



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

MARCEL PEREIRA

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: ASPECTOS
CONSTITUCIONAIS E INOVAÇÕES TRAZIDAS AO CAMPO
DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

BRASÍLIA

Maior / 2015

MARCEL PEREIRA

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: ASPECTOS
CONSTITUCIONAIS E INOVAÇÕES TRAZIDAS AO CAMPO
DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Orientador: Professor Doutor Mamede Said
Maia Filho

BRASÍLIA

Maio / 2015

MARCEL PEREIRA

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: ASPECTOS
CONSTITUCIONAIS E INOVAÇÕES TRAZIDAS AO CAMPO DAS LICITAÇÕES
PÚBLICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Prof. Doutor Mamede Said Maia Filho (Orientador)

Prof. Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins

Prof. Mestre Bruno Rangel Avelino

Aos meus familiares e amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a todos que me acompanharam nessa caminhada para a conclusão de mais uma etapa de minha formação pessoal e profissional, em especial:

À minha esposa, Leila, que ao longo dos seis anos de curso sempre esteve ao meu lado dando o apoio necessário para superar os desafios de cada dia;

À minha querida filha Elis, que, antes mesmo de vir ao mundo, trouxe ainda mais alegria e motivação aos meus dias;

Aos meus pais, Sandra e Jairo, pelo carinho, atenção, apoio e exemplo de vida a serem seguidos;

À minha irmã (Renata) e aos demais familiares pelo carinho e companheirismo;

Ao Professor Mamede Said Maia Filho, pela orientação na elaboração do presente trabalho e pelo conhecimento transmitido nas diversas matérias em que nos encontramos ao longo do curso;

Aos professores Argemiro Cardoso Moreira Martins e Bruno Rangel Avelino pela gentileza de terem aceitado participar da banca examinadora;

Aos demais professores da UnB, por todos os ensinamentos passados;

Aos amigos do curso de Direito, pelo incentivo e pela prazerosa convivência durante a graduação.

RESUMO

Até o ano de 2011, as contratações realizadas pelo poder público tinham como normas de referência a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02. A primeira, que instituiu normas gerais de licitações em âmbito nacional, é frequentemente criticada em razão de seu excessivo controle procedimental. Já a segunda, que trata da modalidade de licitação pregão, é acusada de possuir campo de aplicação demasiadamente limitado, restrito aos bens e serviços tidos por comuns. Amparado em tais críticas, e alegando a necessidade de um novo marco legal para as contratações públicas que conferisse mais eficiência à atividade administrativa, principalmente para viabilizar a execução das obras de infraestrutura necessárias à realização da Copa das Confederações Fifa de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.462/11, que cria o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Trata-se de um regime autônomo em relação às normas de licitação então existentes. Inicialmente, o novo regime de contratação poderia ser aplicado apenas às obras vinculadas aos mencionados eventos esportivos. Em um segundo momento, contudo, seu campo de aplicação foi sendo ampliado, alcançando, dentre outros, as obras do Programa de Aceleração do Crescimento, do Sistema Único de Saúde, de melhorias em aeródromos públicos, do sistema público de ensino e do sistema penitenciário. Nesse sentido, este trabalho se dedica a examinar a adequação constitucional da lei que instituiu RDC, bem como as principais inovações trazidas pelo novo regime.

Palavras-chave: Licitação. Normas gerais. Regime Diferenciado de Contratações.

ABSTRACT

Until the year 2011, the reference of legal basis for public contracts performed by the Government was Law n° 8,666/93 and Law n° 10,520/02. The first, which determines general rules for bidding nationwide, is often criticized because of its excessive procedural control. The second one, which deals with bidding trading mode 'pregão', is accused of having too limited scope, restricted to goods and services judged as common. Based on such criticisms, and claiming for the need of a new legal framework for public procurement that would provide greater quickness for that administrative procedure, mainly to enable the execution of infrastructure constructions expected for the 2013 FIFA Confederations Cup, 2014 FIFA World Cup and the Olympic and Paralympic Games in 2016, the National Congress approved Law n° 12,462/11, establishing the Special System of Public Procurements (Regime Diferenciado de Contratações - RDC) . It is an autonomous regime if compared to the existing bidding rules. Initially, the new procurement regime could only be applied to works related to the mentioned sporting events. In a second time, however, its scope was enlarged, reaching, among others, constructions related to the Growth Acceleration Program (Programa de Aceleração do Crescimento – PAC), the Health System Program, improvements in public aerodromes, public school system and prison system. In this sense, this work is dedicated to examining the constitutional adequacy of the law that established the RDC, as well as major innovations introduced by the new regime.

Keywords : Bidding . General rules . Special System of Public Procurements.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Adin - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU - Advocacia-Geral da União
Anac - Agência Nacional de Aviação Civil
APO - Autoridade Pública Olímpica
BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento
CEF - Caixa Econômica Federal
DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
Fifa - Federação Internacional de Futebol
FNAC - Fundo Nacional de Aviação Civil
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Infraero - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A.
PAC - Programa de Aceleração do Crescimento
RDC - Regime Diferenciado de Contratações Públicas
STF - Supremo Tribunal Federal
Sicro - Sistema de Custos de Obras Rodoviárias
Sinapi - Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil
SUS - Sistema Único de Saúde
TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	8
Introdução	10
1. Normas constitucionais acerca de licitação e a polêmica referente à tramitação legislativa do RDC	12
1.1. Dever constitucional de licitar	12
1.2. Competência constitucional para legislar sobre licitação	13
1.3. O RDC e a polêmica em sua aprovação	16
1.3.1. Aspectos históricos da tramitação do RDC no Congresso Nacional	16
1.3.2. Divergências acerca da infringência às normas do processo legislativo constitucional e ao princípio da separação dos poderes	18
1.3.3. Divergências acerca da infringência ao art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal	24
2. Âmbito de aplicação, princípios, objetivos e diretrizes do novo regime	27
2.1. Âmbito de aplicação do RDC	27
2.2. Princípios, objetivos e diretrizes do RDC	29
3. Inovações trazidas pelo RDC	32
3.1. Inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas e fase recursal única	33
3.2. Reformulação do instituto da pré-qualificação	36
3.3. Catálogo eletrônico de padronização	38
3.4. Indicação de marca ou modelo e exigência de amostra, certificação de qualidade e carta de solidariedade na aquisição de bens	40
3.5. Orçamento sigiloso	46
3.6. Utilização de referenciais de preços oficiais	49
3.7. Modo de disputa aberto, fechado ou misto	51
3.8. Critério de julgamento pelo maior desconto	53
3.9. Critério de julgamento pelo melhor retorno econômico e contratos de eficiência	55
3.10. Contratação integrada	56
3.11. Contratação simultânea de mais de uma empresa	61
3.12. Remuneração variável	62
Conclusão	65
Referências bibliográficas	68



Introdução

A Administração Pública, com o fim de alcançar o interesse público primário, vale-se de serviços executados ou de bens fornecidos por terceiros. Para que essa cooperação se torne possível, a Constituição Federal impôs, em seu art. 37, inciso XXI, a necessidade da realização de um procedimento licitatório, com vistas a assegurar igualdade de condições a todos aqueles que desejem contratar com o poder público.

Dessa forma, pode-se dizer que a licitação consiste em um procedimento administrativo vinculado, por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas para a aquisição de bem ou a execução de trabalhos técnicos, artísticos e científicos¹.

Até recentemente, o tema licitações públicas tinha como normas paradigmáticas as Leis n^{os} 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), e 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão). O primeiro normativo estabelece normas gerais de licitações e contratos no âmbito da Administração Pública, enquanto que o segundo aplica-se apenas à aquisição de bens e serviços ditos comuns².

Esse quadro normativo, contudo, não tem sido imune a críticas de diversos setores da sociedade. De mais larga abrangência, a Lei n^o 8.666/93, não raro, é acusada de estar ultrapassada, de ser excessivamente burocrática, contribuindo para a ineficiência da Administração, e de não garantir a contratação da proposta mais vantajosa.

Tendo como pano de fundo esse cenário de questionamentos ao ordenamento vigente, aliado ao dever constitucional de licitar, o Congresso Nacional aprovou, em 5 de agosto de 2011, a Lei n^o 12.462, em que se instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). A norma foi regulamentada, posteriormente, por meio do Decreto n^o 7.581, de 11 de outubro de 2011 (Regulamento do RDC).

A Lei n^o 12.462/11, inovadora ao alçar o RDC como uma novel opção ao gestor público, preocupou-se cristalinamente com o aumento da eficiência administrativa na condução das obras de infraestrutura urbana relacionadas aos megaeventos que o Brasil se comprometeu a sediar, quais sejam, a Copa das Confederações da Federação Internacional de

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 256.

² Lei n^o 10.520/02, art. 1^o, Parágrafo único. **Consideram-se bens e serviços comuns**, para os fins e efeitos deste artigo, **aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.**



Futebol (Fifa) de 2013, a Copa do Mundo de Futebol Fifa de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

A relevância da análise do novo regime de contratações advém do seu caráter inovador, bem como da potencialidade de o RDC servir de base para a reformulação geral da forma como se processam as licitações públicas. Tome-se a título de exemplo o constante alargamento do campo de aplicação da norma que, embora em um primeiro momento tenha abarcado apenas as obras de infraestrutura necessárias à realização dos megaeventos acima mencionados, hoje alcança obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária, do Sistema Único de Saúde (SUS), dos sistemas públicos de ensino, do sistema penitenciário, de áreas atingidas por desastres, assim como de melhorias em aeroportos, aeródromos públicos e armazéns destinados às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários.

Para fomento de tais empreendimentos, a concepção do RDC ensejou discussões que vão desde a forma como se deu a tramitação da matéria no âmbito do Congresso Nacional até os institutos de vanguarda inseridos pelo novo regime de contratações no direito administrativo pátrio.

Diante desse cenário, o presente trabalho se propõe a apresentar as principais discussões que permeiam a instituição do RDC, assim como a analisar as inovações trazidas pelo regime, em comparação com os institutos da Lei de Licitações e Contratos e da Lei do Pregão.

Para tanto, a temática foi dividida em três capítulos. No primeiro, será feita uma breve abordagem teórica acerca do dever constitucional de licitar e da competência para legislar sobre licitações. Será tratada, ainda, da polêmica atinente à tramitação do RDC no Congresso Nacional, bem como dos debates decorrentes desse processo. Em seguida, o segundo capítulo cuidará do âmbito de aplicação do novo regime, assim como dos princípios, objetivos e diretrizes que o norteiam. Já o terceiro capítulo será dedicado à análise das principais inovações trazidas pelo RDC.



1. Normas constitucionais acerca de licitação e a polêmica referente à tramitação legislativa do RDC

1.1. Dever constitucional de licitar

A Constituição Federal estabelece em seu art. 37 que a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deve observar, em sua atuação, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dando maior concretude principalmente aos princípios da impessoalidade e da legalidade no campo das contratações públicas, o mesmo dispositivo estabeleceu como regra a realização de prévia licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pelo Poder Público, conforme disposto em seu inciso XXI:

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

Consoante destacado por Lucas Rocha Furtado³, a redação utilizada no texto constitucional permite extrair duas conclusões. A primeira, que a licitação é o antecedente obrigatório das contratações públicas; a segunda, que somente mediante lei poderão ser discriminadas situações em que a Administração poderá contratar sem licitar.

O dispositivo constitucional explicita, ainda, que o procedimento licitatório deve assegurar a “igualdade de condições a todos os concorrentes”, além de requerer dos licitantes apenas as “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” Com isso, almeja-se conferir isonomia e transparência às contratações públicas, evitando comportamentos fraudulentos de agentes públicos e privados que possam macular a impessoalidade e a moralidade da atividade administrativa. Nessa linha, são válidas as palavras de José dos Santos de Carvalho Filho:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.⁴

³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 60.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 259.



Com vistas a evitar práticas da espécie, a legislação prevê punição severa para o gestor público que promover contratação sem o devido procedimento licitatório. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93, na seção que trata “Dos Crimes e das Penas”, dispõe em seu art. 89:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
Pena - **detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.**
Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. (destaquei)

Destaca-se que a pena por descumprimento do dever de licitar pode alcançar até mesmo o particular, caso reste comprovada sua participação para a consumação da ilegalidade de que tenha sido beneficiado, nos termos do parágrafo único acima transcrito.

Além de constituir ilícito penal, “frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente” constitui ato de improbidade administrativa, na modalidade dano ao erário, conforme prevê o art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Como ilícito civil, as penas cominadas na citada norma podem abarcar aspectos patrimoniais (perda de bens, multa e ressarcimento ao erário), perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios.

1.2. Competência constitucional para legislar sobre licitação

Diferentemente da ordem constitucional anterior, que era omissa com relação à atribuição de competência para legislar sobre licitação, a atual Carta Política tratou expressamente do tema em seu art. 22, inciso XXVII:

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; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) (destaquei)

Conforme se denota, a norma constitucional confere competência privativa à União para estabelecer normas gerais de licitação, as quais serão de observância cogente por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Trata-se, portanto, do que a doutrina denomina de leis nacionais. Com isso, não resta afastada a competência dos demais entes federados para



legislar acerca do tema, desde que atuem de forma complementar e suas normas locais estejam em consonância com os preceitos gerais expedidos pela União.

