIAN/CAVALCANTE, 2014, p. 198).

Neste sentido, é o art. 29, II da Lei n. 12.462/2011. Na referida lei, o art. 31 afirma que:

Art. 31. Os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo.

§ 1º Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados.

§ 2º Os inscritos serão admitidos segundo requisitos previstos em regulamento.

§ 3º A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.

§ 4º A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências de habilitação ou as estabelecidas para admissão cadastral.

Não há nada de novo em relação aos que já vem sendo feito na Lei n. 8.666/93. Desta maneira, de acordo com o art. 78 do decreto regulamentador do RDC: “os registros cadastrais serão feitos por meio do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, conforme disposto Decreto no 3.722, de 9 de janeiro de 2001”.

3.12.3 SRP

O Sistema de Registro de Preços (SRP) se apresenta, também, como um procedimento auxiliar e, que pode ser utilizado para várias contratações. Não se trata de nenhuma novidade, posto que a Lei n. 8.666, no seu art. 15, fala sobre registro de preços. Inicialmente, supracitado artigo fala somente do registro de preços para aquisições. Isto porque, quando se pensou na lógica do registro de preços, era circunscrita a ideia de aquisições, evitando aqueles problemas corriqueiros da Administração Pública de almoxarifados, depósitos e alimentos perecíveis. E o SRP se apresentou, de forma interessante, para essas questões no âmbito na administração pública, notadamente em aquisições.

Todavia, se percebeu que supracitada ferramenta possui diversas outras utilidades. O Decreto n. 3.931/2001, que regulamentou o Registro de Preços, passou a admitir o SRP não apenas para aquisição, como, também, para serviços.

O Decreto n. 8.080/2013 previu a possibilidade de contratação de obras pelo Sistema de Registro de Preços, modificando a redação do art. 89 do decreto regulamentador do RDC:

Art. 89. O SRP/RDC poderá ser adotado para a contratação de bens, de obras com características padronizadas e de serviços, inclusive de engenharia, quando: (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

I - pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

II - for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

III - for conveniente para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

IV - pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela administração pública. (Redação dada pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

Parágrafo único. O SRP/RDC, no caso de obra, somente poderá ser utilizado: (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

I - nas hipóteses dos incisos III ou IV do caput; e (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

II - desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

a) as licitações sejam realizadas pelo Governo federal; (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

b) as obras tenham projeto de referência padronizado, básico ou executivo, consideradas as regionalizações necessárias; e (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

c) haja compromisso do órgão aderente de suportar as despesas das ações necessárias à adequação do projeto padrão às peculiaridades da execução. (Incluído pelo Decreto nº 8.080, de 2013)

Aqui expressamente se admite SRP para obras. O SRP no RDC admite a utilização de técnica e preço, art. 90 do Decreto regulamentador do RDC:

Art. 90. A licitação para o registro de preços:

I - poderá ser realizada por qualquer dos modos de disputa previstos neste Decreto, combinados ou não;

II - poderá utilizar os critérios de julgamento menor preço, maior desconto ou técnica e preço; e (Redação dada pelo Decreto nº 8.251, de 2014)

III - será precedida de ampla pesquisa de mercado.

3.12.4 Catálogo eletrônico

O catálogo eletrônico é uma criação, que já tem sido produzida na prática das licitações públicas e que foi positivado na Lei do RDC. O catálogo eletrônico se apresenta como sistema informatizado, que busca padronizar alguns elementos comuns e necessários dentro do ambiente licitatório, por exemplo, padronização de objetos de licitação para reunir de forma padronizada a minutas de edital e contrato.

Desta feita, o catálogo eletrônico seria esse ambiente virtual, em que seriam organizadas diversas boas práticas para serem utilizadas por outros órgãos com ou

sem adaptação, a exemplo de minutas padronizadas, projetos básicos exitosos e bem feitos, termos de referencia bem elaborados.

A padronização gera otimização de recursos, pela expertise que alguns órgão já vão adquirindo na praxe do ambiente licitatório, exemplo disso, mesmo antes do RDC, são as minutas editalícias padronizadas publicizada pela AGU.

Cláudio Sarian e Rafael Jardim ensinam (2014, p. 199):

A busca da padronização sempre permeou os debates para melhoria dos procedimentos licitatórios. Sempre houve as seguintes perguntas de agentes responsáveis pela contratação: “Onde posso conseguir um bom modelo de edital?”, “Existe algum modelo de padronização que funcione bem na Administração Pública?”, ou “Quem tem bons termos de referência ou de projetos para contratação segura?”. O catálogo eletrônico procura suprir soluções a essas questões. De acordo com o art. 33 do RDC.

Neste sentido, reza o supracitado artigo da Lei do RDC:

Art. 33. O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação.

Parágrafo único. O catálogo referido no caput deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterá toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

Nos termos do art. 110 do Decreto n. 7581/2011, o catálogo de padronização conterá:

Art. 110. O Catálogo Eletrônico de Padronização conterá:

I - a especificação de bens, serviços ou obras;

II - descrição de requisitos de habilitação de licitantes, conforme o objeto da licitação; e

III - modelos de:

a) instrumentos convocatórios;

b) minutas de contratos;

c) termos de referência e projetos referência; e

d) outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados.

§ 1º O Catálogo Eletrônico de Padronização será destinado especificamente a bens, serviços e obras que possam ser adquiridos ou contratados pela administração pública pelo critério de julgamento menor preço ou maior desconto.

§ 2º O projeto básico da licitação será obtido a partir da adaptação do “projeto de referência” às peculiaridades do local onde a obra será realizada,

considerando aspectos relativos ao solo e à topografia do terreno, bem como aos preços dos insumos da região que será implantado o empreendimento.

O gerenciamento desse catálogo será conduzido de forma centralizada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

3.13 REGRAS ESPECÍFICAS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS NO RDC

A Administração, para exercer as suas atribuições, estabelece relações jurídicas com particulares, as quais têm por objeto, entre outros a realização de obras, a prestação de serviços e o fornecimento de bens de diversas naturezas. A formalização dessas relações se aperfeiçoa por meio da celebração de contratos. (ZYMLER, 2014, p.183).

Preceitua o art. 39 da Lei n. 12.462/2011: “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”.

Marçal Justen Filho ensina com maestria (2013, p. 610):

A grande preocupação da Lei n. 12.462 consiste em dinamizar e aperfeiçoar o procedimento licitatório. Como decorrência, houve a manutenção da quase totalidade das regras sobre contratos administrativos previstos na Lei n. 8.666. Tal como afirmado ao início destes comentários, a orientação nesse sentido consagrada na Lei do RDC (e em outros diplomas) merece crítica. A disciplina da contratação administrativa prevista na Lei n. 8.666 é basicamente a mesma do Decreto-lei n. 2.300 de 1986, que apenas consolidava soluções praticadas há décadas. O regime das contratações administrativas é obsoleto e se constitui um fator relevante da incapacidade de atingimento dos resultados pretendidos pelo poder público. A mera adoção de soluções licitatórias mais dinâmicas, simples e informais não gerará os seus planos efeitos enquanto se mantiver a disciplina anacrônica das contratações administrativas.

Desta feita, as regras específicas aplicáveis aos contratos no RDC são poucas. Ressaltar-se-á na presente monografia, as mais importantes, segundo a melhor doutrina, notadamente, do querido professor Ronny Charles¹³.

3.13.1 Licitante remanescente

O art.40 da Lei 12.462/2011 estabelece regras específicas para os casos em que o licitante convocado não assine o contrato ou não o aceite nos termos preestabelecidos.

Vejam os:

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; ou

II - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

Parágrafo único. Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso II do caput deste artigo, a administração pública poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

A Lei do RDC determina, igualmente à Lei n. 8.666, que o adjudicatário será convocado para a formalização do contrato, nas condições e prazos estabelecidos no edital. Assim, o licitante remanescente é aquele, é aquele licitante “fujão”, o adjudicatário infiel. Ou seja, é o indivíduo que está ganhando a licitação, mas na hora que é chamado para assinar o contrato, ele nega a assinatura ou não retira o instrumento equivalente¹⁴.

¹³ Referidas regras foram explanadas em curso telepresencial “Entendendo as licitações” – CERS.

¹⁴ A formalização da contratação dependerá de circunstâncias, haverá casos em que envolverá a assinatura do instrumento de contrato; em outros casos, a formalização será mais simples, mediante a emissão de outros documentos, tal como previsto no art. 62 da Lei n. 8.666.

No pregão, o pregoeiro diante dessa situação, pode voltar às fases para iniciar a negociação com o segundo colocado, todavia na Lei n. 8.666 isso não ocorre, posto que se deve chamar o segundo colocado para contratar no preço do primeiro colocado.

Marçal Justen Filho ensina (2013, p. 613):

Se a prestação, tal como contemplada no certame, ainda apresentar utilidade para a Administração, será chamado o segundo classificado, a quem caberá manifestar a sua concordância ou discordância. Se houver a concordância, será formalizada a contratação. Se houver discordância, passar-se-á ao terceiro classificado. E assim por diante, até que se obtenha a contratação ou se exaurir o elenco de classificados. A Administração não pode realizar a contratação com um terceiro que não tenha participado da licitação, nem mesmo se ocorrer recusa de todos os classificados. A disposição do terceiro, que não participou da licitação, em firmar o contrato nas condições contempladas pelo primeiro classificado não é juridicamente admissível. Somente será possível contratar o terceiro que não participou do certame se estiverem presentes os pressupostos de dispensa de licitação.

O RDC, então, tem uma regra diferente, qual seja: se chama o segundo classificado para contratar com o valor do primeiro (licitante vencedor), igual se tem na Lei n. 8666, mas caso haja a recusa deste, chama-se o terceiro classificado para contratar com o valor do licitante vencedor, e assim sucessivamente; seguindo-se a ordem de classificação do certame licitatório.