Ainda de acordo com o mencionado dispositivo, a União é autorizada a editar dois diplomas legais dispendo sobre normas gerais de licitação. O primeiro seria aplicável às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais. Já o segundo, destinar-se-ia às empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, inciso III⁵. Cuida-se de inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98, no bojo da Reforma Administrativa do Estado, vez que a redação original do inciso não fazia essa diferenciação.⁶

Conforme salienta Lucas Rocha Furtado⁷, o objetivo da distinção constitucional no tratamento a ser dado às licitações promovidas pelos órgãos e pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública é claramente o de buscar para as empresas estatais que exploram atividade econômica regras menos rígidas e formalistas do que as estabelecidas para a Administração direta, autárquica e fundacional, de sorte a proporcionar àquelas entidades a flexibilidade necessária para atuarem em mercados competitivos.

Ocorre, contudo, que a competência legislativa da União para dispor sobre normas gerais de licitação fora exercida previamente à Emenda Constitucional nº 19/98. Em decorrência, em 21 de junho de 1993, foi editada a Lei nº 8.666, que instituiu, de forma genérica, normas de licitações e contratos para a Administração Pública, consoante se depreende de seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, **as empresas públicas, as sociedades de economia mista** e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (destaquei).⁸

⁵ Constituição Federal, art. 173, § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispendo sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#) (...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

⁶ A redação original do art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal atribuía competência privativa à União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”.

⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23.

⁸ A Lei nº 8.666/1993, com a pretensão de estabelecer normas gerais de licitações e contratos para a Administração Pública (art. 1º, *caput*), tratou detalhadamente de quase todos os aspectos atinentes ao procedimento licitatório. Em razão disso, é fértil na doutrina o debate acerca de quais dispositivos do diploma, efetivamente, deveriam ser considerados “normas gerais”, de sorte a vincular os entes subnacionais. Dessa



Denota-se, pois, que a norma, ao mesmo tempo em que instituiu normas gerais de licitação para as entidades da Administração direta, autárquica e fundacional, o fez para as empresas públicas e sociedade de economia mista. A despeito da alteração constitucional superveniente, tal realidade jurídica remanesce inerte até a presente data, vez que ainda não foram editadas pela União normas gerais de licitação específicas para as empresas estatais a que se refere o art. 173, §1º, da Constituição Federal.

Aliás, ancorado na inexistência dessa norma geral, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem reiteradamente considerado inconstitucional, pela via incidental, o Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998, que “aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS”.⁹

Nessa esteira, tem-se entendido que as empresas públicas e sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica continuam devendo observância à Lei nº 8.666/93. Nada obstante, devido à natureza de suas atividades, a Corte de Contas Federal tem admitido o temperamento na aplicação da norma quando a utilização de seus dispositivos de forma integral implique risco à atividade-fim da empresa estatal que atue em ambiente concorrencial com a iniciativa privada. Nesse sentido, pode-se citar o seguinte comando dispositivo do Acórdão nº 1.390/2004-TCU-Plenário:

9.1. (...) responder ao consulente que, enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, **podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial**, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório; (destaquei)

forma, os demais dispositivos, não considerados “gerais”, seriam de observância obrigatória apenas para a União, podendo ser disciplinados de forma diversa pelos demais entes federados, nas respectivas legislações locais.

⁹ Vide, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 1.261/2004, 1.704/2005, 39/2006, 139/2006, 150/2006 908/2006, 501/2007 e 1.249/2007, todos do Plenário do TCU. A despeito desse questionamento da Corte de Contas, o decreto continua sendo aplicado pela Petrobras, com amparo em decisões liminares do Supremo Tribunal Federal que suspenderam a eficácia das determinações do TCU, tais como as proferidas no MS 26.783, 25.888, 25.986 e 26.410. O mérito da questão, contudo, não foi enfrentado pela Suprema Corte até a data de apresentação do presente trabalho.



1.3. O RDC e a polêmica em sua aprovação

A instituição do Regime Diferenciado de Contratações deu origem a diversas discussões doutrinárias acerca de sua adequação aos preceitos constitucionais. No âmbito judicial, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins n^{os} 4.645 e 4.655, de autoria, respectivamente, de um grupo de partidos políticos e do Procurador-Geral da República, ambas ajuizadas em 2011), pendentes de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF).¹⁰

No presente tópico, será apresentado um histórico da tramitação do RDC no Congresso Nacional para, em seguida, serem expostos os principais argumentos apresentados, favorável ou desfavoravelmente, à constitucionalidade formal do novo regime de contratação.

1.3.1. Aspectos históricos da tramitação do RDC no Congresso Nacional

O Poder Executivo e sua base de apoio no Congresso Nacional tentaram, em quatro ocasiões, instituir normas especiais para licitações e contratos referentes à Copa das Confederações Fifa de 2013, à Copa do Mundo de Futebol de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

A primeira tentativa se deu pela Medida Provisória n^o 489/10, que tinha como objeto autorizar “a União a integrar, na forma do consórcio público de regime especial, a Autoridade Pública Olímpica – APO” e dar outras providências. Naquela oportunidade, o Poder Executivo inseriu no texto original do ato normativo regras de licitações aplicáveis aos mencionados eventos esportivos. Contudo, não houve consenso quanto à matéria no Congresso Nacional, e a medida provisória perdeu sua eficácia, por não ter sido aprovada no prazo constitucional.¹¹

A segunda investida se deu no trâmite da Medida Provisória n^o 503/10, que cuidava de ratificar “o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de constituir o consórcio público, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO.” Durante a apreciação da matéria no Parlamento, o

¹⁰ Até a conclusão deste trabalho, ambas as ações diretas não haviam sido apreciadas pelo STF, ainda que de forma liminar.

¹¹ 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. ([Redação dada pela Emenda Constitucional n^o 32, de 2001](#))

(...)

§ 3^o As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7^o, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. ([Incluído pela Emenda Constitucional n^o 32, de 2001](#))



Deputado Geraldo Magela (PT-DF) apresentou emenda ao texto da medida provisória com vistas a inserir dispositivos análogos aos contidos na Medida Provisória nº 489/10. Após intensos debates, a emenda foi rejeitada, não figurando seu conteúdo na Lei nº 12.396, de 3 de março de 2011, fruto da conversão da Medida Provisória nº 503/10.

A terceira tentativa de criação do RDC também se deu por meio de emenda parlamentar, apresentada pela Deputada Jandira Feghali (PCdoB-RJ). A emenda, desta feita, foi à Medida Provisória nº 521/10, que dispunha sobre a “atividade de médico residente e prorroga[va] o prazo de pagamento da Gratificação de Representação de Gabinete e da Gratificação Temporária para os servidores empregados requisitados pela Advocacia-Geral da União.”

Diante das resistências que surgiram em relação aos dispositivos que almejavam instituir o RDC, bem assim da proximidade do fim do prazo de vigência da Medida Provisória nº 521/10, foi aprovado pela Câmara dos Deputados um Projeto de Lei de Conversão do qual não mais constavam os dispositivos atinentes ao novo regime licitatório. No entanto, o referido projeto não foi apreciado tempestivamente pelo Senado Federal, tendo a Medida Provisória nº 521/10 igualmente perdido sua eficácia.

Somente na quarta tentativa, quando da tramitação da Medida Provisória nº 527/11, logrou-se êxito na aprovação do RDC. A aludida medida provisória tratou, dentre outros temas, da organização da Presidência da República e dos Ministérios, de criar a Secretaria de Aviação Civil e de alterar a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Mais uma vez, as disposições acerca das regras do novo regime licitatório foram inseridas via emenda parlamentar, de autoria do Deputado José Guimarães (PT-CE), dando ensejo à Lei nº 12.462/11. Destaca-se que, durante o processo de votação, ainda houve apresentação de emenda parlamentar permitindo a aplicação do RDC também para obras de aeroportos nas capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes da Copa do Mundo de Futebol de 2014.

Uma vez instituído o novo regime de licitação, teve início o processo gradativo de ampliação de seu campo de aplicação. Primeiramente, nos termos da Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012, o uso do RDC foi estendido para as ações integrantes do PAC. Novamente, o assunto foi incluído por emenda parlamentar, dessa vez na tramitação de Medida Provisória nº 556/11.

Em seguida, no mês de setembro de 2012, após emenda parlamentar apresentada na tramitação da Medida Provisória nº 570, foi aprovada a Lei nº 12.722, de 3 de outubro de



2012, que, dentre outras disposições, autorizou a utilização do RDC para a “realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos programas públicos de ensino.”

Posteriormente, foi aprovada a extensão do RDC para obras do SUS. Isso ocorreu após a análise da Medida Provisória nº 580/12. A aprovação do referido ato normativo resultou na Lei nº 12.745, de 19 de dezembro de 2012.

E, nesse compasso, várias outras medidas provisórias foram alargando, sucessivamente, a utilização do RDC para a contratação de outros objetos. Destaca-se, nesse sentido, a Lei nº 12.833, de 20 de junho de 2013, resultante da conversão da Medida Provisória nº 600/12, possibilitando o uso do RDC para a modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos realizadas com recursos do Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC). Na mesma linha, têm-se a Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013, oriunda da Medida Provisória nº 619/13, que autorizou o uso do RDC para as obras de armazéns de produtos agropecuários, e a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 595/12, que permitiu que as obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária possam ser feitas por meio do novo regime.

A Lei nº 12.980, de 28 de maio de 2014, oriunda da Medida Provisória nº 630/13, também autorizou o uso do novo diploma de licitação para obras e serviços de engenharia com vistas à construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. Por fim, a Lei nº 12.983, de 2 de junho de 2014, fruto da conversão da Medida Provisória nº 631/13, permitiu que as licitações destinadas à execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres, de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres também fossem processadas com fundamento no RDC.

1.3.2. Divergências acerca da infringência às normas do processo legislativo constitucional e ao princípio da separação dos poderes

O tumultuado processo legislativo de que decorreu a instituição do RDC é objeto de questionamento perante STF. No âmbito das Adins nºs 4.645 e 4.655, dentre outros temas, está sendo arguida a inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462/11, por afronta ao princípio da separação dos poderes e às normas constitucionais que regem o processo legislativo.



Segundo defendem os impetrantes, os dispositivos atinentes ao RDC, inseridos via emenda parlamentar ao projeto de lei de conversão, tratam de matéria estranha àquela originalmente constante da Medida Provisória nº 527/11¹².

Embora reconheçam como legítimo o direito dos parlamentares de apresentar emendas ao texto da medida provisória durante sua tramitação legislativa, conforme art. 62, § 12, da Constituição Federal¹³, os autores das Adins sustentam ser imprescindível haver pertinência temática entre a matéria original e a matéria emendada.

A não observância desse requisito acarretaria infringência ao princípio da separação dos poderes e às regras do processo legislativo constitucional. Isso porque a edição de medidas provisórias compete privativamente ao Presidente da República¹⁴. Ademais, cabe ao Chefe do Executivo, também com exclusividade, decidir quais matérias, pelo seu caráter de relevância e urgência, merecem ser disciplinadas por essa via normativa. Assim, a apresentação de emenda ao projeto de lei de conversão da medida provisória que acarrete inovação na temática abordada representaria um juízo ilegítimo acerca da relevância e urgência da matéria por parte do Parlamento. Quanto a esses requisitos constitucionais da medida provisória, ao Congresso Nacional caberia, tão somente, apreciar sob o viés político se a matéria veiculada originalmente pelo Poder Executivo se revestiria de relevância e urgência, na forma do art. 62, § 5º, da Carta Magna¹⁵, mas não enquadrar outros assuntos como tais com vistas a incluí-los no projeto de lei de conversão.

Corroborando esse raciocínio, citam regra existente na Resolução nº 1/02 do Congresso Nacional, que disciplina a apreciação de medida provisórias nas Casas Legislativas. De acordo com o art. 4º, § 4º, daquele diploma, “é vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.”

¹² A Medida Provisória nº 527/11 tinha como objeto alterar “a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo.”