Neste mesmo sentido, na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação, a administração pública poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

Em outras palavras, caso acabe a ordem de classificação do certame licitatório, não se obtendo, assim, êxito nessa operação, como já ocorre na Lei n. 8.666, neste caso, o RDC permite uma mudança: volta-se ao segundo classificado e o chama para assinar o contrato no seu próprio valor, neste caso, se ele não assinar o contrato, ele poderá ser sancionado. Essa é a diferença do RDC em relação ao regime tradicional de licitações da Lei n. 8666, que não permite que se chame o segundo, terceiro ou quarto colocado no próprio valor, apenas no valor do licitante vencedor (primeiro colocado). No RDC,

depois de chamar todos os licitantes, seguindo a ordem de classificação, para contratar no preço do primeiro licitante, se não lograr êxito, se pode voltar à ordem de classificação e chamá-los no próprio preço e se eles se negarem, nesse caso, podem também ser sancionados. Trata-se da regra prevista no parágrafo único do dispositivo supra.

Complementa Marçal Justen Filho (2013, p. 614):

Na quase totalidade dos casos, os classificados não têm interesse em executar a proposta do antigo adjudicatário. Presume-se que a proposta formulada por cada qual dele se configurava como a melhor que poderiam executar. A redução de vantagens ou ampliação de encargos não propicia aos demais classificados suficiente interesse em assumir a contratação. Justamente por isso, essa solução - já prevista na Lei n. 8.666 - não apresentava maior relevância e dificilmente era aplicada na vida prática. A novidade trazida pelo art. 40, parágrafo único, da Lei do RDC reside em admitir que a contratação seja formalizada nas condições constantes da proposta do convocado. O pressuposto de aplicação do parágrafo único do art. 40 reside na recusa dos demais classificados em assumir a contratação nas condições do antigo adjudicatário.

Conforme já explanado anteriormente, os licitantes se vinculam pelas propostas formuladas, nos limites do prazo de sua vigência. Portanto, se a Administração convocar o segundo classificado para firmar contrato no valor por ele próprio ofertado, a sua recusa estará circunscrita a sanção, conforme art. 61 do Decreto 7581 e art. 81 da Lei n. 8666¹⁵.

3.13.2 Remanescente por dispensa

Remanescente de dispensa é aquela hipótese de dispensa prevista no art. 24, XI da Lei n. 8.666, que ocorre, também, no RDC, uma vez que se aplica subsidiariamente a Lei

¹⁵ Art. 61. Convocado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, o interessado deverá observar os prazos e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas em lei.

Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

Geral de Licitações nessa hipótese, mas em relação a dispensa de remanescente tem uma diferença que deve ser observada.

Preceituam o art. 41 da Lei do RDC e art. 69 do decreto regulamentador:

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. 69. Na hipótese do inciso XI do caput do art. 24 da Lei no 8.666, 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 e as condições por estes ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação.

A Lei n. 8.666 disciplina no seu art. 24 as hipóteses de dispensa de licitação. No inciso XI, determina que na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido; caberia promover a contratação do remanescente do fornecimento, serviço ou obra sem necessidade de nova licitação.

Como explicado anteriormente, a inexecução contratual pelo licitante vencedor, pela lógica da Lei n. 8.666, mediante ordem classificatória, chamava-se o segundo colocado para ser contratado no preço daquele que venceu a licitação (adjudicatário infiel).

A Lei do RDC manteve a solução acima referida, mas introduziu uma inovação relevante. Determinou que a contratação do remanescente, na ordem de classificação, far-se-ia segundo as condições oferecidas pelo novo contratado, exigindo, tão somente a observância do orçamento estimado para a contratação.

Marçal Justen Filho ensina (2013, p. 618):

O pressuposto fundamental da aplicação do dispositivo é a ocorrência de rescisão contratual. A hipótese significará a ausência de execução integral do fornecimento, serviço ou obra. Existirão parcelas a serem complementadas.

Embora o silêncio da lei e do regulamento, afigura-se evidente que o dispositivo pressupõe a rescisão por culpa do particular. Não terá cabimento que a Administração produzisse a rescisão por razões de conveniência (art. 78, XII da Lei n. 8.666/1993) e, na sequência, resolvesse promover a contratação de um terceiro para executar o remanescente, eventualmente em condições mais onerosas.

No remanescente de obra ocorre a seguinte situação: o licitante vencedor acaba executando o contrato e no meio deste surge uma inexecução contratual. Na lógica do RDC, mediante ordem de classificação, se vai ao segundo colocado e o contrata por dispensa, só que no seu próprio preço.

Pelo exposto, constata-se a diferença entre o regime tradicional e o novo regime, posto que na Lei n. 8.666 vai-se para o segundo colocado e tenta contratá-lo pelo preço daquele que executou o contrato, sendo que na maioria das vezes isso é difícil, pois ele não é obrigado a contratar; e justamente houve inexecução contratual porque houve um subdimensionamento do custo, houve, por exemplo, apresentação de preços inexeqüíveis, por isso, muitas vezes não se consegue concretizar a dispensa de remanescente. Já no RDC isso não acontece, pois se vai para o segundo colocado para contratá-lo no próprio preço e por conta disso, ele não pode se negar a contratação, pois caso isso acontece, o mesmo poderá ser sancionado.

3.13.3 Prazos contratuais

Disciplina o art. 43 da Lei do RDC:

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 nos incisos I a III do art. 1º desta Lei poderão ter sua vigência estabelecida até a data da extinção da APO. (Redação dada pela Lei nº 12.688, de 2012)

Em relação aos prazos contratuais, a regra do RDC faz alusão a APO (autoridade pública olímpica), mas ela fala também da aplicação subsidiária do art. 57 da Lei n.

8.666¹⁶. Ultrapassando os megaeventos esportivos, a tendência é a utilização do art. 57 da Lei n. 8.666 para a vigência dos contratos administrativos. Então, se terão as mesmas regras para serviços contínuos, para obras de grandes empreendimentos previstas no plano plurianual, para locação de equipamento de informática ou para aquisições. Então referido artigo é usado subsidiariamente.

Convém ressaltar uma lembrança relevante, embora o art. 1º da Lei do RDC afaste a aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações, ressalvados os casos que a própria lei prevê, expressamente, assim como dispõe o art. 39 da Lei n. 12.462: “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.”

3.14 SANÇÕES NO RDC

O regime sancionatório do RDC é interessantíssimo, posto que houve combinação da Lei n. 8.666 e da Lei do Pregão. Desta feita, ao se analisar o regime sancionatório do RDC, percebe-se que, primeiramente, este foi inspirado na lei do pregão, contudo ele tem um dispositivo que fala expressamente da aplicação, também, dos dispositivos sancionatórios da Lei n. 8.666.

Prescreve o art. 47 da Lei do RDC:

Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

¹⁶ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV - não manter a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

§ 1º A aplicação da sanção de que trata o caput deste artigo implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo estabelecido no caput deste artigo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

§ 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. (grifos nossos).

Veja-se que aqui não se tem aquela discussão do pregão, sobre a não aplicação das sanções da Lei n. 8.666 pela antinomia entre as normas sancionatórias. A presente monografia entende que em relação às licitações na modalidade pregão e os contratos decorrentes - devem ser aplicadas somente as sanções da lei do pregão, não se aplicando as sanções previstas na Lei n. 8.666.

No entanto, em relação ao RDC, o entendimento é um pouco diferente, porque embora o regime diferenciado tenha um regime sancionatório muito parecido com o do pregão, expressamente, o legislador fala que será aplicável o regime sancionatório, também, da Lei n. 8.666 (§ 2º, art. 47). Por isso, afirma-se que o RDC tem um regime sancionatório híbrido que detém, por exemplo, as sanções impedimento de licitar e multa - como se tem na lei do pregão; mas também permite a aplicação das sanções: advertência, multa, suspensão e declaração de inidoneidade – previstas no art. 87 da Lei n. 8.666.

Logo, o regime sancionatório do RDC é um modelo baseado na Lei do Pregão, mas também um modelo que permite expressa aplicação das sanções da Lei n. 8.666. Isso na prática pode gerar certo conflito na aplicação da norma.

A presente monografia não entende que a solução para a indagação acima, seja o afastamento das regras sancionatórias da Lei n. 8.666, como ocorre na modalidade pregão; pois no regime diferenciado houve uma opção, repita-se, expressa, do legislador de aplicação conjunta dos regimes sancionatórios supramencionados.

Desta feita, o que acontece na prática são conflitos, porque os ilícitos previstos no art. 87 da Lei n. 8.666 podem se confundir com os ilícitos previstos no respectivo dispositivo da Lei do RDC. Assim, ter-se-ia na Lei do RDC, na grande parte dos ilícitos administrativos, por exemplo, relacionados à inexecução do contrato, não apenas a sanção de multa e impedimento de licitar e contratar – que tem como efeito colateral o descredenciamento do sistema de cadastramento dos entes federativos que compõem a APO; como também as sanções administrativas da Lei n. 8.666, leia-se: advertência, multa, suspensão e declaração de inidoneidade. Se na Lei n. 8.666 se tem essas quatro sanções, no RDC se tem o impedimento de licitar e contratar e a multa e também essas sanções previstas no regime tradicional de licitações.

Como compatibilizar o regime sancionatório do RDC com o regime da Lei n. 8.666/93? O ideal, então, é uma boa regulamentação para que se tente interferir quais serão as sanções aplicadas de acordo com cada ilícito administrativo.

É bom lembrar, que quando se fala em impedimento e multa, a Lei do RDC prevê ilícitos administrativos, tanto na fase de licitação, como também em relação a execução contratual. Já no art. 87 da Lei n. 8.666, ao se falar da aplicação das quatro sanções supra, faz-se referência, apenas, a inexecução do contrato, não atingindo pelo art. 87, em princípio, ilícitos na fase de licitação.

Então, os editais do RDC, podem prever, além das quatro sanções: advertência, multa, suspensão e declaração de inidoneidade, também, o impedimento para aplicação em relação aqueles que cometerem ilícitos, notadamente, nos procedimentos licitatórios. Logo, ter-se-ia em relação a irregularidades no procedimento licitatório – para o

licitante: aplicação do impedimento de licitar e a multa e; em relação ao cumprimento do contrato: aplicação do impedimento de licitar e a multa, além da advertência, suspensão e declaração de inidoneidade.

Trata-se de uma forma de tentar compatibilizar esse regramento híbrido sancionatório, expressamente estabelecido pelo legislador.