¹³ Constituição Federal, art. 62, § 12. Aprovado projeto de lei de conversão **alterando o texto original da medida provisória**, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))

¹⁴ 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. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))

¹⁵ Constituição Federal, art. 62, § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))



Ainda como forma de reforçar a necessidade de liame temático entre as proposições, trazem julgados do STF acerca das limitações ao direito de emendar no caso de projeto de lei que trate de matéria de iniciativa privativa de outros poderes, os quais, por analogia, poderiam ser aplicados na tramitação do projeto de lei de conversão de medida provisória. Nesse sentido, pode-se citar a Adin 1050, cuja ementa consignou:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO VERSANDO A ORGANIZAÇÃO E A DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO - INICIATIVA DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI SUJEITA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA (CF, ART. 125, § 1º, "IN FINE") - OFERECIMENTO E APROVAÇÃO, NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO, DE EMENDAS PARLAMENTARES - AUMENTO DA DESPESA ORIGINALMENTE PREVISTA E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA ORIGINAL, MOTIVADA PELA AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE COMARCAS, VARAS E CARGOS CONSTANTES DO PROJETO INICIAL - CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E AO "PERICULUM IN MORA" - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - O poder de emendar projetos de lei - que se reveste de natureza eminentemente constitucional - qualifica-se como prerrogativa de ordem político-jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. **Essa prerrogativa institucional**, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 - RTJ 37/113 - RDA 102/261), **pode ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa** (ADI 865/MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **desde que - respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República - as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei, (b) guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original e (c) tratando-se de projetos orçamentários (CF, art. 165, I, II e III), observem as restrições fixadas no art. 166, §§ 3º e 4º da Carta Política.** Doutrina. Jurisprudência . - Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, quando do oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar da eficácia do diploma legislativo estadual impugnado nesta sede de fiscalização normativa abstrata. (STF - ADI: 1050 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/09/1994, Tribunal Pleno)

Por fim, nessa linha, ressaltam que nem mesmo a futura sanção presidencial ao texto do projeto de lei de conversão aprovado sanearia a inconstitucionalidade decorrente do vício de iniciativa, conforme já se manifestou o STF em diversas assentadas (v.g., Adins 2.113 e 2.867).

Em contraposição, a Advocacia-Geral da União (AGU) sustenta a constitucionalidade, sob o aspecto formal, da Lei nº 12.462/11. Em seu entendimento, o poder de emendar consiste em prerrogativa inerente ao exercício da atividade parlamentar. Por essa razão, ele encontra limitações apenas nas situações explicitamente veiculadas na Constituição Federal. Assim, respeitadas as matérias de iniciativa privativa e o disposto nos artigos 63, inciso I¹⁶, e 166, §§ 3º e 4º¹⁷, não haveria óbices ao fato de o Parlamento se valer do processo

¹⁶ Constituição Federal - Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:



legislativo decorrente da edição de medida provisória para tratar de tema distinto daquele encaminhado pelo Presidente da República.

Nesse mesmo sentido, destaca que inexistente vedação constitucional ao incremento, via emenda parlamentar, de temas diferenciados ou sem afinidade com o texto primitivo da medida provisória. Inclusive, a vontade do constituinte derivado em tornar tal requisito exigível ainda estaria em curso no Congresso Nacional, por meio da Proposta de Emenda à Constituição nº 11/11. Essa proposta de alteração da Carta Constitucional visa incluir nos parágrafos do art. 62 norma dispondo que “a medida provisória e o projeto de lei de conversão não conterão matéria estranha ao objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”.

Vedação nesse sentido, no ordenamento jurídico atual, existiria apenas na citada Resolução nº 1/02 do Congresso Nacional. Contudo, a jurisprudência do STF seria contrária à qualificação de tema como constitucional quando se busca discutir acerca da aderência de um projeto normativo em trâmite no Congresso Nacional às normas internas das Casas Legislativas que não encontram paralelo na Lei Maior, caso da resolução em comento. Problemas dessa ordem esgotar-se-iam no plano das questões *interna corporis*, conforme o seguinte precedente daquela Corte:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO INTERNA CORPORIS: MATÉRIA REGIMENTAL.

I - Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato *interna corporis*, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo.

II - Mandado de Segurança não conhecido.

(MS 24356, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2003)

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;
¹⁷ Constituição Federal - Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

(...)

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

§ 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.



Em resumo, defende a AGU que a inserção dos dispositivos referentes ao RDC na Lei nº 12.462/11 não afrontou dispositivo constitucional, vez que o tema licitações públicas não se insere no rol de matérias cuja iniciativa legislativa é privativa do Presidente da República. No entendimento do órgão federal, pode ter ocorrido infração à norma regimental do Congresso Nacional, a qual, contudo, não encontra referência na Carta Magna, motivo pelo qual não deve ser levantada em um juízo constitucional.

Com efeito, sem a presunção de esgotar a matéria, vez que esse não é o foco principal do presente trabalho, entendemos assistir razão ao posicionamento defendido pela AGU. O direito de emendar projetos de lei, em sentido amplo, que tramitam pelo Parlamento é, sem dúvidas, uma prerrogativa inerente à atividade legislativa. Como decorre diretamente da relação entre os Poderes da República, essa matéria só encontra limitações nos mandamentos expedidos taxativamente pela Carta Magna. Tal entendimento já foi assentado pelo STF, conforme voto do Ministro Celso de Mello ao relatar a Adin nº 865/MA:

O poder de emendar, que não constitui derivação do poder de iniciar o processo de formação das leis, é prerrogativa deferida aos parlamentares, **que se sujeitam, quanto ao seu exercício, apenas às restrições impostas, em *numerus clausus*, pela Constituição Federal.** (destaquei)

Nesse sentido, é forçoso reconhecer que a Constituição Federal, ao disciplinar o trâmite de medidas provisórias, não impôs óbices a que fossem apresentadas emendas versando sobre temas distintos ao originalmente contido no texto remetido pelo Poder Executivo¹⁸.

A jurisprudência existente na Corte Suprema acerca da exigência de liame temático para as emendas relaciona-se com projetos de lei que tratam de matéria cuja iniciativa seja reservada. Em tais casos, essa limitação visa evitar a ocorrência de violação à restrição de iniciativa legislativa, conforme bem salientado pelo Ministro Serpúlveda Pertence no julgamento da Adin nº 574:

Ora, Senhor Presidente, o poder de emenda a projetos de iniciativa reservada pressupõe, a meu ver, a pertinência entre o tema da emenda e a matéria objeto do projeto. **Caso contrário, a emenda representaria, na verdade, uma iniciativa legislativa sobre matéria reservada à iniciativa de outro Poder.** (destaquei)

O mencionado Ministro foi além em sua explanação quando do julgamento da Adin nº 546:

¹⁸ A propósito, essa prática tem sido adotada no processo legislativo de diversas medidas provisórias que tramitam no Congresso Nacional, sem que os órgãos de controle preventivo de constitucionalidade das Casas Legislativas tenham apontado quaisquer impedimentos de ordem constitucional. É fato, porém, e deve ser ressaltado, que o tema ainda não foi enfrentado de forma definitiva pela Suprema Corte do país.



No caso, o eminente Relator trouxe um outro argumento, o de que a emenda de que nasceu essa 'anistia' não guardava pertinência com o objeto do projeto inicial de iniciativa do Governador. É certo. **Mas, a meu ver, essa restrição só tem razão de ser quando o conteúdo da emenda também é matéria compreendida na reserva de iniciativa do Governador. Quando, ao contrário, ela é - e assim a entendo na espécie - de livre iniciativa do próprio órgão legislativo, não há cogitar do requisito de pertinência, porque o Legislativo mesmo poderia fazer dela objeto de proposição de lei independente.**" (destaquei).

Tem-se, portanto, que, sob essa linha de raciocínio adotada pela Suprema Corte, a pertinência temática deve ser exigida no caso de a emenda parlamentar tratar de matéria cuja iniciativa seja privativa de outro Poder. De outra sorte, sob o aspecto constitucional, não deve haver impedimentos caso o tema versado na emenda não se revista de tal característica, "porque o Legislativo mesmo poderia fazer del[e] objeto de proposição de lei independente".¹⁹

No caso em voga, ainda que se aplique tal jurisprudência do STF para as medidas provisórias, como não há reserva de iniciativa para tratar do tema licitações públicas, a emenda parlamentar apresentada ao texto da Medida Provisória nº 527/11 não está em descompasso com o entendimento assentado pela Suprema Corte.

Ademais, como a intervenção parlamentar tratou apenas das normas atinentes ao RDC, sem incorrer em aumento de despesas em relação à proposta encaminhada pelo Poder Executivo, também não há que se falar em afronta ao disposto no art. 63, inciso I, da Carta Magna. Tampouco cabe alegar infração aos parágrafos do art. 166 do mesmo diploma, vez que tais dispositivos aplicam-se apenas às leis de caráter orçamentário.

Diante de tais fatos, o que restaria discutir seria o descumprimento do citado dispositivo contido na Resolução nº 1/02, do Congresso Nacional. Contudo, esse debate é intrínseco ao Parlamento, não havendo espaço para sua discussão em ação direta, haja vista a remansosa jurisprudência do STF que impede a Corte de avaliar questões internas do Poder Legislativo que não sejam reflexo direto de norma constitucional.

¹⁹ Análise mais detalhada acerca da jurisprudência do STF ao enfrentar questionamentos de emendas parlamentares a projetos de lei tratando de matéria cuja iniciativa seja privativa de outros Poderes pode ser encontrada em: CARVALHO, Daniel Pinheiro de. Medidas provisórias e pertinência temática de emendas parlamentares. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3253, 28 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21880>>. Acesso em: 16/3/2015.



1.3.3. Divergências acerca da infringência ao art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal

Embora não tenha sido objeto de impugnação nas Adins nºs 4645 e 4655, é possível identificar na doutrina administrativista discussões acerca da adequação da Lei nº 12.462/11 ao art. 22, inciso XXVII, da Carta Constitucional. Como já mencionado em tópico anterior, referido dispositivo atribui à União competência privativa para 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.”

O principal foco do debate exsurge do disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 12.462/11. De acordo com o dispositivo, a opção pelo RDC “deverá constar expressamente 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 previsto nesta Lei”. Ou seja, a lei que instituiu o RDC criou um regime autônomo de licitação, com regramento próprio, desvinculado daquele estabelecido na Lei de Licitações e Contratos.

Nesse sentido, Renato Monteiro de Rezende²⁰ questiona a constitucionalidade da lei, porquanto, em seu entendimento, o diploma não veicula normas gerais de licitação. Valendo-se da lição de Carlos Alberto A. Carvalho Pinto, considera que as normas gerais devem subordinar indistintamente todas as pessoas jurídicas de direito público, além de não se destinarem a situações ou institutos jurídicos particulares, nem descenderem aos pormenores da matéria normatizada. No caso do RDC, além de a norma ter sido editada com vistas a alcançar situações jurídicas específicas (isto é, obras de infraestrutura para realização dos megaeventos esportivos que o Brasil se comprometeu a sediar e reformas de determinados aeroportos), ela seria passível de aplicação apenas pela administração dos entes federados envolvidos na organização dos jogos da Copa das Confederações Fifa de 2013, da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e das Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016. Assim, conclui o autor que

(...) Se as normas nela contidas não são gerais, o legislador federal carece de competência para editá-las. Normas de licitação editadas pela União que não se qualifiquem como gerais somente podem ser dirigidas à administração pública federal.

Mesmo que as novas regras fossem dirigidas exclusivamente à administração pública federal, somente poderiam ser reputadas válidas se compatíveis com as normas gerais presentes da Lei nº 8.666, de 1993. E o que faz a Lei? Pura e

²⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011. *Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado*. Agosto/2011. p. 12-13. Disponível em: < <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 8/1/2015.



simplesmente autoriza seja afastada a aplicação da Lei Geral de Licitações. É de clareza solar que o legislador de cada ente, ao editar normas específicas sobre licitações e contratos, deve observar a Lei Geral. Não fosse assim, a Lei Geral seria um nada jurídico, contornável ao mero talante do legislador de cada ente federado.²¹

Esse entendimento, contudo, parece ser minoritário na doutrina. A título de exemplo, Benjamim Zymler e Laureano Canabarro Dios²² defendem que a Lei do RDC guarda consonância com o disposto no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal²³. Segundo os autores, ao editar a Lei nº 12.462/11, a União observou as características de generalidade e abrangência requeridas pelo dispositivo constitucional.

Com relação à generalidade, assentam que a lei não desce aos pormenores de seus institutos, deixando margem suficiente para a atuação suplementar dos demais entes federados. “Tanto é assim que diversos dispositivos da norma mencionam explicitamente a necessidade de posterior regulamentação.”²⁴

Já quanto à abrangência subjetiva da norma, entendem que o inciso XXVII, do art. 22, da Carta Magna

*busca, dentro do limite do razoável e na medida do possível, estabelecer regras uniformes de licitações e contratações para todos os entes da Federação. Ou seja, a abrangência subjetiva desse inciso constitucional não é absoluta, mas pode acontecer de determinada norma, em razão das especificidades de seu objeto, não seja aplicável a todos os entes federativos.*²⁵ (destaques no original)

A título de exemplo desse entendimento, citam a instituição da modalidade licitatória denominada consulta, cuja abrangência subjetiva é restrita às agências reguladoras de serviços públicos, nos termos do art. 37 da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.²⁶

Nesse sentido, o fato de nem todos os entes federados terem sido abrangidos quando da instituição RDC não deve ser visto como uma ofensa ao pacto federativo ou uma discriminação injustificada. Isso decorreria de mera consequência lógica de nem todos esses

²¹ REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011. *Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado*. Agosto/2011. p. 13. Disponível em: < <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 8/1/2015.

²² ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29.

²³ Em linha com os citados autores, podem-se citar, ainda, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 41), e Cesar A. Guimarães Pereira (2013, p. 200).

²⁴ ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 30-31.

²⁵ *ibidem*, p. 33-34.

²⁶ Lei nº 9.986/00 - Art. 37. A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de **consulta** e pregão, observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei nº 9.472, de 1997, e nos termos de regulamento próprio.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica às contratações referentes a obras e serviços de engenharia, cujos procedimentos deverão observar as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.



entes sediarem ou tomarem parte direta ou indireta nos megaeventos esportivos que deram ensejo à instituição do novo regime.