CAPÍTULO IV - FERRAMENTAS POLÊMICAS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Nesse capítulo serão aprofundadas, pormenorizadamente, as três principais e mais polêmicas ferramentas do RDC, quais sejam: orçamento sigiloso, contratação integrada e a pré-qualificação permanente.

4.1 ORÇAMENTO SIGILOSO

Conforme demonstrado, O RDC trouxe novas práticas objetivando possibilitar a construção de obras necessárias à realização dos eventos esportivos, entre estas, chama a atenção, o sigilo no orçamento estimado pela Administração Pública.

O que é esse caráter sigiloso do orçamento? Trata-se de expressão utilizada no sentido que a Administração terá a prerrogativa de não divulgar o seu orçamento base do empreendimento até o final da licitação.

Diferentemente, no ordenamento jurídico nacional existiam duas formas procedimentais sobre essa matéria. Na premissa da Lei n. 8.666 (art. 7º, § 2º, II c/c art. 40, § 2º, II¹⁷), o anexo do edital, necessariamente, tinha que prever a o orçamento estimado em

¹⁷Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

planilhas de quantitativos e preços unitários do objeto da contratação pela Administração. Já no regime da Lei n. 10.520/2002 (Lei do Pregão) inexistente expressa determinação nesse sentido (art. 3º, I c/c art. 4º, III¹⁸). Por essa razão, o TCU entendeu que a divulgação do orçamento no pregão seria faculdade do gestor, conforme Acórdão 531/2007:

ACÓRDÃO 531/2007 ATA 13/2007 - PLENÁRIO - 04/04/2007

2.3 nos procedimentos licitatórios para aquisição de produtos e contratação de serviços de informática, anexe aos instrumentos convocatórios o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, ressalvada a modalidade pregão, cujo orçamento deverá constar obrigatoriamente do Termo de Referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal Termo de Referência ou o próprio orçamento no edital ou de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-los.

No que tange ao RDC, cumpre salientar que existe a possibilidade/alternativa/faculdade atribuída ao gestor para que esconda referida estimativa de custo do edital. Ao definir na Lei n. 12.462, no art. 6º:

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.

Cumpre salientar, que na vida privada, esconder a estimativa de custo, encobrendo a previsão de gasto para aquela determinada contratação, é algo mais que corriqueiro. Por exemplo, quando o indivíduo almeja adquirir um carro do seu vizinho, ele sabe que pagaria até R\$ 70 mil nesse carro, todavia o vizinho venderia o seu veículo por até R\$ 60 mil, pois está com dificuldades financeiras; mas se o indivíduo antecipadamente informasse ao seu vizinho que pagaria R\$ 70 mil pelo seu carro, este não iria dizer que venderia por apenas R\$ 60 mil.

Então, constata-se, que muitas vezes, quando se passa uma informação àquele com quem se está disputando a negociação, essa informação pode ser utilizada por ele, beneficiando-o nessa negociação. Isso acontece na vida privada, conforme o exemplo

dado acima e pode acontecer, também, com o Poder Público. Ademais, a omissão em relação a estimativa de custo, de acordo com a própria OCDE, pode permitir com que haja certa dificuldade e combate a tentativa de cartel¹⁹, porque sem saber o máximo que a Administração Pública aceita pagar por aquela obra ou por aquele serviço de engenharia, o acordo escuso - necessário entre aqueles que fazem ou formam o cartel - fica dificultado, pois eles não sabem a margem de lucro possível à eles, para que os mesmos possam negociar, fazendo acordos corruptos que prejudicam a competitividade.

É por isso, que os órgãos internacionais de combate a corrupção, indicam o orçamento sigiloso ou orçamento fechado, com a omissão na indicação dessa estimativa de custo, como uma boa prática nas licitações públicas, para evitar cartel e os conseqüentes conluíus.

O RDC também previu que essa omissão na indicação dos recursos, pudesse fazer com que o mercado desse o seu real preço, independente da estimativa de custos, por identificar que na prática, quando o Poder Público já indica o máximo que aceita pagar, as propostas já vêm sempre naquele limite máximo indicado pelo edital.

Cláudio Sarian e Rafael Jardim complementam (2014, p. 107):

A grande vantagem do orçamento sigiloso foi obrigar os licitantes a terem o devido cuidado de analisar detidamente todos os elementos do edital, em vez de simplesmente balizar os termos de sua proposta no orçamento base da utilização. Esse sigilo acarreta que o licitante traga seu melhor preço de início, sem amarras ao orçamento-base, em especial quando se combinam modos de disputa de modo a limitar à fase de lances apenas os três concorrentes com melhor preço. Em acréscimo, a teoria dos leilões já demonstrou que o comportamento de um dos competidores induz dos outros. Em objetos cujos preços dependam da eficiência de quem produz é mais efetivo que se crie clima de ausência de referências preestabelecidas para que cada licitante atue com base no seu próprio parâmetro e não na expectativa dos movimentos dos demais.

¹⁹ Cartel é um acordo explícito ou implícito entre empresas concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou cotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação ou, por meio da ação coordenada entre os participantes, eliminar a concorrência e aumentar os preços dos produtos, obtendo maiores lucros, em prejuízo do bem-estar do consumidor.

Por conta disso, há a possibilidade no RDC do orçamento sigiloso. Repita-se, trata-se de uma possibilidade, pois se o gestor entender que é melhor para o interesse público realizar o orçamento aberto, por precisar sua estimativa de custo no edital, assim ele poderá fazer, desde que devidamente justificado. Agora, se ele entender que naquela contratação e naquela licitação, esconder o orçamento é uma ferramenta interessante para a busca da proposta mais vantajosa, então ele poderá adotar o orçamento sigiloso.

Constata-se, novamente, a característica flexível do RDC, que permite a utilização do orçamento sigiloso ou não. Logo, o orçamento sigiloso é uma faculdade do gestor, não tendo caráter obrigatório. Conforme § 3º do art. 6º da Lei do RDC: “se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno”.

Neste sentido, o Acórdão 3011/2012 do TCU:

ACÓRDÃO 3011/2012 ATA 45/2012 - PLENÁRIO - 08/11/2012

Relator: VALMIR CAMPELO

O orçamento fechado, no RDC, foi pensado em prestígio à competitividade dos certames. Isso porque, a disponibilização prévia do valor estimado das contratações tende a favorecer a formação de conluios. Ao saber, de antemão, o valor máximo admitido pela Administração como critério de classificação das propostas, facilita-se a prévia combinação de valores ofertados. Nesse caso, em termos do princípio fundamental licitatório – o da obtenção da melhor proposta –, a isonomia e a competitividade compensariam possível perda de transparência, no que se refere à publicação dos preços estimativos.

Essa dualidade de princípios é perfeitamente visualizada nas compras, o que já era experimentado nos pregões realizados pela Administração Pública sob a luz da Lei 10.520/2002, visto que a descrição do objeto permite um perfeito delineamento do que será oferecido.

As obras públicas possuem um caráter peculiar. Haja vista a necessidade de apresentar os serviços a serem executados – acompanhados de suas quantidades – e tendo em vista o que dispõe a LDO (e a própria Lei 12.462/2011), tais encargos devem ser referenciados pelo Sinapi/Sicro; e isso é público. O licitante cuidadoso, portanto, tem meios de investigar tais referências de modo a "prever" o preço base da Administração. Ainda mais quando a reserva orçamentária das LOAS também são públicas.

Quanto mais os serviços tenham previsão direta nesses sistemas referenciais, maior a previsibilidade do preço paradigma editalício. Obras rodoviárias, por

exemplo, possuem, tradicionalmente, mais serviços referenciados pelo Sicro. São menos encargos possíveis e maior a previsibilidade do preço-base.

Obras portuárias e aeroportuárias, ao contrário, têm a característica de possuírem, via de regra, serviços relevantes – e complexos – não passíveis de parametrização direta com o Sinapi. A Administração, então, promove adaptações aos serviços similares, ou motiva estudos e pesquisas próprias, para estimar o valor razoável daquele item orçamentário. Da mesma maneira, na ausência de composição referencial, cada licitante promoverá mesma avaliação. Estaria, nesse caso, em tese, melhor justificado o sigilo do orçamento.

Existe um contraponto. Esses estudos podem resultar em preços maiores ou menores que os do edital; e isso é tão mais verdade, quanto mais complexo e mais oneroso for o serviço. Se o mercado entender como maiores aqueles encargos, existirá uma grande possibilidade de fracasso do certame licitatório, por preços ofertados superiores aos valores paradigma. Muitas vezes, a licitação é "salva" por um argumento pertinente oferecido por um dos interessados; inclusive no que se refere à viabilidade do preço estimado.

Concluo, então, que, como o sigilo no orçamento-base não é obrigatório, e pelo dever de motivação de todo ato, se possa recomendar à Infraero que pondere a vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e em que parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referência explícita no Sinapi/Sicro, em face da possibilidade de fracasso das licitações decorrente dessa imponderabilidade de aferição de preços materialmente relevantes do empreendimento.

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. **O sigilo do orçamento, como optativo, é uma dessas portas a serem devidamente motivadas. Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha. O que ora apresentamos, deste modo, é que a extrema urgência no término da obra é um dos fatores a serem ponderados, em face do risco de licitações fracassadas.** (grifos nossos).

Deve-se, de antemão, destacar que o sigilo refere-se apenas aos preços do orçamento, sendo orientação da lei a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração da proposta. Se a referência de custos é o Sinapi e o Sicro, a previsão por parte do licitante da referência de valor não é tão difícil quanto parece, mesmo que alguns serviços não sejam encontrados nesses sistemas referenciais. Outro ponto que ajuda as empresas a terem ideia do valor previsto pelo contratante é a lei orçamentária. (ALTOUNIAN/CAVALCANTE, 2014, p. 108).

Vale destacar manifestação do TCU a esse respeito, no Acórdão n. 3.011/2011:

ACÓRDÃO 3011/2011 ATA 50/2011 - PLENÁRIO - 16/11/2011

As obras públicas possuem um caráter peculiar. Haja vista a necessidade de apresentar os serviços a serem executados – acompanhados de suas quantidades – e tendo em vista o que dispõe a LDO (e a própria Lei n. 12.462/2011), tais encargos devem ser referenciados pelo Sinapi/Sicro; e isso é público. O licitante cuidadoso, portanto, tem meios de investigar tais referências de modo “prever” o preço base da Administração. Ainda mais quando a reserva orçamentária das LOAS também são públicas. Quanto mais os serviços tenham previsão direta nesses sistemas referenciais, maior a previsibilidade de preço paradigma editalício. Obras rodoviárias, por exemplo, possuem tradicionalmente, mais serviços referenciados pelo Sicro. São menos encargos possíveis e maior previsibilidade do preço-base. (TCU. Acórdão n. 3.011/2011. Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo, DOU, 08 nov.. 2012).

André Guskow Cardoso (2011, p.03) faz, em seu artigo científico, uma excelente análise a respeito da constitucionalidade²⁰ do art. 6º da Lei n. 12.462, em virtude da alegação de ofensa ao princípio da publicidade, uma vez que a regra que determina a ampla publicidade dos atos estatais não implica, necessariamente, que todo ato da Administração deve ser publicado. Vale a pena à transcrição:

A questão envolve necessariamente a ponderação de princípio e valores consagrados pela Constituição, ante o princípio constitucional da publicidade (e as obrigações dele decorrentes). A despeito de sua inequívoca importância, o princípio da publicidade pode ceder diante de outros princípios e valores constitucionalmente consagrados. Não se pretende, com isso, indicar que o princípio da publicidade possa ser simplesmente suprimido, diante da existência de outros valores e princípios em jogo. O que se defende é que o princípio da publicidade pode sofrer mitigações diante de situações que envolvam a proteção ou busca da realização de outros valores igualmente protegidos constitucionalmente. Além das hipóteses dos art. 5º, inciso XXXIII da Constituição, a publicidade dos atos estatais poderá ser mitigada sempre que os efeitos ou objetivos perseguidos pelos referidos atos possam, em concreto, ser frustrados com a sua divulgação antecipada. Evidentemente, a mitigação da publicidade dos atos estatais deve se dar em estrita obediência à proporcionalidade. Não se admite que, a pretexto de proteger a eficácia de determinado ato administrativo, a publicidade seja simplesmente suprimida, por tempo indeterminado. A mitigação da publicidade deve se dar na medida estritamente necessária para assegurar a proteção do valor constitucionalmente protegido buscado pela medida concreta a ser adotada. Em termos gerais, isso significa que a publicidade do ato poderá ser postergada para momento posterior à sua prática ou à concretização de seus efeitos. Jamais, porém, poderá ser totalmente suprimida. Não se pode admitir abuso na mitigação da publicidade da ação do Estado. A regra geral é a da mais ampla publicidade e transparência na atuação estatal. A sua mitigação corresponde exceção, devendo ser ampla e objetivamente motivada, a fim de que sejam demonstrados os pressupostos que conduziram à mitigação da publicidade. E

²⁰ Há duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI n. 4.645 e 4.655).

mais: a mitigação ou diferimento da publicidade se sujeitará sempre ao controle (interno e externo), inclusive por parte do Judiciário.

A presente monografia corrobora o entendimento supra e ratifica, que o orçamento sigiloso, com a devida vênia de quem pensa em sentido contrário, não é um desrespeito ao princípio da publicidade, pois é na verdade uma técnica de negociação, que é usada, na vida particular, pelas empresas nas suas negociações privadas e, que o Poder Público traz no RDC essa possibilidade de utilização. Logo, não há um desrespeito ao princípio da publicidade, mas há, sem dúvida, certa potencialização da busca pela eficiência e economicidade. Ademais, é importante lembrar, que mesmo optando-se pelo orçamento sigiloso, essa estimativa de custo deve estar sempre disponível para fiscalização dos órgãos de controle interno e externo (§3º do art. 6º da Lei n. 12.462), uma vez que estes poderão sempre acessar esse orçamento fechado. Já em relação aos licitantes não, caso o edital opte pelo orçamento sigiloso, eles só terão acesso a essa informação ao final do procedimento licitatório.

Por tudo o exposto indaga-se: optando-se pelo orçamento sigiloso, é possível iniciar o certame licitatório antes de sua conclusão? Mesmo, adotando-se o orçamento sigiloso, há a necessidade da estimativa de custo ser realizada antes da realização da licitação. Recentemente, o Tribunal de Contas da União (TCU) analisou essa situação concreta e definiu o raciocínio, qual seja, independente de utilizar orçamento sigiloso ou orçamento aberto, a estimativa de custo deve preceder a realização da licitação. E o Acórdão do TCU 2832/2015 ratificou isso, vejamos:

A elaboração do orçamento base após publicação do edital constitui descumprimento dos art. 8º, § 5º, e art. 2º, parágrafo único, da Lei 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), ainda que a Administração opte pelo sigilo do orçamento (art. 6º, § 3º, da mesma Lei) (Acórdão 2832/2015 Plenário)

Outra indagação: qual o momento da divulgação do orçamento? O momento em que o orçamento estimado poderá ser divulgado pela Administração Pública é outro questionamento plausível. Há uma pequena divergência entre o que se tem na Lei n.

12.462 e a regulamentação dada pelo Decreto n. 7.581 (regulamento do RDC). Pela Lei do RDC, o art. 6º fala que:

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. (grifos nossos)

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

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

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

Já o Decreto n. 7.581/2015 ratifica em seu art. 9º:

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. (grifos nossos)

Ocorre que o próprio art. 28 da Lei n. 12.462/2011 entende que:

Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, **o procedimento licitatório será encerrado** e encaminhado à autoridade superior. (grifos nossos)

Sendo assim, o exaurimento do procedimento licitatório não se dá após a adjudicação do objeto e sim após os encerramentos dos recursos administrativos. Por isso, o presente trabalho científico entende que a abertura do orçamento, inclusive à todos os licitantes, não deve se dar como diz o Decreto n. 7.581/2011 – após a adjudicação do objeto, ocorrendo sim, em momento exatamente anterior a adjudicação do objeto, que é justamente após os julgamentos dos recursos. Logo, diferente do que está no regulamento federal, antes da adjudicação do objeto, deve estar disponível o orçamento anteriormente tido como sigiloso, pois a própria lei do RDC interpretou que se encerra o procedimento licitatório após o julgamento de todos os recursos e não posteriormente a adjudicação do objeto. (CHARLES/ MARRY, 2014, p.122).

Por tudo o exposto, cabe uma observação, a jurisprudência do TCU de forma muito interessante tratou sobre uma situação concreta, em que a comissão de licitação, numa licitação em que se adotou o orçamento sigiloso, na negociação com o licitante classificado em primeiro lugar, mas que estava com um preço acima do máximo ao qual a Administração Pública aceitava contratar, nesta negociação para redução dos preços, ela de forma implícita acabou abrindo o sigilo da proposta, ou seja, mesmo a comissão de licitação usando o orçamento sigiloso, informou nos chats eletronicamente, que se o licitante não baixasse os preços não iria contratá-lo, desta feita, de forma implícita a comissão indicou que o licitante estava acima do máximo estimado pela Administração. Por conta disso, os demais licitantes representaram contra a comissão de licitação, porque esta içou na negociação até o momento que o licitante reduzisse seu preço abaixo do patamar máximo que a Administração admitia contratar, e então a contratação foi feita, o objeto adjudicado e a contratação homologada. Os demais licitantes representaram contra a comissão de licitação aduzindo que antes do momento definido pela lei, a comissão de licitação de forma implícita abriu o sigilo do orçamento, já que a sua negociação no chat, de forma indireta, informou que a empresa estava cima do estimado pela Administração.

O Tribunal de Contas da União, então, num acórdão interessantíssimo, construiu juridicidade, firmando o raciocínio que nada obstante o momento para a abertura do orçamento sigiloso se dê ao final da licitação, na opinião desta monografia – em momento imediatamente anterior a adjudicação do objeto, após o julgamento de todos os recursos; é possível que na negociação com o licitante que detenha a proposta mais vantajosa, desde que de forma transparente/clara/aberta a todos, possa, sim, a comissão de licitação pontualmente abrir o sigilo da proposta.

Neste exato sentido, o Acórdão 306/2013:

Nas licitações regidas pelo RDC é possível a abertura do sigilo do orçamento na fase de negociação de preços com o primeiro colocado, desde que em ato público e devidamente justificado (Acórdão 306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, relator Ministro Valmir Campelo, 27.2.2013)

Ainda no âmbito da auditoria realizada em obras no Aeroporto Internacional de Salvador/BA, o diretor da unidade técnica encarregada da instrução do processo apontou possível quebra de sigilo do orçamento na fase de negociação efetuada após a definição da melhor proposta da fase de lances. A negociação ocorreu porque o menor lance fora significativamente superior ao valor orçado. Como o valor final negociado representou desconto irrisório (0,023%) em relação ao orçamento da administração, a ocorrência poderia apontar para quebra do sigilo do orçamento em benefício da empresa licitante e em prejuízo à obtenção de proposta mais vantajosa. O relator considerou não haver elementos materiais mínimos para corroborar a ocorrência da irregularidade. Considerou também que, não obstante o momento da publicação do orçamento estar previsto na Lei 12.462/2011 (imediatamente após o encerramento da licitação, art. 6º) e no Decreto 7.581/2011 (imediatamente após a adjudicação do objeto, art. 9º), a questão merece cautela, notadamente por se tratar de novidade em matéria licitatória, pois “existem situações em que não vislumbro como manter, de modo judicioso e a estrito rigor, o sigilo na fase de negociação”. Após apresentar situações hipotéticas para corroborar seu entendimento, concluiu: para se “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”. O Tribunal, então, endossou o entendimento do relator quanto a essa questão. Acórdão 306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, relator Ministro Valmir Campelo, 27.2.2013.

Percebe-se, então, uma exceção ao momento de abertura do orçamento sigiloso, construída corretamente pela jurisprudência do TCU.

Quais situações não permitem o orçamento sigiloso? Existem algumas situações que expressamente não permitem o orçamento sigiloso, por uma questão, inclusive, lógica. Por exemplo: caso se esteja usando o critério menor preço pelo maior desconto, o órgão licitante, então, irá apresentar uma tabela com a sua estimativa de custos para que os licitantes apresentem o percentual de desconto, que irá incidir sobre esses preços. Logo, por uma questão lógica, obvio que não será possível esconder a estimativa de custos, uma vez que o percentual de desconto será apresentado pelos licitantes, justamente em função da estimativa de custos da Administração.