Por fim, quanto ao aspecto objetivo da abrangência da lei, também não vislumbram contrariedade com o dispositivo constitucional. De acordo com os autores, a Carta Política exige que todas as contratações públicas estejam abrangidas por uma norma geral. Contudo, não há exigência de que essa norma seja única. “Ou seja, inexistem óbices para que determinadas contratações estejam disciplinadas em determinada norma geral e outras espécies de contratações estejam disciplinadas em outra norma geral.”²⁷

Enfim, como dito antes, o tema não encontra consenso na doutrina. Nada obstante, a corrente majoritária, com a qual nos perfilhamos, tem defendido que a Lei nº 12.462/11 foi editada pela União com base na competência legislativa conferida pelo art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, tendo sido devidamente observados os requisitos exigidos pela norma constitucional.

²⁷ ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 35.



2. Âmbito de aplicação, princípios, objetivos e diretrizes do novo regime

2.1. Âmbito de aplicação do RDC

Conforme salientado anteriormente, o RDC foi instituído com o objetivo inicial de viabilizar a execução das obras de infraestrutura necessárias à realização dos megaeventos que o Brasil se comprometeu a sediar, quais sejam, a Copa das Confederações Fifa de 2013, a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Na redação original da Lei nº 12.462/11, autorizou-se, ainda, a utilização do Regime Diferenciado para realização 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-sede dos referidos eventos esportivos.

Quanto a esse aspecto, bem acentuaram Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios que a aplicabilidade da lei, originalmente, “foi definida pelo caráter objetivo, ou seja, de acordo com o que vai ser contratado.”²⁸ Em decorrência, o alcance subjetivo do RDC foi fixado indiretamente, abarcando a União, Estados e Municípios, em suas administrações diretas e indiretas, desde que o objeto licitado tivesse pertinência com as obras e serviços discriminados. Destacam os autores, ademais, que

O próprio objeto da lei não deixa também de explicitar uma limitação temporal para a aplicação do novo regime, 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. Há ainda uma limitação espacial representada pelas cidades-sede dos grandes eventos esportivos e pelas capitais de Estado distantes até 350 km dessas cidades-sede.²⁹

Tal técnica legislativa não restou imune a críticas da doutrina. Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso registraram que, embora tenha buscado uma delimitação da hipótese de incidência do RDC, a norma estabeleceu uma demarcação genérica. “Isso porque, apesar do vínculo que a norma exige entre o projeto e os mencionados eventos esportivos, o seu texto não permite a imediata identificação de quais seriam os projetos beneficiados pelo novo regime jurídico.”³⁰

Na mesma linha, assentou Maurício Zockun:

²⁸ ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 12.

²⁹ *ibidem*, p. 15.

³⁰ ANDRADE, Ricardo Barreto de. VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 32.



Tirante as noticiadas obras aeroportuárias, a lei não fixou parâmetros objetivos a partir dos quais se possa identificar quais relações jurídicas patrimoniais podem ser travadas pelo Poder Público por meio do Regime Diferenciado de Contratações. Pelo contrário, essa lei cominou à Administração Indireta amplíssima liberdade para, a seu talante, assinalar quais são e quais não são as relações jurídicas volvidas a esse propósito.³¹

A despeito desses questionamentos, o âmbito de aplicação do RDC foi sendo ampliado, paulatinamente, pela legislação superveniente. Nesse sentido, foram incluídos como objetos passíveis de serem contratados pelo novo regime: obras do PAC; obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e do SUS; e obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento educativo.

Outras hipóteses de aplicação do Regime Diferenciado foram previstas, também, em normas extravagantes. Assim, permitiu-se a aplicação do RDC para ações de modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos (art. 63 da Lei nº 12.462/11) e de armazéns destinados às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários (art. 1º da Lei nº 12.873/13); para obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagens Portuária e Hidroviária (art. 54, § 4º, da Lei nº 12.815/13); e para execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres (art. 15-A da Lei nº 12.340/10).

Ao analisar tais inovações legislativas, principalmente em razão da inclusão das obras do PAC no campo de incidência do RDC, Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios destacam que “foi afastado o caráter de transitoriedade de aplicação da Lei nº 12.462/2011, pois ela deixa de estar limitada à execução de determinados eventos. Deixa também de haver uma limitação espacial para a aplicação da norma”.³² Tal entendimento é corroborado por Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso³³. Para estes autores, a expansão do campo de aplicação do RDC extinguiu seu caráter excepcional e temporário, vinculado aos megaeventos esportivos.

³¹ ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; (Decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 28.

³² ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 21.

³³ ANDRADE, Ricardo Barreto de. VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 47.



Verifica-se, portanto, que, a despeito de ter sido instituído como um regime efêmero, o RDC, atualmente, ostenta a natureza de um regime licitatório perene, que deve conviver harmonicamente com as demais normas atinentes às licitações públicas.

Quanto a esse aspecto, não é demais ressaltar que, por exigência legal, sempre que o administrador público decidir por licitar utilizando o Regime Diferenciado, deve deixar consignado de forma expressa no instrumento convocatório do certame essa opção. Como decorrência, restarão afastadas do certame as normas contidas na Lei nº 8.666/93, salvo nas hipóteses expressamente admitidas pela Lei nº 12.462/11. É o que estabelece a norma em seu art. 1º, § 2º:

§ 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.

2.2. Princípios, objetivos e diretrizes do RDC

De acordo com o art. 3º da Lei nº 12.462/11, 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.

Conforme se depreende, o dispositivo enumerou todos os princípios que regem a Lei de Licitações e Contratos.³⁴ Como diferencial, fez constar do rol de preceitos basilares do novo regime a eficiência e a economicidade.

No campo das licitações, o princípio da economicidade se evidencia tanto na esfera estritamente administrativa, como na esfera financeira. Na primeira, ele se verifica quando da racionalização e simplificação dos procedimentos. Já na segunda, almeja a otimização dos gastos nas contratações administrativas, decorrente de eficaz planejamento, de ampla e robusta pesquisa prévia de valor de mercado do objeto licitado, e da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.³⁵

³⁴ Lei 8.666, de 1993 - 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](#))

³⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Matinês Restelatto. Apontamentos sobre a integração do RDC ao macrosistema constitucional e ao sistema geral das licitações públicas pela via dos princípios. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, p. 32, ago. 2013.



Por sua vez, o princípio da eficiência traz para o processo licitatório uma maior orientação por resultados, calcada na análise de custo-benefício da atuação administrativa³⁶.

Nesse sentido, observam Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios:

Não se pode também deixar de registrar que o novo regime estimula que a busca por resultados seja o norte dos procedimentos de contratações públicas. Diminui-se, pois, a ênfase nos meios utilizados e aumenta-se a ênfase nos fins almejados pelas contratações.³⁷

O reflexo dessas novas balizas para o procedimento do RDC pode ser percebido já na definição dos objetivos do novo regime. De acordo com o § 1º do art. 1º da Lei nº 12.462/11, o Regime Diferenciado deve almejar:

- 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.

Tais dispositivos evidenciam a clara pretensão do RDC de promover a celeridade, a transparência e desburocratização das contratações públicas.

Ao visar “ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes” e “assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública”, busca-se a realização de contratações que congreguem qualidade e economia para a Administração, sem prejuízo de se assegurar uma competição isenta de favorecimentos para quaisquer licitantes, trazendo, assim, confiança tanto para os que participarão do procedimento como para os administrados em geral. Nesse sentido, para que se atenda a ambos os objetivos, é imperiosa a observância do comando contido no art. 5º da Lei nº 12.462/11, de sorte que o objeto da licitação seja “definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.”

Por outro lado, almejar “promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público” e “incentivar a inovação tecnológica”, revela a intenção, intrínseca ao RDC, de modernizar a forma como os contratos administrativos são realizados.

³⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97.

³⁷ ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 16.



Dado o seu papel central no Regime Diferenciado, é de se observar que a eficiência é elencada tanto como princípio quanto como objetivo a ser perseguido pelo novo regime, conforme observam Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso:

A busca pela eficiência, veiculada na Lei do RDC tanto como objetivo quanto como princípio, parece indicar, no âmbito das licitações e contratos por si disciplinados, a persecução de um interesse público qualificado pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis.³⁸

Por fim, o art. 4º da Lei nº 12.462/11 enumera as diretrizes que devem ser observadas na persecução dos objetivos do RDC:

- 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.

Como bem observam Rafael Carvalho Rezende de Oliveira e Rafael Vêras de Freitas, tais diretrizes têm como escopo alguns dos princípios norteadores do novo regime:

São diretrizes que se encontram amparadas nos princípios da segurança jurídica (tanto no que tange à padronização dos objetos da contratação, quanto dos instrumentos contratuais), da eficiência (no que se refere às variáveis de desempenho e de utilização das planilhas de custos dos licitantes) e da economicidade (na busca de maior retorno econômico para a Administração)³⁹

Conforme se verá adiante, essas vertentes de segurança jurídica, eficiência e economicidade nortearão os procedimentos inovadores apresentados pelo novo regime.

³⁸ ANDRADE, Ricardo Barreto de. VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 37.

³⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, ago./set./out., 2011. p. 7. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 9/1/2015.



3. Inovações trazidas pelo RDC

Como já foi ressaltado nos capítulos anteriores, a Lei nº 12.462/11 estabeleceu uma nova sistemática de contratações no âmbito da Administração Pública.

O RDC consiste em modalidade licitatória única, que independe do valor do objeto licitado. Com isso, são afastadas controvérsias inerentes à Lei de Licitações e Contratos acerca de qual a modalidade licitatória seria mais adequada para a contratação, além de facilitar a assimilação do procedimento por parte dos gestores públicos, mitigando a ocorrência de erros nas contratações efetuadas pela Administração.

Como restou demonstrado na análise dos objetivos e princípios do novo regime, a eficiência assume papel central. Por isso, foram incorporados ao Regime Diferenciado diversos procedimentos cuja utilização na modalidade pregão se mostrou exitosa. A título de exemplo dessas práticas, pode-se citar o incentivo à utilização da plataforma eletrônica na condução do certame⁴⁰, o julgamento das propostas previamente à fase de habilitação dos licitantes e a concentração dos atos recursais em uma única fase processual.

Na mesma trilha, foram delineados procedimentos auxiliares, a exemplo da pré-qualificação permanente e do catálogo eletrônico de padronização, que não se vinculam a um procedimento licitatório específico. Tais mecanismos, se forem bem empregados pelo gestor público, constituir-se-ão em ferramentas inigualáveis para agilizar e melhorar os processos de contratação pública, tendo em vista que os resultados poderão ser utilizados no curso de um grande número de licitações e contratações.

Em outra vertente, ao mesmo tempo em que foram reduzidos os controles de meio, procedimentais, disponibilizou-se ao gestor uma série de instrumentos para perseguir a proposta mais vantajosa para a Administração. Nesse sentido, com base em sua discricionariedade, diante do caso concreto, o administrador público pode decidir entre adotar a modalidade eletrônica ou presencial, inverter fases do procedimento, divulgar o orçamento, promover a fase de lances de forma aberta, fechada ou uma combinação de ambas, celebrar um contrato de eficiência ou, ainda, estabelecer critérios de remuneração variável.

Trata-se, como destacam Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios, “de uma das maiores homenagens à discricionariedade daqueles responsáveis pela condução das

⁴⁰ Lei 12.462/2011 - 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.



licitações.”⁴¹ Contudo, essa plasticidade conferida ao procedimento demandará maior qualificação e responsabilidade dos gestores públicos nas escolhas efetuadas, as quais deverão estar respaldadas em critérios técnicos e de razoabilidade. Em outras palavras, conforme assentado pelo relator do Acórdão nº 306/2013-TCU-Plenário, essa maior discricionariedade terá como contrapartida um maior dever de motivação:

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 contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser melhor proposta. Nessa miríade de possibilidade, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é uma maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a seguir.

Diante desse cenário, o presente capítulo se dedica a analisar as principais inovações trazidas pelo RDC em comparação com a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02.

3.1. Inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas e fase recursal única

De acordo com o art. 12 da Lei nº 12.462/11, o procedimento de licitação do RDC deve observar as seguintes fases, nesta ordem: preparatória, publicação do instrumento convocatório, apresentação de propostas ou lances, julgamento, habilitação, recursal, e encerramento.

O normativo consagrou prática defendida pela doutrina de proceder ao julgamento das propostas previamente à análise dos documentos de habilitação dos licitantes. Com isso, rompe-se com o modelo da Lei nº 8.666/93, em que a análise das propostas apresentadas pelas empresas fica condicionada ao preenchimento das exigências atinentes à habilitação. Conforme ensina Mônica Bandeira de Mello Lefèvre:

Trata-se da consagração legislativa de proposta há muito difundida pela doutrina. Tanto é que a alteração da ordem das fases tradicionalmente prevista na Lei Geral de Licitações já foi incorporada por outros diplomas normativos – como, por exemplo, a Lei do Pregão (Lei nº 10.520) e a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079).⁴²

⁴¹ ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 15.