Da mesma forma, não tem sentido um orçamento sigiloso, quando se adota o critério melhor conteúdo artístico ou melhor técnica, uma vez que o próprio edital já irá estabelecer qual o prêmio a ser pago por quem vencer a licitação. Assim, o prêmio a

ser pago é justamente a estimativa de custo; logo, por uma questão lógica não cabe orçamento sigiloso.

Contudo, a jurisprudência do TCU avançou mais sobre isso, de maneira especial, em relação àquelas contratações, em que a Administração Pública não tem uma referência muito clara da estimativa de custos, havendo certa incerteza da estimativa de preços. Assim, nesses casos, o TCU tem orientado que o órgão avalie se é um caso de realmente utilizar o orçamento sigiloso. Vejamos:

A opção por orçamento aberto ou fechado em licitação regida pelo RDC insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. A adoção do orçamento fechado, em obras com parcela relevante dos serviços **sem referências de preços** nos sistemas Sicro ou Sinapi, tende a elevar o risco de retardo na conclusão do empreendimento (Acórdão nº 3011/2012-Plenário). (grifos nossos)

Da mesma forma, segue:

Diante da **ausência de referências oficiais de preços** para a execução de obras complexas no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), tais como obras portuárias e aeroportuárias, não há obrigatoriedade do uso do orçamento base sigiloso nem da contratação integrada (Acórdão 1541/2014 Plenário). (grifos nossos).

Obrigatoriedade do orçamento sigiloso nunca há, o que o TCU quis dizer no Acórdão supramencionado é que se existe incerteza sobre a estimativa de custos, se tem que analisar se realmente é um caso de adoção do orçamento sigiloso, devendo haver uma avaliação.

Posto que, muitas vezes o gestor, nessas situações em que há incerteza sobre a definição da estimativa de custo, é melhor apresentar no edital essa estimativa de custo e ter o *feedback* do mercado, porque se esta, por exemplo, estiver com subpreço, o mercado poderá impugnar para que a Administração adéque seu valor de referência. Nesses casos, é importante esse diálogo para com o mercado, justamente para evitar que os subpreços apresentados pela Administração gerem uma posterior inexecução contratual, esta sim, extremamente prejudicial à Administração Pública.

4.2 CONTRATAÇÃO INTEGRADA

A contratação integrada é na verdade um dos regimes de execução admitidos pela Lei do RDC. Veja-se, que a lei do regime diferenciado de contratações (art. 8º) prevê os mesmos regimes de execução prescritos na Lei n. 8.666/93: a) empreitada por preço unitário - quando se tem incerteza sobre os quantitativos, b) empreitada por preço global – mais utilizada quando se tem maior convicção sobre os quantitativos estimados, c) tarefa – regime para pequenas execuções de serviços de engenharia, d) empreitada integral – regime de execução “*turn key*”²¹, em que a empresa contratada vai entregar a obra pronta para a execução.

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

- I - empreitada por preço unitário;
- II - empreitada por preço global;
- III - contratação por tarefa;
- IV - empreitada integral; ou
- V - contratação integrada.

A novidade de regime de execução trazido pela Lei do RDC é a chamada contratação integrada.

O que é essa contratação integrada? A contratação integrada pode ser definida como a forma de ajuste, utilizada exclusivamente para a contratação de obras e serviços de engenharia, em que o projeto básico e o projeto executivo são elaborados pela contratada no decorrer da execução do objeto, em conjunto com a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e

²¹ Chama-se de “turn key”, traduzindo literalmente “virar a chave”. Pela definição acima e pelo nome em língua inglesa pode-se dizer que o regime de empreitada integral é cabível em obras e serviços de maior complexidade, com integração entre determinados equipamentos de modo que à Administração interesse seu funcionamento, não a sua mera construção e entrega. Assim o reconhece o TCU: 1.4.2.3 – Empreitada integral. 339. A empreitada integral é especialmente indicada para a implantação de projetos complexos, que exigem conhecimentos e tecnologias que não estão disponíveis a uma única empresa. O proprietário contrata o projeto global com uma empresa “integradora” e recebe o projeto concluído, pronto para operação.(2012: 78)

suficientes para entrega final do objeto, conforme o art. 9º, caput e § 1º da Lei n. 12.462/2011.

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

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

As contratações do tipo *turn key* também “são denominadas EPC (do inglês *Engineering, Procurement and Construction*), cuja tradução é Engenharia, Suprimento e Construção. Nessa modalidade de execução contratual, a contratada é responsável pelo fornecimento integral do objeto, incluindo fornecimento de materiais e equipamentos, construção, montagem e colocação em operação”. (ZYMLER/DIOS, 2014, p. 231).

Qual a grande diferença entre a contratação integrada, que é um regime de execução *turn key* para a empreitada integral? A grande diferença da contratação integrada é que ela permite, diferentemente dos outros regimes de execução, que a Administração Pública realize a licitação sem prévio projeto básico. Ou seja, 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”. (§ 1º da Lei n. 12.462/2011).

No regime da Lei n. 8.666/93, a Administração Pública tem que ter projeto básico antes de licitar a obra ou serviço de engenharia. Na prática, como a Administração Pública não detém em seus quadros, na maioria das vezes, engenheiros com a expertise para a confecção desses projetos básicos, especialmente, em grandes empreendimentos/obras mais complexas; acaba por contratar particular/projetista para que ele monte o projeto básico, para depois disso realizar a licitação da obra ou serviço

de engenharia. Então, existem os três pólos na relação: a Administração Pública, o projetista e a empreiteira que realizará a obra.

Desta maneira, ao invés de se ter os três supracitados pólos da relação: a Administração Pública contratante, o projetista e a empreiteira executante da obra, tendo ainda projeto básico sob responsabilidade da Administração Pública e projeto executivo sob responsabilidade da empreiteira responsável pela obra - na contratação integrada, ocorre diferente. Posto que a Administração Pública poderá ter apenas um anteprojeto de engenharia (quase um projeto básico) e a confecção do projeto básico e do projeto executivo, além da execução da obra, ficarão por conta da empresa que vencer a licitação.

Benjamin Zymler e Laureano Dios (2014, p. 232/233) diferenciam, com grande maestria, a empreitada integral da contratação integrada:

Há fortes semelhanças com o regime da empreitada integral de que trata a lei n. 8.666/1993, a qual, em essência, consiste, na contratação de um empreendimento em sua *integralidade*, compreendendo a totalidade das etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação. Ou seja, para ambos os regimes há previsão de que o empreendimento deve ser executado mediante contrato na forma *turn key*. O contratado é responsável não só por executar a obra física, mas também por realizar todas as instalações necessárias para que o empreendimento entre em operação, bem como assumir a responsabilidade de todas as interfaces existentes e do relacionamento com os diversos fornecedores. Entretanto, a contratação integrada difere da empreitada integral pelos seguintes motivos:

- a empreitada integral é orçada e realizada mediante projeto básico ou executivo, já a contratação integrada é orçada e realizada mediante anteprojeto de engenharia, o qual constitui documento de engenharia mais simplificado;
- a contratação integrada apresenta hipóteses mais restritas para a elaboração de termos aditivos e há, portanto, maior transferência de riscos para a contratada;
- a contratação integrada está restrita a determinados objetos;
- 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, executar somente o projeto executivo.

Neste sentido, percebe-se que na prática, o que se faz é transferência de riscos, porque na lógica da Lei Geral de Licitações, eventuais discrepâncias entre o projeto básico (que a Administração Pública utilizou na licitação) e a execução da obra e seu

respectivo projeto executivo – serão absorvidas pelo Poder Público, através dos chamados aditivos e equilíbrios econômicos, que geram os famosos noticiários, tão lamentáveis na realidade brasileira, em que, por exemplo, um grande estádio de futebol que se imaginou custar R\$ 2 milhões, passou a custar três, quatro ou cinco vezes a mais do que o previsto. Esses aditivos são, muitas vezes, decorrentes entre as discrepâncias entre o projeto básico e a execução da obra através do projeto executivo. E pela lógica da Lei n. 8.666/93 é o Poder Público que arca o ônus por essas desconexões.

Todavia, na contratação integrada, parte desse risco é transferido para a empresa que venceu a licitação, uma vez que esta é responsável pela confecção do projeto básico, do projeto executivo e pela consequente execução da obra.

Logo, a grande diferença entre contratação integrada e os outros regimes de execução foi o que fora explanado acima, ou seja, sai-se de um regime *Design Bid Build* para um regime *Design Build*, sai-se de um regime com três partes - a que monta o projeto básico, a Administração Pública que vai realizar a contratação e a empresa que confecciona o projeto executivo e executa a obra (maioria das vezes) - para o modelo em que a empresa que vence a licitação faz não apenas o projeto executivo, mas que também confecciona o projeto básico e as discrepâncias entre seu projeto básico e seu projeto executivo serão, via de regra, por ela assumidas. Então, a contratação integrada significa transferência de riscos para a empresa que vai vencer a licitação.

A contratação integrada, que é um modelo *Design Build*, é usada por diversos países da Europa e dos EUA, diversas administrações públicas adotam esse regime, obviamente, que nem sempre o regime *Design Bid Build* será pior que o regime *Design Build*, pois em determinados momentos ao invés de utilizar a contratação integrada é melhor adotar o regime de empreitada por preço global. Ora, se a administração tem condições de montar um bom projeto básico, com boa certeza na execução, pode ser interessante utilizar uma empreitada por preço global ou uma empreitada integral. Aqui,

deve ser lembrada, novamente a flexibilidade do RDC, pois pode ser adotado o regime de contratação integrada, que é inclusive preferencial ou adotar os demais regimes previstos na Lei n. 8.666/93 e na Lei do RDC.