⁴² LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. O procedimento licitatório e a fase de habilitação no regime diferenciado de contratações pública. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 221.



Essa tendência legislativa tem se mostrado salutar na gestão dos procedimentos licitatórios, uma vez que o dispêndio de tempo e recursos para o exame dos documentos de habilitação de um licitante que, ao final do certame, não apresentará a melhor proposta à Administração Pública vai de encontro às diretrizes emanadas dos princípios da eficiência e da economicidade.⁴³

Além do ganho de eficiência na atuação administrativa, Renato Monteiro de Rezende aponta outro aspecto positivo da antecipação do julgamento das propostas para antes da fase de habilitação:

Nas licitações em que a fase de habilitação precede a de julgamento de propostas, supondo que não haja conluio, todos os licitantes têm potencial interesse de afastar da disputa seus adversários com base em impugnações dos documentos de habilitação. Assim, há espaço para se deflagrar uma guerra de todos contra todos, com multiplicação de recursos contra a habilitação de cada licitante. Esse quadro se modifica significativamente com a inversão de fases, pois, uma vez conhecido o autor da melhor proposta, os eventuais recursos serão dirigidos apenas contra ele, poupando à Administração e aos próprios licitantes tempo e recursos.

Mesmo na hipótese de parte dos licitantes atuar em conluio, a inversão de fases apresenta vantagens, pois, em licitações sem inversão de fases, ainda que os integrantes do cartel não interponham recursos contra a habilitação uns dos outros, fazem-no em relação aos concorrentes que não participam do conluio, para não correrem o risco de ver sua estratégia falhar, no julgamento das propostas. Ademais, como o intuito do cartel é forçar a celebração de contratos com menos vantagens para a Administração ou mesmo com valores acima dos de mercado, o cotejo das propostas de preço de todos os licitantes, que caracteriza as licitações com inversão de fases, possibilita desvelar esse tipo de prática cartelística.⁴⁴

Deve-se destacar, contudo, que o parágrafo único do mencionado art. 12 permite ao gestor público promover a habilitação previamente à apresentação de propostas ou lances, nos moldes da Lei nº 8.666/93. Para tanto, a opção deverá ser devidamente motivada e constar expressamente do instrumento convocatório. Esse “ônus” imposto ao gestor, de ter de motivar sua decisão em caso de alteração das fases do RDC, afigura-se positivo, pois, se por um lado permite que, excepcionalmente, seja utilizado o procedimento convencional de modo a melhor atender, em concreto, o interesse público, por outro, dificulta que o administrador adote, injustificadamente, procedimentos ineficientes e burocráticos que militam em desfavor de parâmetros consagrados de eficiência nas contratações administrativas.

⁴³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, ago./set./out., 2011. p. 14. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 9/1/2015.

⁴⁴ REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011. *Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado*. Agosto/2011. p. 28. Disponível em: < <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 8/1/2015.



Outra guinada em direção à eficiência no procedimento licitatório decorre da previsão da fase recursal única no âmbito do RDC, à semelhança do procedimento estabelecido pela Lei do Pregão. De acordo com o art. 27 da Lei nº 12.462/11, essa fase, em regra, se dará após a habilitação do licitante vencedor, quando serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à própria habilitação. Isso não ocorrerá apenas nos casos em que houver inversão do rito ordinariamente previsto, ou seja, quando a habilitação preceder a apresentação de propostas ou lances.⁴⁵

Nesse sentido, o Regulamento do RDC estabelece que os licitantes interessados em recorrer em face dos atos de julgamento das propostas ou da habilitação deverão manifestar apenas sua **intenção** imediatamente após o término de cada sessão, sob pena de preclusão (art. 53 do Decreto nº 7.581/11). As razões recursais em si, por sua vez, deverão ser apresentadas somente após a intimação da lavratura da ata de habilitação do licitante vencedor, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, conforme estabelece o art. 45, inciso II, da Lei do RDC.

É de se destacar que, a nosso juízo, a unificação da fase recursal, ao buscar a celeridade do processo, não causa prejuízo aos licitantes, pois eles terão preservados seus direitos ao contraditório e à ampla defesa. Além do mais, a Administração, se for o caso, poderá rever seus atos inquinados de vícios. A propósito, acerca do tema, vale recordar o que ensina Marçal Justen Filho, quando avalia esse procedimento adotado no âmbito do pregão:

O modelo adotado não infringe os princípios jurídicos pertinentes, desde que respeitadas certas precauções. Determinar que os recursos serão interpostos ao final do procedimento não equivale a suprimir a garantia de impugnação dos atos administrativos. Não significa negativa dos direitos à ampla defesa ou ao contraditório. Equivale, tão somente, a concentração na etapa final do processo de todos os atos praticados anteriormente.⁴⁶

Por fim, prevê a lei que a fase recursal será finalizada somente com a análise dos recursos interpostos, oportunidade em que o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior para a adoção das medidas cabíveis.⁴⁷

⁴⁵ Nessa hipótese, a apresentação de recursos seguirá a lógica da Lei nº 8.666/93. Isto é, haverá uma fase recursal após a fase de habilitação dos licitantes e outra após o julgamento das propostas.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 232.

⁴⁷ Lei nº 12.462/11 - Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá:

- I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;
- II - anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável;
- III - revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou
- IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.



3.2. Reformulação do instituto da pré-qualificação

A pré-qualificação permanente consiste em um dos procedimentos auxiliares previstos no art. 29 da Lei nº 12.462/11. Segundo Marçal Justen Filho, ela se caracteriza por ser um “ato administrativo declaratório do preenchimento de requisitos determinados de qualificação técnica por um sujeito e (ou) do atributo mínimo de qualidade por um objeto”.⁴⁸

Como procedimento auxiliar que é, a pré-qualificação permanente se desenvolve sem vínculo com uma licitação específica, mas seus resultados podem ser aproveitados no curso de um número indeterminado de certames e contratações. Trata-se, pois, de mais uma forma de simplificar e conferir celeridade às contratações públicas.

Conforme consta da norma, a pré-qualificação permanente se destina a identificar fornecedores que reúnam condições de qualificação técnica exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviços ou obras nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; ou a identificar bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade estabelecida pela Administração Pública. A primeira espécie de pré-qualificação é denominada pela doutrina de subjetiva. A segunda, de objetiva.

A pré-qualificação permanente pode se dar de forma parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação. Além disso, deve ficar permanentemente aberta para a inscrição de eventuais interessados, sendo a validade máxima da inscrição de 1 (um) ano, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

Uma vez atendidos os requisitos da pré-qualificação, o órgão responsável emitirá um “certificado de pré-qualificação”, contendo as informações pertinentes aos critérios avaliados. Esse documento poderá ser utilizado inclusive para comprovação perante outras entidades da Administração Pública da existência da pré-qualificação.

Tais características revelam uma evolução do instituto em relação à pré-qualificação prevista no art. 114 da Lei nº 8.666/93⁴⁹. Enquanto na Lei de Licitações e Contratos a pré-qualificação se vincula diretamente a um determinado procedimento licitatório, antecipando a fase de habilitação com vistas a permitir uma análise mais pormenorizada da qualificação dos concorrentes, no RDC ela é ampla, permanente, buscando identificar fornecedores com

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 322

⁴⁹ Lei 8.666/1993 - 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.



qualificação técnica aptos a adimplirem uma gama de contratos ou bens com padrão de qualidade mínima que atendam à necessidade da Administração.⁵⁰

Nesse sentido, Marçal Justen Filho⁵¹ aponta as seguintes vantagens na utilização da pré-qualificação permanente do RDC:

- a) há a produção de uma única decisão administrativa com eficácia para um número indeterminado de futuras licitações e contratações. Com isso, todas as possíveis controvérsias serão examinadas em uma única assentada, cujos resultados serão utilizados de modo reiterado no futuro, aumentando a eficácia da atuação da Administração;
- b) há redução dos custos dos licitantes, uma vez que a avaliação de sua qualificação técnica ou da qualidade de seu produto será aferida uma única vez;
- c) a concentração da decisão administrativa elimina o risco de decisões contraditórias, ampliando a segurança dos licitantes e a previsibilidade das decisões administrativas futuras.

Imperioso salientar que a pré-qualificação do RDC não possui o condão de substituir a fase de habilitação do certame, tampouco representa a predefinição de fornecedores para a Administração. Conforme assentam Rafael Carvalho Rezende de Oliveira e Rafael Vêras Freitas:

É oportuno o registro de que a pré-qualificação nas licitações tem por objetivo identificar interessados numa futura competição, não representando, pois, a competição em si ou mesmo uma etapa de habilitação, que define o universo de competidores.

Em outras palavras, a pré-qualificação fixa um direito de participação na licitação em favor dos que foram nela identificados, definindo-se um padrão de qualidade mínima a ser atendida na competição a ser realizada.

Daí a vantagem de se introduzir este procedimento de forma permanente, pois a Administração, ao mesmo tempo em que já estipula *standards* para suas futuras contratações, o faz sem a necessidade de identificação dos recursos orçamentários que financiarão tal ou qual empreendimento.⁵²

⁵⁰ LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 60, out./dez. 2011.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 324.

⁵² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, ago./set./out., 2011. p. 20-21. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 9/1/2015.



Com relação à contratação, a Lei do RDC estabelece que a Administração Pública poderá, justificadamente, realizar licitação restrita aos pré-qualificados (art. 30, § 2º). Para tanto, o Regulamento do RDC exige que:

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 para a pré-qualificação 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.

Ainda segundo o Regulamento, só poderão participar da licitação restrita aos pré-qualificados os licitantes que, na data da publicação do respectivo instrumento convocatório, já estejam regularmente cadastrados ou tenham apresentado a documentação exigida para a pré-qualificação, ainda que o pedido de pré-qualificação seja deferido posteriormente.

As licitações restritas aos pré-qualificados são uma ferramenta bastante hábil para a agilidade do procedimento de contratação, pois a etapa de avaliação da habilitação técnica já pode estar superada previamente ao próprio lançamento do edital. Contudo, deve-se atentar para o maior risco de conluio entre os participantes. Esse risco decorre do fato de as empresas pré-qualificadas poderem conhecer previamente o universo de concorrentes. Nesse aspecto, a licitação restrita aos pré-qualificados se aproxima da pré-qualificação prevista na Lei nº 8.666/93. Ao analisar casos da espécie, o TCU identificou restrições ao ambiente competitivo decorrente dessa exposição das futuras concorrentes. Em decorrência, há precedentes daquela Corte de Contas limitando o uso desse instituto na Lei de Licitações e Contratos, a exemplo do Acórdão nº 2.028/2006-TCU-Plenário:

9.5.1. abstenha-se de prever fase de pré-qualificação quando não se estiver diante de licitações a serem realizadas na modalidade concorrência, e ainda assim somente nos casos de o objeto licitado recomendar uma análise mais detida da capacidade técnica dos potenciais interessados, face ao disposto no art. 114 da Lei nº 8.666/93;

3.3. Catálogo eletrônico de padronização

O catálogo eletrônico de padronização consiste em mais um procedimento auxiliar elencado pelo art. 29 da Lei nº 12.462/11. Trata-se de um sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração, que estarão disponíveis para os diversos órgãos licitantes. Além das especificações dos objetos, o catálogo eletrônico também conterá toda a documentação e procedimentos da fase interna do certame, e se destinará especificamente a bens, serviços e



obras que possam ser adquiridos ou contratados pela Administração pelo critério de julgamento de menor preço ou maior desconto.

Segundo expõe Marçal Justen Filho⁵³, as licitações e contratos envolvem algumas atividades rotineiras, que apresentam enorme relevância para o alcance dos fins visados. Embora sejam questões rotineiras, a deficiência na sua execução poderá produzir controvérsias, bem como o fornecimento de produtos inadequados ou de obras insatisfatórias. Dessa forma, o RDC adotou solução de padronizar a especificação de alguns objetos, bem como os demais documentos necessários à licitação, e disponibilizar tais informações em via eletrônica para os órgãos interessados.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Jaques Fernando Reolon⁵⁴ também vislumbram avanços com a medida. Sustentam os autores que as aquisições já realizadas e bem sucedidas na conquista de produtos de qualidade podem ser lançadas no catálogo para fins de direcionamento nas futuras aquisições. Esse procedimento, além de eliminar o esforço na redação de nova especificação, serve de indicativo para o mercado acerca dos requisitos exigidos pela Administração.

Para viabilizar o procedimento, dispõe o art. 110 do Regulamento que o cadastro eletrônico de padronização deverá conter:

- 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.

Como se depreende dos elementos arrolados, o cadastro eletrônico de padronização visa materializar as seguintes diretrizes que devem nortear as licitações no RDC: padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho; e padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente.⁵⁵

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. Catálogo eletrônico de padronização. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*: comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 365.

⁵⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 40, set. 2011.

⁵⁵ Lei nº 12.462/11, art. 4º, incisos I e II.



A despeito do potencial ganho de eficiência e da mitigação de falhas procedimentais que o catálogo eletrônico de padronização pode propiciar no desenvolvimento da atividade administrativa, deve-se atentar para que a padronização não gere restrição à competitividade, reduzindo injustificadamente o universo de potenciais contratantes com a Administração. Quanto a esse aspecto, Marçal Justen Filho defende:

(...) não se pode excluir a hipótese de padronização que importe a opção por uma determinada solução tecnológica, que acarrete a exclusão do fornecimento de uma categoria de produtos incompatíveis com a solução adotada. Nesse caso, a produção da decisão de padronização dependerá da observância de um procedimento próprio e adequado. Será imperioso assegurar a todos os potenciais participantes a demonstração das vantagens das soluções ofertadas, de modo que a decisão de padronização seja informada pelo conhecimento mais profundo possível.⁵⁶

3.4. Indicação de marca ou modelo e exigência de amostra, certificação de qualidade e carta de solidariedade na aquisição de bens

Ao tratar das licitações para aquisição de bens, a Lei nº 12.462/11 cuidou de normatizar questões que, à luz do regime geral da Lei nº 8.666/93, deram ensejo a intenso debate doutrinário e jurisprudencial. Trata-se da possibilidade de a Administração indicar marca ou modelo de produto ou de exigir dos licitantes a apresentação de amostra, certificado de qualidade ou carta de solidariedade como condicionante para a celebração do contrato.

A indicação de marcas ou modelos de produtos caminha no sentido da padronização das aquisições administrativas. Já a exigência de amostra, certificação de qualidade e carta de solidariedade busca conferir maior garantia à Administração de que a futura contratação será executada a contento.

Embora tenham aspectos práticos positivos, tais matérias não encontram disciplina plena na Lei de Licitações e Contratos. Em decorrência, sua utilização nos certames regidos por aquela norma tem sido balizada pela jurisprudência do TCU. Para alterar esse cenário, no caso do RDC, o legislador entendeu por bem disciplinar essas matérias no corpo da norma, aumentando a segurança jurídica da atividade administrativa. Dessa forma, apresentaremos a seguir como a lei tratou de cada caso.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Catálogo eletrônico de padronização. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 368.



Indicação de marca ou modelo

Como dito acima, a indicação de marca ou modelo de bens a serem adquiridos se alinha à diretriz de padronização das contratações públicas. Ao analisar a temática, Alan Garcia Troib⁵⁷ assenta que uma análise superficial do tema poderia levar à conclusão de que sua prática violaria o tratamento isonômico dos licitantes. Afinal, permitiria que o produto de uma determinada marca ou modelo pudesse ser escolhido em detrimento dos demais produtos da mesma categoria. Contudo, segundo o autor, essa generalização é incorreta, pois:

A escolha da marca ou modelo deve sempre ser acompanhada de justificativa técnica que explique o motivo de determinado bem ter sido escolhido e porque somente ele pode atender à necessidade da Administração. A isonomia não pode ser interpretada de modo a incluir todos os possíveis interessados todos os momentos. Afinal, a isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença.

No caso do RDC, o art. 7º, inciso I, da Lei nº 12.462/11 dispõe que, nas licitações para aquisição de bens, a Administração poderá indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
- c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem 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”.

As três hipóteses de especificação de marca elencadas acima são distintas. A primeira aplica-se ao caso em que a padronização de determinada marca ocorra quando um produto atenda satisfatoriamente ao interesse do órgão contratante. Isto é, embora existam várias marcas e modelos do produto, a Administração escolhe, motivadamente e por critérios técnicos, a que melhor satisfaça as suas necessidades.⁵⁸

Na segunda hipótese, há somente uma marca ou modelo de produto que atende às necessidades do órgão licitante, embora existam vários fornecedores que o revendam. Cabe

⁵⁷ TROIB, Alan Garcia. A indicação de marcas ou modelos para a aquisição de bens no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 114.

⁵⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 23, set. 2011.



ressaltar que essa hipótese não se confunde com aquela em que há um único fornecedor do produto, pois, neste caso, estaria configurada a inexigibilidade de licitação.

Por fim, a terceira hipótese aplica-se ao caso em que a Administração encontra dificuldade para especificar o objeto. Assim, o RDC permite a indicação de marca de referência seguida pela expressão “ou similar ou de melhor qualidade”. Nesse caso, não há inovação, vez que a lei apenas positivou o entendimento do TCU sobre o tema, a exemplo do consignado no Acórdão nº 664/2007-TCU-Plenário.

9.4.11. observe o Acórdão nº 1.292/2003-TCU-Plenário, limitando a indicação de marca aos casos em que justificativas técnicas, devidamente fundamentadas e formalizadas, demonstrem que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração, **ressalvando que a indicação de marca é permitida como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, desde que seguida por expressões do tipo: “ou equivalente”, “ou similar”, “ou de melhor qualidade.** (destaquei)

Exigência de amostra

Muito embora a Lei de Licitações e Contratos não faça qualquer menção à possibilidade de exigência de amostra de produtos a serem adquiridos pela Administração, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vinham admitindo essa prática em determinadas situações. Conforme bem apontou Maria Augusta Rost:

Na origem, a exigência de amostras se deu como forma excepcional de combater a oferta de produtos desprovidos das qualidades mínimas ou mesmo desconformes com os requisitos previstos nos editais de licitação. Ao invés de enfrentar o problema na etapa dos contratos, a Administração passou a resolvê-los na própria licitação.

A eliminação de licitante que tenha apresentado produto incompatível com o objeto do certame é muito mais eficiente do que a rescisão futura do contrato. Contudo, é indispensável que existam motivos que justifiquem a necessidade de se exigir a apresentação de amostra para que licitantes não sejam constrangidos a procedimentos inúteis e não seja frustrada a celeridade do procedimento licitatório.⁵⁹

Evitando nova lacuna normativa, a lei que instituiu o RDC autorizou a exigência de amostra do bem a ser adquirido no procedimento de pré-qualificação ou na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade de sua apresentação.

De início, cumpre esclarecer que a exigência de amostra, além de ser devidamente justificada, deve estar prevista em edital, com critérios objetivos de aprovação.

Com relação à amostra nas fases de julgamento das propostas ou de lances, mais uma vez a Lei nº 12.462/11 positivou entendimento do TCU sobre o assunto. O Tribunal já admitia a exigência de apresentação de amostras apenas na fase de classificação das propostas, desde

⁵⁹ ROST, Maria Augusta. As exigências de amostra e de carta de solidariedade. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 128.



que a exigência estivesse previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório. Ademais, a apresentação de amostra deveria se restringir ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar no certame. Podem ser citados, nesse sentido, os Acórdãos n^{os} 1.182/2007 e 1.113/2008, ambos do Plenário.

Tal entendimento, a nosso juízo, deve ser aplicado no âmbito do RDC. Embora a norma tenha silenciado quanto aos obrigados a apresentar amostra, entendemos não ser razoável sua exigência de outros licitantes que não o melhor classificado. Além de gerar um ônus excessivo àqueles que não possuem uma expectativa imediata de ter o objeto adjudicado, o que pode reduzir o número de interessados no certame, essa prática gera custos para a própria entidade licitante, que deverá analisar todas as amostras apresentadas, ao invés de se concentrar em apenas uma.

Quanto à exigência de amostra no procedimento de pré-qualificação, foi inovadora a Lei n^o 12.462/11. Assim como no caso anterior, essa exigência deve estar previamente prevista nos instrumentos que regem aquele procedimento auxiliar, muito embora possa ser exigida de um número mais amplo de fornecedores, pela própria natureza da pré-qualificação. Ademais, ela é aplicável apenas no caso de pré-qualificação objetiva, ou seja, quando a Administração almeja identificar bens que atendam padrões mínimos de exigências técnicas e de qualidade.

Por fim, cumpre registrar que o ato que aprova ou desaprova a amostra deve ser ampla e objetivamente fundamentado, em homenagem aos princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido já se manifestou a Corte de Contas Federal no Acórdão n^o 1.237/2002-TCU-Plenário:

O exame de conformidade efetuado pela Administração, entretanto, há de ser feito com total transparência e com possibilidade de acompanhamento pelo licitante, se ele assim desejar, sendo-lhe facultado acesso irrestrito ao laudo ou parecer que concluir pela desconformidade da amostra ao objeto da licitação, que deverá apontar de modo completo as falhas identificadas na amostra, a fim de que reste assegurado o direito de interpor recurso e exercer o contraditório e a ampla defesa.

No caso, a comissão de licitação cometeu várias ilegalidades quanto à observância destes cuidados. A comissão procedeu aos testes de conformidade sem possibilidade de acompanhamento por parte da empresa representante; declarou outra empresa vencedora do certame, sem notificar a representante de sua desclassificação e sem apontar as causas do ato.

Exigência de certificação de qualidade

Nos termos do art. 7^o, inciso III, da Lei n^o 12.462/11, o órgão contratante poderá exigir a certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada.



Conforme destacam Rafael Wallbach Shwind e Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer:

O contratante que exige uma determinada certificação de qualidade estará se valendo da responsabilidade de organismos certificadores, o que lhe propicia uma dúplici vantagem. Por um lado, aproveita-se o conhecimento detido pelo órgão certificador, normalmente mais abrangente, técnico e especializado do que aquele detido pelo contratante. Por outro lado, o procedimento de seleção e contratação é agilizado e simplificado, dispensando-se o contratante de fazer uma análise mais aprofundada das condições técnicas do proponente, bem como do produto ou serviço por ele ofertado.⁶⁰

No entanto, existem argumentos contrários às exigências de certificação em licitações. Há quem defenda que essa exigência poderia frustrar o caráter competitivo do certame. Em determinadas situações, a obtenção da certificação pode depender de um processo moroso, afastando do certame os potenciais licitantes que teriam condições de cumprir os requisitos de acreditação, mas não no tempo necessário para apresentarem suas propostas.

Ademais, o processo de certificação também pode envolver custos bastante significativos e impactar na atividade empresarial dos licitantes. Nesse caso, a Administração, ao exigir determinados certificados, estaria interferindo no gerenciamento da entidade privada.

Tendo como paradigma a Lei de Licitações e Contratos, o TCU tem reiteradamente considerado ilegal a exigência de certificados de qualidade para fins de habilitação. Segundo entende a Corte de Contas, os elementos exigíveis na referida fase do procedimento licitatório estão elencados de forma exaustiva nos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/93, não figurando dentre eles o certificado de qualidade. Assim, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, a exigência de atestado de qualidade no edital da licitação somente poderia ser aceita como critério de pontuação técnica (Ex.: Acórdãos nºs 1.107/2006, 1.291/2007, 2.656/2007, 608/2008, 2.215/2008 e 381/2009, todos do Plenário).

Com o advento da Lei nº 12.462/11, a discussão acerca da possibilidade de se exigir o certificado de qualidade restou superada. No entanto, em nossa avaliação, permanece ilegal sua exigência como critério de habilitação nas licitações regidas pelo RDC. Isso porque, ao tratar da habilitação, o art. 14 do novo regime estabeleceu serem aplicáveis as disposições dos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/93. Assim, deve ser observado o entendimento já firmado pelo TCU a respeito do rol taxativo de documentos previstos nesses artigos.

⁶⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A exigência da certificação de qualidade nas licitações e o regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 137-138.



Como decorrência, entende-se que o certificado de qualidade só pode ser exigido do licitante vencedor como condição para contratação. Ainda assim, tal exigência deve ser compatível com o objeto licitado e se encontrar expressa no edital de convocação, bem como estar motivada nos autos do processo licitatório.

Exigência de carta de solidariedade

Nos termos do art. 7º, inciso IV, da Lei nº 12.462/11, é facultado à Administração solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

Conforme nos ensina Maria Augusta Rost, “a carta de solidariedade é o documento firmado pelo fabricante em favor do licitante, com o objetivo de estabelecer responsabilidade recíproca sobre o bem a ser fornecido”.⁶¹

A exigência deste tipo de documento tem sido refutada pelo TCU em processos licitatórios regidos pela Lei nº 8.666/93. No entendimento do Tribunal, a exigência fere o caráter competitivo do certame, além de, no limite, transferir ao fabricante o poder de selecionar um determinado revendedor para contratar com a Administração. Basta, para tanto, expedir a carta apenas em favor do revendedor selecionado (vide, por exemplo, Acórdãos nºs 355/2006, 539/2007, 423/2007, 1.798/2008, 1.281/2009 e 1.979/2009, todos do Plenário).

Por outro lado, há quem defenda a exigência. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Jaques Fernando Reolon⁶² ponderam que, em aquisições de maior vulto, a exigência se faz necessária sob pena de o fornecedor não poder honrar com compromissos de grande monta. Isso porque, muitas vezes, esses compromissos afetam a capacidade produtiva do fabricante, o qual só vem a tomar conhecimento da venda na fase posterior à assinatura do contrato, tornando inviável sua execução.

A par das divergências, o fato é que, no âmbito do RDC, existe a possibilidade de ser exigida a mencionada carta de responsabilidade. Contudo, como bem destaca o próprio dispositivo que autoriza sua exigência, ela deve ser devidamente motivada em face das circunstâncias do caso concreto, sob pena de ferir o caráter competitivo do certame. Nesse sentido, são acertadas as palavras de Maria Augusta Rost ao destacar que:

⁶¹ ROST, Maria Augusta. As exigências de amostra e de carta de solidariedade. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 129.