O regime de contratação integrada é, então, apenas um acréscimo do que já se tem na Lei 8666/93, sendo adotada apenas para obras e serviços de engenharia, obviamente, para obras e serviços de engenharia que detenham alguma complexidade. A contratação integrada precisa de uma justificativa técnica e econômica para a sua aplicação. Na contratação integrada não se tem projeto básico, mas isso não significa que não se tenha um planejamento, porque se terá um anteprojeto de engenharia. Este, por sua vez, é na verdade o documento de planejamento. Então, é errado falar que na contratação integrada não existe planejamento, pois existe planejamento, cujo instrumento é o anteprojeto de engenharia, notadamente, este não possui todos os elementos de um projeto básico, mas a própria Lei do RDC (art. 9º, § 2º, I) define os elementos que precisam constar no anteprojeto, vejamos:

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:

§ 2º No caso de contratação integrada:

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

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

A regulamentação federal n. 7.581/2011 do RDC (art. 74, § 1º), ainda admite que se possa incluir no anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos:

Art. 74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo:

§ 1º Deverão constar do anteprojeto, **quando couber**, os seguintes documentos técnicos:

- I - concepção da obra ou serviço de engenharia;

- II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;
- III - levantamento topográfico e cadastral;
- IV - pareceres de sondagem; e
- V - memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação. (grifos nossos).

Pretende-se conferir à licitação um lastro mínimo comparativo para a definição da proposta mais vantajosa, prescreve o § 3º do art. 9 da Lei do RDC: “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”.

Cláudio Sarian e Rafael Jardim explanam (2014, p.249):

Essa possibilidade de desenvolver o projeto básico somente após a contratação embute elevado número de consequências em todas as fases do processo, desde a sua concepção até a entrega final. Em face dessa inovação, considerando que as soluções técnicas para a consecução do produto serão desenvolvidas a posterior da disputa licitatória, metodologias diferenciadas de execução e soluções de projeto múltiplas poderão ser ofertadas. Tendo em vista que serão apresentados preços envolvendo tecnologias díspares, a definição do que venha a ser a melhor proposta é altamente afetada. Os instrumentos convocatórios, por conseguinte, devem abrigar critérios específicos para a definição dessa oferta mais vantajosa. É imprescindível que sejam avaliados para tal mister não apenas os custos de execução da solução apresentada, mas todos aqueles que serão realizados em sua operação e manutenção.

Por conta do exposto acima, inicialmente, a lei do RDC restringia a adoção da contratação integrada ao critério de julgamento “técnica e preço” (art. 9º, § 2º, III da Lei n. 12.462), hoje, essa restrição foi expurgada da lei, através da medida provisória n. 630/2013, indicando referido critério de julgamento em caráter meramente preferencial, mas permitindo excepcionalmente a utilização das demais possibilidades de julgamento previstas no RDC. Logo, pode-se ter a contratação integrada adotando o menor preço.

Há uma restrição expressa a adoção de aditivos na contratação integrada (art. 9º, § 4º da Lei do RDC), porque eventuais aditivos que seriam decorrentes da discrepância entre o projeto básico e o projeto executivo não ocorrem mais, pois a responsabilidade

da elaboração destes agora é da empresa vencedora contratada, não havendo motivo para haver aditivo.

§ 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.

Todavia, é possível haver aditivo, se a própria Administração estiver decidindo alterar a execução da obra ou serviço de engenharia, por exemplo, se Poder Público quer realizar alteração qualitativa (inciso I supra) - construir um estádio sem teto e depois querer o mesmo estádio, agora, com cobertura. Nesse caso, como se trata de uma alteração qualitativa, oriunda da vontade da Administração Pública, obviamente, existe a possibilidade de aditivo e conseqüentemente há equilíbrio econômico.

Assim, se esse reequilíbrio econômico for decorrente de um risco, de uma álea extraordinária que ficou sob responsabilidade da Administração num documento, que se verá em seguida, chamado de matriz de riscos, também haverá a possibilidade de aditivo contratual (inciso I supra).

Em suma, a contratação integrada é um regime de contratação *Desing Build*, em que o licitante vencedor deverá elaborar o projeto básico e o executivo com base em um anteprojeto de engenharia fornecido pela Administração Pública, que conterà todos os elementos necessários à elaboração de propostas (art. 9º, LRDC). Como houve a transferência de riscos, observa-se que existe na contratação integrada, uma contratação de preço fechado, por isso que o art. 9º da Lei do RDC, em regra, veda a celebração de termos aditivos, mas essa vedação não é absoluta, como visto alhures.

Lump Sum: Fica vedada a celebração de termos aditivos, salvo para a recomposição do equilíbrio econômico financeiro por caso fortuito/força maior ou por alterações imprescindíveis solicitadas pela Administração Pública (art. 9, § 4º, LRDC)

Quando seria aplicável o regime de contratação integrada? O art. 9º esclarece:

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)
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).

Aqui, cabe uma observação, em relação essa possibilidade de utilização com diferentes metodologias, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem restringido um pouco essa adoção, entendendo que a diferença de metodologia tem que ser realmente relevante. Nesse sentido o Acórdão 1399/2014 – Plenário do TCU:

Para o enquadramento de obra ou serviço de engenharia ao RDC, mediante a hipótese prevista no art. 9º, inciso II, da Lei 12.462/2011, a “possibilidade de execução mediante diferentes metodologias” deve corresponder a diferenças metodológicas em ordem maior de grandeza e de qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre propostas, de forma a propiciar soluções vantajosas e ganhos reais para a Administração e a justificar os maiores riscos (e, em tese, maiores preços embutidos) repassados ao particular. Este enquadramento não se presta a situações nas quais as diferenças metodológicas são mínimas, pouco relevantes ou muito semelhantes, como ocorre nos casos de serviços comuns, ordinariamente passíveis de serem licitados por outros regimes ou modalidades (Acórdão 1399/2014-Plenário).

A contratação integrada possui vantagens e desvantagens²², abaixo segue pormenorizado:

Vantagens potenciais:

- ✓ Absorção de metodologias diferenciadas ou tecnologias.

²² Vantagens e desvantagens definidas pelo professor Ronny Charles em curso telepresencial “Entendendo as Licitações” do CERS.

- ✓ Atração de expertise indisponível no órgão contratante. Às vezes, a empreiteira tem acesso a uma tecnologia, que a Administração Pública e o seu projetista não têm conhecimento
- ✓ Maior integração entre projeto e execução da obra, com menores custos de transação. Assim, se acaba com a situação, em que se tem de um lado, as discrepâncias entre o projeto básico e a execução da obra, no qual se tem de um lado o projetista que tem a expertise, do outro lado a empreiteira que tem a expertise, havendo quase sempre divergências entre eles e no meio disso tudo a Administração Pública, que tem menos conhecimento, menor expertise sobre aquele assunto.
- ✓ Concentração de responsabilidade em um único contratado.
- ✓ Melhores incentivos para atendimento a cronogramas e adoção de metodologias mais eficientes (custo x benefício). Posto que, como a empresa não irá se beneficiar de erros no cronograma para ter reequilíbrios econômicos, ela tentaria fazer a obra, em tese, de forma mais eficiente possível.
- ✓ Maior previsibilidade do orçamento da obra (contratos “lump sum”), evitando, então, aqueles famigerados aditivos contratuais.

Desvantagens potenciais:

- ✓ Perda de controle sobre o objeto contratado – que enseja aceitação de projeto, com atuação mais forte da fiscalização, para evitar uma má execução da empresa que ganhou a licitação; cronograma de desembolsos compatível com físico.
- ✓ Risco de deterioração do objeto contratado - definição do objeto/parâmetros de desempenho e responsabilidades pós-contratuais.
- ✓ Contrato “lump sum” demanda atribuição de responsabilidades precisa – matriz de riscos.
- ✓ Imprecisão na definição do orçamento e “preço” da matriz de riscos.

Existem dois conceitos que estão inseridos na contratação integrada, quais sejam: matriz de riscos e taxa de riscos. Foi explanado ao longo do presente trabalho monográfico que a matriz de risco define os riscos que são transferidos para uma parte ou para outra, sendo um anexo do contrato, ou seja, uma cláusula contratual que vai definir que determinado risco será absorvido por uma parte e que outro risco será absorvido por outra parte. Por exemplo, pensando em alguns riscos extraordinários, como o aumento de tributo incidente sobre o contrato, quem é que melhor pode absorver esse risco? A Administração Pública contratante ou o contratado? Sem dúvidas, a Administração Pública contratante.

Ora, se a contratação integrada jogaria, em tese, todo o risco pra o contratado, já que ele monta o projeto básico, surge nesse cenário à matriz de riscos. Esta, por sua vez, criada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, justamente, para definir de forma mais precisa, pois existem alguns riscos que não são interessantes serem transferidos para o contratado, pois é muito melhor que eles sejam absorvidos pela Administração Pública. Isto, posto que é muito importante na transferência de riscos usar a chamada “regra de ouro”, em que se transfere o risco para a parte contratante que melhor pode absorvê-lo. Já em relação a outros riscos, como por exemplo, greve ou riscos de falha geológica – deveriam ser transferidos para o próprio contratado.

A matriz de riscos, assim definida pelo TCU, é um importante instrumento para definir as responsabilidades de cada contratante, neste sentido, Acórdão 1510/2013:

ACÓRDÃO 1510/2013 ATA 22/2013 - PLENÁRIO - 19/06/2013

Relator: VALMIR CAMPELO

9.1.3. a "matriz de riscos", instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, na medida em que é informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte das licitantes, é elemento essencial e obrigatório do anteprojeto de engenharia, em prestígio ao definido no art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei 12.462/2011, como ainda nos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da obtenção da melhor proposta.

Cláudio Sarian e Rafael Jardim (2014, p. 265) definem matriz de risco como:

(...) como o instrumento, disposto em edital e no contrato, definidor de responsabilidades das partes, em termos de ônus financeiro, decorrentes de fatos supervenientes à assinatura do ajuste que tenham potencial impacto no adimplemento do objeto. A matriz de risco confere segurança jurídica e simetria de informações entre contratante e contratado, bem como define, de maneira clara e objetiva, as conseqüências contratuais decorrentes de evento futuro. Uma vez que o anteprojeto (ou parte dele) apresenta grande margem para ajustes – pois contratada poderá, na medida contratual, modificar as soluções preliminares nele definidas -, existe, a possibilidade de ocorrência de determinado evento deixar dúvidas sobre a justeza de se pactuar um termo aditivo.

Então, a matriz de riscos, baseada na experiência, vai definir os riscos que ficarão com a Administração Pública e os que ficarão com o contratado. Logo, a matriz de risco é uma cláusula contratual, anexa do contratado, ou seja, um documento da contratação que vai definir de forma mais precisa, indicando pela experiência na execução desse tipo de obra ou serviço de engenharia, aqueles riscos que vão ficar com o contratado e aqueles riscos que vão ficar com o Poder Público contratante.

A matriz de riscos é obrigatória? Apesar de não constar literalmente no texto legal, “a discriminação de responsabilidades contratuais na matriz de riscos é altamente impactante do valor a ser ofertado pela obra, em especial nos casos de contratação integrada.” (ALTOUNIAN/CAVALCANTE, 2014, p. 270).

Neste sentido, o art. 9º, § 2º: “No caso de contratação integrada: o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a *possibilitar a caracterização da obra ou serviço*” (grifos nossos).

Agora, uma vez havendo a transferência de riscos para o contratado, esses riscos serão precificados por ele, isso pode fazer com que a proposta do contratado tenha um *plus*, um valor a mais, por conta, justamente, desses riscos. “Trata-se de corolário da ciência econômica, quanto mais riscos assumidos, proporcionalmente maiores são os encargos financeiros para adimplir os encargos decorrentes dessas responsabilidades”. (ALTOUNIAN/CAVALCANTE, 2014, p. 270).

Pelo exposto, a matriz de risco é elemento fundamental para a caracterização do objeto pretendido pela Administração, logo seu detalhamento é obrigatório. Nessa linha, o Acórdão n. 1.510/2013 do TCU:

ACÓRDÃO 1510/2013 ATA 22/2013 - PLENÁRIO - 19/06/2013

Relator: VALMIR CAMPELO

2. Depreende-se, pois, a indispensabilidade de clarear as regras da pactuação. Essas informações, tendo em vista impactarem relevantemente as expectativas de despesa das contratadas, são mandatórias. Tais esclarecimentos também caracterizam o objeto e as suas respectivas obrigações. Aliás, a matriz deve ser elaborada em coerência com o anteprojeto, visto que, caso se estabeleça obrigação em que não haja liberdade para a contratada inovar, tais encargos devem ter detalhamento obrigatório à época da licitação.

(...)

9.1.3. a "matriz de riscos", instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, na medida em que é informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte das licitantes, **é elemento essencial e obrigatório do anteprojeto de engenharia**, em prestígio ao definido no art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei 12.462/2011, como ainda nos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da obtenção da melhor proposta. (grifos nossos).

E esses riscos não são auferidos na estimativa de custos da Administração Pública, que usa o SINAPI ou o SICRO para precificar aquela obra ou serviço de engenharia. Desta feita, por conta disso, admite-se no RDC, que além da matriz de riscos se possa incluir a taxa de risco.

Benjamin Zymler e Laureano Dios ensinam (2014, p.244):

As maiores restrições à celebração de aditivos acarretam maiores riscos para a contratada, a qual deverá assumir os respectivos ônus caso o necessário para a execução do objeto contratado seja além do previsto no anteprojeto de engenharia. Esse risco é potencializado pelo fato de que a ausência de projeto básico aumenta o grau de incerteza acerca do orçamento da obra.

Nessa linha de pensamento, é oportuno o trecho do voto condutor do Acórdão do TCU n. 1465/2013:

ACÓRDÃO 1465/2013 ATA 21/2013 - PLENÁRIO - 12/06/2013

Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

9. A responsabilidade da executora pelo projeto básico conjugada com a proibição de aditivo contratual para correção de erro na elaboração desse instrumento impõe à contratada a assunção dos riscos financeiros adicionais

que eventualmente surgirem para a conclusão da obra conforme os padrões de qualidade.

Esses riscos deverão ser precificados pelos licitantes de forma que nas suas propostas contemplem um adicional, *plus*, a respeito. Assim, de acordo com o que diz o § 5º do art. 9ª da Lei 12462/2011:

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)

(...)

§ 5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

Pela leitura do dispositivo supra, convém esclarecer que essa taxa de risco não é o risco incluído no BDI, ela serve apenas para que o teto estimado pela Administração Pública ganhe um *plus*, que é essa taxa de risco para fins de aceitação das propostas dos licitantes.

É conveniente que os editais prevejam claramente os riscos a serem suportados pela contratada e aqueles de responsabilidade da administração. Assim, propiciar-se-á maior segurança jurídica aos licitantes e reduzir-se-á a taxa de risco embutida em suas propostas. (ZYMLER/DIOS, 2014, p. 245)

4.3 PRÉ-QUALIFICAÇÃO PERMANENTE

Último ponto polêmico, mas não menos importante, do Regime Diferenciado de Contratações é a pré-qualificação permanente.

Convém elucidar que já existia pré-qualificação na Lei n. 8.666/93 (art. 114), sendo um procedimento muito criticado. Mas o que é a pré-qualificação na Lei 8666/93? É a

antecipação da análise da habilitação técnica para seleção daqueles que a detém e posterior continuação da licitação.

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§ 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

Pré-qualificação é um procedimento prévio à licitação criado pelo RDC, em seu art. 30:

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§ 1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados.

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

A pré-qualificação da Lei Geral de Licitações é um “procedimento realizado no âmbito de uma licitação específica com o objetivo de antecipar parte da fase habilitatória para análise acurada da qualificação dos interessados. Já a homônima prevista no RDC tem por objetivo servir de lastro para quantas licitações de objetos semelhantes compatíveis foram necessárias, isto é, não há relação direta e única entre o procedimento de pré-qualificação e a licitação do objeto”. (ALTOUNIAN/CAVALCANTE, 2014, p. 177).

Sendo assim, no RDC a pré-qualificação tem uma característica singular em relação à Lei n. 8.666/93, qual seja: ela é permanente (§ 1º), ficando aberta para outras licitações de objetos semelhantes e compatíveis. Então, é a oportunidade para que a Administração Pública, caso queira, antecipe a análise da habilitação técnica através de

um procedimento próprio chamado de pré-qualificação permanente. Isso é mais ou menos o que a Administração Pública faz, por exemplo, com o registro cadastral. O registro cadastral, a exemplo do SICAF - a Administração Pública antecipa a análise da habilitação jurídica, as vezes, antecipa, inclusive, a análise da habilitação econômica ou mesmo a regularidade fiscal dos licitantes. Da mesma forma, em relação a habilitação técnica, deve ocorrer a antecipação dessa habilitação com a qualificação permanente.

Desta maneira, se trata de um procedimento prévio e auxiliar a licitação, assim como é o Sistema de Registro de Preços (SRP), como o catálogo de padronização eletrônico ou mesmo registro cadastral - em que a Administração Pública pode antecipar a análise da documentação técnica.

A pré-qualificação permanente, como procedimento prévio, serve não apenas para aferição técnica do fornecedor, mas também de produtos. Por isso, que a pré-qualificação permanente pode ser subjetiva, quando ela seleciona a habilitação técnica do fornecedor; ou objetiva, quando ela avalia a qualidade técnica do produto. Neste sentido, os incisos do art. 30 da Lei do RDC:

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

Sendo assim, o conceito de pré-qualificação permanente seria o seguinte: procedimento anterior à licitação destinado a identificar fornecedores aptos ao fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra; e bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

A natureza jurídica da pré-qualificação permanente é ato administrativo declaratório e constitutivo, porque ele garante o direito àquele que recebeu a certificação de pré-qualificado, sendo que nas próximas licitações pertinentes, ele poderá apresentar essa certificação de pré-qualificado. Frise-se, mais ou menos, como se tinha no registro cadastral, ou seja, no SICAF, em que a empresa ou fornecedor antecipa a habilitação, levando a documentação por estar cadastrado no SICAF, assim, quando ele for

participar das futuras licitações, bastaria o registro cadastral em relação àquela documentação já apresentada (por exemplo, documentos relacionado a sua habilitação jurídica). A pré-qualificação permanente funciona da mesma forma, só que somente em relação à habilitação técnica.

A pré-qualificação permanente possui algumas características²³, vejamos:

- ✓ Permanentemente aberta;
- ✓ Validade definida de até 12 meses;
- ✓ Antecipa análise parcial da habilitação técnica;
- ✓ Pode ser aproveitada para vários certames pertinentes;
- ✓ Pode ser atualizada (“*up grade*”);
- ✓ Submete-se aos princípios da licitação;
- ✓ É reconhecida através de certificado.

Abaixo segue pormenorizadas as vantagens da pré-qualificação permanente:

- ✓ Redução de decisões contraditórias;
- ✓ Otimizar avaliações técnicas do certame;
- ✓ Redução dos custos administrativos dos certames;
- ✓ Redução dos custos para licitantes;
- ✓ Teórica redução do valor das propostas.

Benjamin Zymler e Laureano Dios definem o objetivo da pré-qualificação, com muita propriedade, valendo a transcrição (2014, p. 259):

O objetivo primordial da pré-qualificação é *fazer uma sondagem do mercado* para, a partir daí, serem avaliadas as decisões da administração. (...) A pré-qualificação terá sua utilização para a identificação de objetos e fornecedores com determinadas condições técnicas ainda não contratados usualmente pela administração. Assim, de acordo com os resultados, pode-se decidir, por exemplo, pela realização de licitação, caso se verifique haver potencial para uma ampla competição, ou até mesmo, pela desistência da contratação, caso se verifique a ausência no mercado de um número adequado de fornecedores ou bens. Possibilita-se ainda uma *calibragem das exigências técnicas*, seja em relação a fornecedores seja em relação a bens. Caso as exigências sejam

²³ Definição feita pelo professor Ronny Charles no curso Telepresencial, “Entendendo as Licitações” – CERS.

atendidas por uma parcela demasiadamente reduzida de interessados, pode-se chegar à conclusão de que elas seriam excessivamente restritivas, prejudicando indevidamente a competitividade de futuros certames. Caso as exigências não filtrem fornecedores ou bens potencialmente inaptos para servir à administração, pode-se chegar à conclusão de que as exigências devem ser mais rígidas.