⁶² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 26, set. 2011.



a exigência da carta de responsabilidade deve se dar somente em situações específicas. A sua exigência indiscriminada, mesmo com previsão expressa pela Lei nº 12.462, enfrenta sérios obstáculos constitucionais.⁶³

3.5. Orçamento sigiloso

Um dos temas que mais causou polêmica quando da edição do RDC foi a falta de publicidade do orçamento estimado da licitação. A regra, nos termos da Lei nº 12.462/11, consta do art. 6º, *in verbis*:

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

§ 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.** (destaquei)

A leitura atenta do dispositivo revela que o RDC não dispensa a Administração de elaborar o orçamento estimado que norteará a licitação. O Regime Diferenciado inova, em relação à Lei nº 8.666/93, apenas ao não conferir publicidade ao orçamento juntamente com o edital do certame. De modo diverso, no novo regime, o orçamento estimado somente será tornado público imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Assim, o orçamento possuirá caráter sigiloso no transcorrer do certame. Contudo, esse sigilo é parcial, pois não impede o acesso permanente aos dados pelos órgãos de controle externo e interno, tais como Tribunais de Contas, Ministério Público e Controladorias.

A regra do sigilo não se aplica, todavia, nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto ou por melhor técnica. No primeiro caso, a divulgação do orçamento com quantitativos e preços unitários é imprescindível para os licitantes elaborarem as propostas. Já no segundo, pela própria natureza do critério, o valor do prêmio ou da remuneração deverá constar do instrumento convocatório.

⁶³ ROST, Maria Augusta. As exigências de amostra e de carta de solidariedade. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 133.



Ao não divulgar previamente o orçamento estimado da licitação, a Administração almeja aumentar a competitividade do certame, obtendo propostas mais econômicas, que efetivamente reflitam o custo para a execução contratual por parte dos licitantes. Espera-se evitar, com isso, prática corrente nos certames regidos pela Lei nº 8.666/93 em que os concorrentes apresentam suas propostas em valores muito próximos àquele informado pelo ente contratante. Sobre tal peculiaridade, bem assenta André Guskow Cardoso:

(...) no caso do orçamento estimado, a ausência de sua disponibilização quando da fase competitiva do certame licitatório pode produzir efeitos sobre o comportamento dos licitantes que, diante da ausência de certeza a respeito do valor estimado do objeto licitado, são obrigados a reduzir seus preços. Há um incentivo à redução de preços, quando os licitantes não sabem de antemão qual o orçamento estimado pela Administração para determinado objeto.

Além disso, a ausência de informação prévia a respeito do orçamento estimado também agrega outra incerteza à equação. Como os licitantes não sabem quais serão as propostas formuladas pelos demais, há incentivo adicional à redução dos preços – evidentemente, dentro de certos limites. Um determinado licitante jamais terá como saber – a não ser no caso de conluio, que corresponderá a uma distorção da disputa, um ato ilícito punível segundo a legislação – qual o parâmetro que está sendo observado pelos demais na formulação de suas propostas. Quando o orçamento estimado é previamente divulgado, há um parâmetro inicial que é considerado por todos os licitantes, correspondendo ao valor inicialmente divulgado pela Administração.⁶⁴

É de se destacar, contudo, que o novo procedimento tem sido questionado não só por parte da doutrina como também perante o STF. No âmbito da Adin 4.645, alega-se que a postergação na divulgação do orçamento ofenderia o princípio da publicidade, constante dos artigos 5º, inciso XXXIII, e 37 da Constituição Federal. Esse entendimento é endossado por parte dos estudiosos do novo regime.

A despeito dessa contestação, ao que se nota, a doutrina majoritária tem se inclinado no sentido de reconhecer a constitucionalidade da regra contida no art. 6º da Lei nº 12.642/11. Nesse sentido, pode-se citar, a título e exemplo, a manifestação de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

Uma crítica que poderia ser contraposta ao orçamento sigiloso está na suposta ofensa ao princípio da publicidade. Argumenta-se que as informações orçamentárias são de enorme relevância para o controle popular sobre os gastos públicos, sendo que não podem restar subtraídas do dever de publicidade que pesa (como regra) sobre a atividade administrativa. O argumento não procede. É que não há, na hipótese do RDC, propriamente subtração da publicidade do orçamento, uma vez que ele será amplamente divulgado imediatamente depois da disputa. Trata-se, portanto, de impor apenas a restrição subjetiva e temporal à veiculação do orçamento, não se podendo falar em sigilo ou confidencialidade das informações. (...), o princípio da publicidade não impede que a divulgação de certas informações inerentes à atividade administrativa seja calibrada com vistas à preservação de

⁶⁴ CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 93.



outros interesses de relevância pública associados. Sem que se elimine a difusão pública do orçamento, é perfeitamente possível dosá-la na esfera da licitação, no propósito de preservar o princípio da contratação mais vantajosa - e, até, como instrumento de combate a práticas de conluio e formação de cartéis.⁶⁵

A propósito, esse parece ser, também, o entendimento acerca do tema no âmbito do Tribunal de Contas da União. Muito embora não tenha sido provocado a se manifestar, diante de um caso concreto, acerca da constitucionalidade do dispositivo, o TCU tem avaliado diversos processos licitatórios regidos pela Lei nº 12.462/11, em que a supressão da publicidade prévia do orçamento estimado é adotada, sem apontar qualquer restrição ao procedimento. Inclusive, em uma decisão específica, após constatar que o valor proposto pelo vencedor em processo licitatório do RDC eletrônico propiciou um desconto de 22% com relação ao orçamento estimado, o relator do Acórdão nº 305/2013-TCU-Plenário consignou: “Pode-se, diante disso, tanto festejar o sucesso do RDC eletrônico, como também – e por que não – o do sigilo do orçamento, revelado somente após a publicação da classificação.”

Com efeito, entendemos assistir razão à segunda vertente. Não há que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo por afronta ao princípio da publicidade, uma vez que a peça orçamentária será tornada pública ao final do certame. Ademais, o diferimento da publicação das informações tem por propósito o atingimento do interesse público primário, qual seja, a busca da melhor proposta junto ao mercado. Tal fundamento deve ser sopesado na interpretação dos primados constitucionais aplicados à espécie, vez que a doutrina jurídica moderna não admite a conferência, *a priori*, de maior densidade valorativa a um determinado princípio em detrimento dos demais, sem que sejam avaliadas as peculiaridades do caso concreto.

Não é demais lembrar que a ausência de divulgação do orçamento base da licitação juntamente com o edital do certame já é utilizada em larga escala nos procedimentos que adotam o pregão, com vistas a obter maior efetividade na fase negocial do certame. Diferentemente da Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 não obriga o gestor público a disponibilizar juntamente com o edital o orçamento elaborado para nortear o pregão. Nesse sentido, o mesmo TCU tem entendido que a opção pela divulgação da peça em tais licitações insere-se no campo de discricionariedade do gestor público, conforme se depreende da ementa do Acórdão nº 392/2011-TCU-Plenário:

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA PRÉVIA DO REPRESENTADO. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS. LICITAÇÃO SUSPensa POR INICIATIVA DO PRÓPRIO ÓRGÃO.

⁶⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-61.



NEGATIVA DO PROVIMENTO CAUTELAR. EXAME DO MÉRITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

(...)

3. "Orçamento" ou "valor orçado" ou "valor de referência" ou simplesmente "valor estimado" não se confunde com "preço máximo". O "valor orçado", a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o "preço máximo" a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente.

4. Nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93, o orçamento estimado deve figurar como anexo do edital, contemplando o preço de referência e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. **No caso do pregão, a jurisprudência do TCU é no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.** (destaquei)

Vê-se, pois, que a temática não é inovadora no ordenamento jurídico pátrio, sendo que sua invocação do âmbito do RDC almeja os mesmos fins buscados pela Lei do Pregão.

3.6. Utilização de referenciais de preços oficiais

Questão que constantemente suscita intensos debates no TCU é o parâmetro a ser utilizado para calcular o valor de mercado de uma determinada obra ou serviço de engenharia.

Historicamente, as leis de diretrizes orçamentárias editadas pela União traziam dispositivo estabelecendo que o custo global de tais empreendimentos deveria ser obtido a partir de composições de custos unitários constantes de referenciais de preços mantidos por órgãos federais. Mais especificamente, estabeleciam que os custos unitários presentes nos projetos deveriam ser menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi) - mantido pela Caixa Econômica Federal (CEF) e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) - e, no caso de obras rodoviárias, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro) - gerenciada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).⁶⁶

Embora tais dispositivos sejam de grande relevância para balizar a orçamentação de obras e serviços de engenharia, o instrumento legal escolhido para sua disposição não parecia ser o mais adequado. Isso porque as leis de diretrizes orçamentárias são, por natureza, temporárias. Então, não seria o mais conveniente que essa espécie normativa disciplinasse assunto de caráter permanente.⁶⁷

⁶⁶ A título de exemplo, podem-se citar o art. 125 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2012 (Lei nº 12.465/11) e o art. 102 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2013 (Lei nº 12.708/12).

⁶⁷ A propósito, cumpre ressaltar que as Leis de Diretrizes Orçamentárias de 2014 e 2015 (Leis nºs 12.919/13 e 13.080/15) deixaram de reproduzir o referido dispositivo. A partir de 2013, a matéria passou a ser tratada no Decreto nº 7.983, de 8 de abril daquele ano. Embora possua caráter permanente, o instrumento normativo escolhido permite que a regra possa ser alterada ou excepcionada a qualquer tempo pelo Poder Executivo.



Nesse sentido, o RDC representou um avanço ao trazer para sua disciplina norma que condiciona a orçamentação de obras e serviços de engenharia à observância de sistemas referenciais de preços oficiais. Tais dispositivos constam dos §§ 3º e 4º do art. 7º da Lei nº 12.462/11, abaixo transcritos:

§ 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

Cumprido salientar que essa normatização não é imune a críticas por parte da doutrina. Nessa linha, pode-se citar o comentário tecido por Augusto Neves Dal Pozzo, para quem a uniformização dos custos revelar-se-ia impraticável:

Não se pode olvidar que o Brasil é um país de dimensões continentais: dependendo da região em que a obra ou os serviços de engenharia serão licitados e executados, há uma elevada discrepância entre os custos, sendo, destarte, praticamente impossível eleger um parâmetro uniforme e geral. Além disso, cada obra pública detém particularidades cuja referência de custo pode variar sobremaneira, sem que isso implique acréscimos indevidos para a Administração, principalmente no que se refere a obras de infraestrutura urbana complexa e de elevado valor econômico.⁶⁸

Embora se reconheça a pertinência da crítica apresentada pelo autor, cabem a ela duas ressalvas. A primeira é que tanto o Sicro quanto o Sinapi são elaborados tendo como base territorial os Estados da Federação. Assim, tais referenciais não representam um padrão nacional de custos unitários, mas sim a realidade de cada Estado.

Já a segunda é de que a jurisprudência do TCU não tem se mostrado insensível a determinada singularidade que possa afastar o custo de uma obra dos constantes nos mencionados referenciais. Conforme assentou a Corte de Contas no Acórdão nº 2.223/2014-TCU-Plenário, por exemplo, os custos unitários informados nos sistemas referenciais de preços não devem ser vistos como absolutos. De outra sorte, é sempre facultado aos interessados contestar os serviços e valores constantes dos sistemas em face de um caso

⁶⁸ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 67-68.



concreto, mediante elementos técnicos e objetivos que demonstrem particularidades da obra que, eventualmente, não estejam neles contempladas. Não foi sem razão, aliás, que o § 4º do art. 7º acima transcrito trouxe métodos alternativos de apuração dos custos unitários de obras e serviços de engenharia.

3.7. Modo de disputa aberto, fechado ou misto

Outra importante novidade do RDC é a previsão dos modos de disputa aberto e fechado em suas licitações, os quais poderão se dar tanto no procedimento eletrônico como presencial.

De acordo com a lei, no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas (art. 17, inciso II). Trata-se, portanto, de regra idêntica a uma concorrência processada no âmbito da Lei nº 8.666/93.

De outro turno, no modo de disputa aberto, os licitantes deverão apresentar suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado (art. 17, inciso I). A aplicação desse modo de disputa às licitações do tipo menor preço, maior oferta ou maior desconto é simples e será realizada de forma análoga ao procedimento do pregão eletrônico.