Espécies de pré-qualificação permanente são as seguintes:

- ✓ Pré-qualificação subjetiva;
- ✓ Pré-qualificação objetiva;
- ✓ Pré-qualificação parcial – é quando apenas uma parte dos requisitos de habilitação técnica das futuras licitações está sendo antecipada na pré-qualificação permanente. Assim, nas futuras licitações, o licitante vai trazer sua certificação de pré-qualificado, mas também terá que trazer os demais documentos para a prova da qualificação técnica complementar;
- ✓ Pré-qualificação total – envolvendo todos os documentos para a habilitação técnica relacionado aos futuros certames.

Convém elucidar que quando a pré-qualificação for total²⁴, independente de ser objetiva ou subjetiva, a lei admite que sejam estabelecidas licitações restritas aos licitantes pré-qualificados, justificadamente, desde que (§ 2º do art. 30 da Lei n. 12.462 e art. 86 do decreto n. 7.581/2011):

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

Art. 86. A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, justificadamente, desde que:

I - a convocação para a pré-qualificação discrimine que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados;

II - na convocação a que se refere o inciso I do caput conste estimativa de quantitativos mínimos que a administração pública pretende adquirir ou contratar nos próximos doze meses e de prazos para publicação do edital; e

III - a pré-qualificação seja total, contendo todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação.

§ 1º O registro cadastral de pré-qualificados deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, a chamamento

²⁴ A Licitação restrita aos pré-qualificados não vale para a pré-qualificação parcial, consoante o art. 86, III do decreto regulamentador do RDC.

público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

§ 2º Só poderão participar da licitação restrita aos pré-qualificados os licitantes que, na data da publicação do respectivo instrumento convocatório:

I - já tenham apresentado a documentação exigida para a pré-qualificação, ainda que o pedido de pré-qualificação seja deferido posteriormente; e

II - estejam regularmente cadastrados.

§ 3º No caso de realização de licitação restrita, a administração pública enviará convite por meio eletrônico a todos os pré-qualificados no respectivo segmento.

Ou seja, quando a pré-qualificação for total pode existir uma regra no edital de pré-qualificação, que restringe a participação nas ulteriores licitações apenas aos pré-qualificados.

Neste caso, a convocação para a pré-qualificação deve discriminar que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados. Sendo assim, a pré-qualificação deve ser necessariamente total, contendo todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação, cuja convocação para a pré-qualificação deve informar a estimativa de quantitativos mínimos para os próximos doze meses e de prazos para publicação do edital (art. 86, § 1º do decreto regulamentador do RDC).

Sobre os quantitativos mínimos cabe uma ressalva. A norma prevê apenas a especificação dos quantitativos mínimos no instrumento de convocação, o que poderia dar a entender que não haveria limites máximos de quantitativos para realização de licitações com base em determinada pré-qualificação. Esse entendimento não parece ser o melhor pois vai de encontro aos princípios norteadores das licitações públicas, pois pode afetar a economia de escala e a busca da proposta mais vantajosa para a administração pública. (ZYMLER/DIOS, 2014, p. 263).

Pelo exposto, esclarece o TCU no Acórdão n. 991/2009:

ACÓRDÃO 991/2009 ATA 18/2009 - PLENÁRIO - 13/05/2009

Relator: MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

1.44. Quanto ao princípio da economicidade, é preciso considerar que, em razão da economia de escala, quanto maior o quantitativo de um produto ou serviço a ser adquirido, menor tende a ser seu preço unitário. Assim, se um edital prevê a aquisição de determinada quantidade de um produto ou serviço, mas é adquirido o dobro, ainda que no dobro do prazo inicialmente previsto, é

possível que tenha havido desvantagem para a Administração em termos de economia de escala.

Assim, nessas hipóteses supra, se pode criar uma regra de que só participarão da licitação os pré-qualificados. Agora é importante lembrar, diferente do que se tem na Lei 8666/93, aqui no RDC a pré-qualificação é aberta, logo, se a Administração tinha uma previsão de 10 licitações e o licitante não buscou a pré-qualificação, mesmo esta explícita no edital, perdendo, assim, o prazo da pré-qualificação daquela primeira licitação, todavia ele poderá buscar posteriormente a pré-qualificação para participar do segunda/terceira/quarta/décima - licitações subsequentes.

É oportuno as lições de Benjamin Zymler e Laureano Dios sobre essa matéria (2014, p. 263):

Com efeito, para que não seja caracterizada uma restrição indevida à participação no certame, faz-se necessário que a pré-qualificação seja cercada de ampla divulgação de forma que nenhum daqueles que tenha interesse em contratar com a administração seja “surpreendido” com o lançamento de um edital restrito a determinados pré-qualificados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi acima analisado na doutrina e jurisprudência pátria sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, é possível realizar as seguintes explicações.

Ao considerar os tópicos estudados de maneira breve nessa monografia, pode-se perceber que O Regime Diferenciado de Contratações (RDC), assim, foi aprovado em agosto de 2011 com foco exclusivo nas obras da Copa do Mundo de 2014 e nas Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016. Rapidamente, porém, teve sua aplicação ampliada para diversos outros tipos de empreendimentos,

Por tudo o exposto, constata-se que o Regime Diferenciado de Contratações é uma modalidade licitatória bastante flexível, tornando-se, conseqüentemente única, afastando-se, pois, a divisão do procedimento em diversas modalidades licitatórias definidas exclusivamente em função do valor da contratação, como ocorre com as modalidades previstas no regime tradicional de licitações. Essa unicidade permite maior assimilação do procedimento como um todo pela sociedade e pelos agentes públicos, o que potencialmente contribui para a diminuição dos erros, quando da realização das contratações públicas. Assim, o RDC ampliou a eficiência e competitividade nas contratações públicas por meio dos diversos mecanismos explanados ao longo deste trabalho científico.

Pelos argumentos alhures, constata-se a característica principal do regime diferenciado de contratações públicas, que é a sua flexibilidade, permitindo uma mudança procedimental desta modalidade licitatória, tornando-a parecida com o pregão ou com a concorrência, admitindo, inclusive, que ela agregue ferramentas de acordo com a pretensão contratual almejada. Por exemplo, podendo existir no RDC, ou não, a remuneração variável, bem como podendo existir, ou não, a possibilidade de contratação simultânea, podendo estabelecer diversos critérios adotados na Lei n.

8.666/93, mas também se pode estabelecer um critério novo, de maior retorno econômico, em que se tem um contrato de eficiência, no qual a empresa irá oferecer, não um preço pelo seu serviço, mas uma redução na despesa corrente do Poder Público e para esta redução, ela pede uma remuneração – sendo uma nova forma de aferição da proposta para o melhor contrato de eficiência. Podem coexistir modos de disputa aberto (como no pregão eletrônico), fechado (como na concorrência), aberto/fechado ou fechado/aberto (como no pregão presencial).

Pelo exposto, percebe-se as variadas possibilidades admitidas no regime diferenciado de contratações públicas, que vão permitir que o gestor modele o procedimento licitatório da forma que melhor alcance o interesse público, buscando, conseqüentemente a melhor seleção possível para o atendimento da pretensão administrativa.

O seu caráter flexível foi um grande avanço do regime diferenciado de contratações, confiando mais na opção adotada pelo gestor público do que numa previsão abstrata, absoluta, geral, hermética do legislador, que muitas vezes, se mostra incompatível com a necessidade concreta da Administração. Trata-se de um grande avanço, que influenciou os regimes que vieram depois do RDC, como por exemplo, a Lei das Estatais e, certamente, influenciará a nova Lei, um dia sendo aprovada, que regulamentará as licitações Públicas, que há tantos anos vem sendo alardeada, mas até o presente momento não foi aprovada pelo Congresso Nacional.

Contudo, embora o RDC seja um avanço em relação ao regime tradicional de licitações, ele não pode ser percebido como uma solução para os problemas da administração pública do país. Por isso, embora o RDC aponte avanços em relação ao regime tradicional de licitações, ele não deve ser percebido como uma nova lei de licitações, pois há muito a avançar ainda, posto que há temas que não foram devidamente discutidos no RDC e avanços que ainda são por demais necessários, sobretudo, no

regime das contratações públicas, no regime dos contratos administrativos propriamente ditos.

Espera-se que as boas novas do RDC sirvam de inspiração para a nova Lei Geral de Licitações e que esta, por sua vez, não abdique de avançar onde o RDC não avançou e de corrigir algumas pequenas falhas identificadas nesse regime específico.

Em suma, não se buscou esgotar o tema em análise, mas apenas proporcionar boas balizas de estudo sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, alterado pelo Decreto nº 8.251, de 23.05.2014, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 5.8.2011: Lei do RDC*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 11 març 2018.

_____.Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____.Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____.Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição federal, Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____.Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição federal, Institui no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 1.650/2006. Disponível em:
<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1650%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 1.036/2012. Disponível em:
<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1650%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 62/207. Disponível em:
<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A62%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 539/2007. Disponível em:
<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A539%2520ANOACORDAO%253A2007%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 531/2007. Disponível em:
<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A531%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 3011/2011. Disponível em:
<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3011%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 2832/2015. Disponível em:
<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2832%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

52C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 306/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A306%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 3011/2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3011%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 1541/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1541%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 1399/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2010/NUMACORDAO%253A1399%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 1510/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1.510%2520ANOACORDAO%253A2013%2520RELATOR%253A%2522VALMIR%2520CAMPELO%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____.TCU. Acórdão nº. 1465/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1465%2520ANOACORDAO%253A2013%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520M%25C3%259ACIO%2520MONTEIRO%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

_____. TCU. Acórdão nº. 991/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A991%2520ANOACORDAO%253A2009%2520RELATOR%253A%2522MARCOS%2520VINICIOS%2520VILA%25C3%2587A%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

CARDOSO, André Guskow. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 58, dezembro de 2011, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

CHARLES, Ronny; MARRY, Michelle. *RDC – Regime Diferenciado de Contratações*. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. 9. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC: (Lei nº 12.462/11 e Decreto nº 7.581/11)*. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 17 ed. São Paulo: Dialética, 2016.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações: RDC*. 3. Ed. Belo Horizonte. Fórum: 2013.