Com essa nova sistemática, atende-se ao anseio daqueles que militavam em favor de uma ampliação do campo de aplicação da modalidade pregão, restrito aos bens e serviços comuns, nos termos da Lei nº 10.520/02. A partir do RDC, até mesmo a contratação de obras e serviços de engenharia poderá se favorecer dos benefícios verificados naquele regime. Como bem assentaram Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios:

A experiência da apresentação de lances no modo de disputa aberto na modalidade pregão na forma eletrônica, além de amplamente disseminada na Administração Federal, vem apresentando bons resultados, no sentido de serem propiciadas ofertas mais vantajosas para a Administração. Assim, é positiva a ampliação do âmbito de aplicação desse procedimento (...).⁶⁹

Contudo, não se deve olvidar que o aumento de complexidade dos objetos licitados irá requerer atenção especial dos administradores públicos na escolha do modo que será

⁶⁹ ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) aplicável às contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, maio 2012. p. 14. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79102>> Acesso em: 20/1/2015.



procedida a licitação. Acerca do tema, são válidas as considerações de Cesar A. Guimarães Pereira:

É bem verdade que a experiência com pregão, especialmente na sua forma eletrônica, mostra que a redução do preço final do bem ou serviço adquirido é usualmente acompanhada de uma redução em sua qualidade. Se este fenômeno leva a situações indesejáveis na aquisição de bens e serviços comuns, seu efeito pode ser ainda mais indesejável em licitações mais complexas. Não se pode dar uma aplicação indiscriminada à regra de preferência pela forma eletrônica das licitações nem se adotar o método de disputa aberto como sendo necessariamente o mais adequado. Nos casos em que a qualidade da prestação for essencial, pode ser mais apropriado manter o sistema de disputa fechada, garantindo-se a consistência da prestação.⁷⁰

Nesse sentido, o modo aberto deve ser evitado quando a licitação envolver critérios de disputa que vão além do preço, abrangendo também questões técnicas. Isso porque seria extremamente complexo avaliar diferentes propostas técnicas em um cenário de lances sucessivos, podendo culminar em contratações prejudiciais à Administração.⁷¹

Ainda para o modo de disputa aberto, a Lei nº 12.462/11 prevê a possibilidade de apresentação de lances intermediários pelos licitantes que não estejam em primeiro lugar na disputa. Isto é, permite que sejam apresentados lances iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério de maior oferta; ou iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotado os demais critérios de julgamento. Trata-se de louvável inovação do RDC em relação à Lei do Pregão, que somente admite lances inferiores ao menor até então ofertado. Os lances intermediários acirram a competitividade entre licitantes e evita que a Administração não obtenha a proposta mais vantajosa por disfunções do procedimento, conforme ressaltam Benjamim Zymler e Laureano Canabarro Dios:

A possibilidade de lances intermediários permite aos licitantes disputarem posição classificatória na expectativa de que os licitantes com melhores propostas não preencham os requisitos de habilitação. Trata-se de procedimento ampliador da competitividade do certame e garantidor de que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa. (...) Busca-se, ainda, com esses lances intermediários, inibir o chamado “efeito coelho”, verificado em alguns dos pregões regidos pela Lei nº 10.520/02, qual seja, que determinada empresa não apta a se habilitar ou que não tenha interesse na contratação, em combinação ou não com outra licitante, promova o prematuro fim da competição ao elaborar proposta economicamente inviável para os demais licitantes. Na hipótese de combinação, o esgotamento prematuro do certame ocorreria para beneficiar determinada empresa que estivesse classificada logo depois daquela que elaborou a proposta que não seria honrada.⁷²

⁷⁰ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Procedimento licitatório da Lei nº 12.462: licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 210.

⁷¹ *ibidem*, p. 215.

⁷² ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) aplicável às contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, maio 2012. p. 15. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=79102>> Acesso em: 20/1/2015.



Como alternativa aos modos aberto e fechado, o Regime Diferenciado prevê, ainda, a possibilidade de combinação dos dois, criando um modelo misto ou híbrido. De acordo com o Regulamento do RDC, esse modelo se processará em duas etapas, sendo a primeira necessariamente eliminatória.

Na hipótese de o procedimento se iniciar pelo modo de disputa fechado, serão classificadas para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos.

Já no caso de o procedimento se iniciar pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas poderão oferecer propostas finais, fechadas.

Vê-se, assim, que o RDC concedeu aos gestores públicos a condição de se adotar um comportamento estratégico na análise das propostas e mais adaptado às próprias características inerentes ao mercado do objeto que vai ser licitado, com vistas a obter a proposta mais vantajosa para a Administração.

3.8. Critério de julgamento pelo maior desconto

Para realizar licitações em que se busque a aquisição de bens e serviços com um menor dispêndio de recursos, desde que atendidos parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital, a Lei nº 12.462/11 conferiu à Administração dois critérios de julgamento distintos: menor preço ou maior desconto.

Destaca-se que, sob a ótica do RDC, o menor dispêndio não deve ser visto apenas pelo desembolso imediato, no momento da contratação. Autoriza a lei que sejam levados em conta para a definição do menor dispêndio custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, sempre que objetivamente mensuráveis.

A par dessa visão mais ampla do dispêndio, o critério de julgamento pelo menor preço é idêntico ao adotado pela Lei nº 8.666/93 e pela Lei do Pregão. A novidade fica por conta do julgamento pelo maior desconto.

Acerca deste critério, a lei estabelece que, quando utilizado para a aquisição de bens ou a contratação de serviços que não sejam de engenharia, o julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto



estendido aos eventuais aditivos. Na opinião de Alexandre Wagner Nester⁷³, tal critério se assemelha à licitação do tipo “preço-base”, prevista no art. 37, parágrafo único, inciso IV, do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.⁷⁴

Ainda de acordo com a lei, no caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório. Igualmente, na hipótese de aditivos, o desconto linear sobre todos os itens do orçamento deve ser mantido, nos termos da proposta original.

Trata-se de relevante inovação trazida pelo RDC. Primeiramente, por sua simplicidade, o julgamento pelo maior desconto imprime celeridade ao procedimento licitatório, indo ao encontro da eficiência administrativa. Em segundo lugar, e não menos importante, evita a ocorrência do chamado “jogo de planilhas” ou “jogo de cronograma” por parte dos licitantes no caso de contratação de obras.

Como bem descrito por Alexandre Wagner Nester, o “jogo de planilhas” ocorre na

(...) situação em que o licitante se aproveita de eventuais defeitos nos projetos que embasam a licitação por preço global, identificando itens com quantitativos muito baixos (para os quais oferece preços elevados) e itens com quantitativos muito altos (para os quais oferece preços reduzidos ou irrelevantes). Isso possibilita que, na média, o preço global da proposta se apresente reduzido, garantindo a vitória do licitante no certame. Posteriormente, durante a execução do contrato, torna-se necessário o aditamento para corrigir aqueles quantitativos, elevando assim o preço global em benefício do contratado.⁷⁵

Já o “jogo de cronograma” é verificado quando o licitante oferta todos os preços unitários abaixo dos previstos pela Administração. No entanto, os preços dos serviços iniciais da obra são cotados sem nenhum desconto em relação ao orçamento, enquanto os preços dos demais serviços são cotados com desconto expressivo em relação aos orçados. Após executar os serviços iniciais da obra com os preços vantajosos, a contratada apresenta pleitos de

⁷³ NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 245.

⁷⁴ Decreto-Lei nº 2.300/86 - Art. 37. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação:

(...)

IV - a de preço-base, em que a Administração fixe um valor inicial e estabeleça, em função dele, limites mínimo e máximo de preços, especificados no ato convocatório.

⁷⁵ NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 246.



reequilíbrio para aumentar os preços dos serviços restantes, majorando o valor do contrato, ou, em caso de insucesso, simplesmente abandonando a obra.

Em ambos os casos, contratações que aparentemente se mostravam vantajosas para a Administração, tornam-se antieconômicas. Tal inconveniente, contudo, é mitigado com o julgamento pelo maior desconto, vez que o licitante não terá discricionariedade para “eleger” os itens sobre os quais ofertará um preço mais baixo que o orçado, vez que o desconto incidirá de forma linear sobre todos os itens do orçamento, inclusive no caso de aditivos contratuais.

3.9. Critério de julgamento pelo melhor retorno econômico e contratos de eficiência

Inovando em relação à Lei nº 8.666/93, o RDC instituiu o critério de julgamento denominado melhor retorno econômico, cuja utilização dará ensejo a um contrato de eficiência.

Essa espécie de contratação tem por objetivo aprimorar a atuação administrativa, mediante redução de suas despesas correntes (v.g., pessoal, material de consumo, energia elétrica, água, telefone e manutenção). Para tanto, a Administração ficou autorizada a celebrar contrato de prestação de serviço, podendo incluir obras e fornecimento de bens, que proporcione economia em suas atividades operacionais, sendo o contratado remunerado com base no percentual de economia gerada. “Trata-se, portanto, de uma sistemática de contratação de risco, em que a remuneração devida ao particular, em termos absolutos, será tanto maior quanto mais relevante for a economia gerada para a Administração.”⁷⁶

De acordo com o Regulamento do RDC, nas licitações em que se almeje a celebração de um contrato de eficiência, os licitantes deverão apresentar proposta de trabalho (em que será informada a economia que se estima gerar) e proposta de preço (correspondente à remuneração almejada pelo agente privado).

Assim, a proposta com o melhor retorno econômico será aquela cuja execução contratual proporcione a maior economia para a Administração. Ou seja, aquela que alcance o maior montante de redução de despesas correntes, deduzida a remuneração do contratado.

⁷⁶ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração Variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 191.



Rafael Wallbach Schwind traz um exemplo elucidativo do critério de julgamento em comento:

Suponha-se que, em determinado certame, o licitante A se comprometa a reduzir as despesas correntes da Administração em \$100, mediante recebimento de 10% sobre esse montante. O licitante B, por outro lado, compromete-se a reduzir as despesas em \$200, mas mediante o recebimento de 20% sobre esse montante. No caso da proposta do licitante A, o benefício líquido para a Administração será de \$90 caso o licitante atinja o objetivo a que se comprometeu. Já no caso da proposta do licitante B, o benefício líquido será de \$160. Como o critério estabelecido pela lei é o do maior retorno econômico, não há dúvidas de que a proposta do licitante B é a que deve ser eleita, uma vez que proporciona a maior economia para a Administração Pública, ainda que a remuneração de B seja de \$40, portanto quatro vezes maior do que a de A (que receberia \$10).⁷⁷

Dada a metodologia de cálculo do retorno econômico, existe a possibilidade de os licitantes ofertarem reduções exageradas de despesas correntes para, com isso, sagrarem-se vencedores nos certames. No entanto, o não atingimento da economia contratada ocasionará a imposição de pesados prejuízos ao licitante. Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência, a Lei do RDC estabelece as seguintes apenações ao contratado (art. 23, § 3º):

- 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.

A leitura do dispositivo evidencia que o objetivo dessas apenações é resguardar a vantagem econômica contratada pela Administração. Assim, caso a prestadora de serviço não atinja a economia prometida, ela deverá arcar com essa diferença, mediante desconto de sua remuneração ou por meio de pagamento de multa.

3.10. Contratação integrada

A previsão da contratação integrada como forma de execução indireta de obras e serviços de engenharia deu ensejo a diversas controvérsias quando da edição da Lei nº 12.642/11. De acordo com o art. 9º do referido diploma legal, essa espécie de contratação

⁷⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração Variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 195.



compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo⁷⁸, 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 entrega do objeto final.

Ainda segundo estabelece o dispositivo, a contratação integrada será cabível, desde que técnica e economicamente justificada, quando a obra ou serviço de engenharia licitado envolver, pelo menos, uma das seguintes condições: inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Para viabilizar a contratação, o instrumento convocatório do certame 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;
- c. a estética do projeto arquitetônico;
- d. os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

O anteprojeto de engenharia, que não se confunde com o projeto básico, poderá ainda permitir a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, devendo o instrumento convocatório estabelecer critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

Desde logo, cabe destacar que a contratação integrada não se trata de inovação em âmbito nacional. Procedimento idêntico já havia sido previsto no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, aprovado pelo Decreto nº 2.745/98⁷⁹. Da mesma forma, as regras de contratação do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) também admitem essa possibilidade de execução, as quais já vinham sendo aplicadas nas

⁷⁸Lei nº 12.462/11 - Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:
(...)

IV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;

b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e

c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução;

V - projeto executivo: conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes;

⁷⁹Decreto nº 2.745/98, item 1.9 - Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da **contratação integrada**, compreendendo a realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.



licitações brasileiras no caso de financiamento com recursos daquela instituição, conforme previsão existente no art. 42 da Lei nº 8.666/93⁸⁰.

Como se denota dos dispositivos que regem a matéria, a contratação integrada muito se aproxima do regime de empreitada integral previsto na Lei de Licitações e Contratos⁸¹. Contudo, ao invés de se delegar ao particular apenas a execução das obras e serviços e a instalação dos equipamentos necessários à entrada em operação do empreendimento, atribui-se à contratada a responsabilidade pela elaboração dos projetos básico e executivo, tendo como referencial as informações constantes do anteprojeto de engenharia desenvolvido pela Administração.

Nesse sentido, Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer⁸² argumenta que a contratação integrada reflete a intenção de permitir um maior grau de flexibilidade à licitação. Tal flexibilização, por um lado, traz um componente de incerteza na contratação, pois a Administração Pública disporá de menos dados para o controle das propostas. Por outro lado, ela permite absorver técnicas inovadoras e remeter determinados riscos de projeto ao futuro contratado.

Assim, segundo o autor, a lógica da contratação integrada é a de atribuir mais responsabilidade ao contratado e diminuir os riscos assumidos pela Administração Pública em atividade que possa ser mais bem desempenhada pela iniciativa privada.

Augusto Neves Dal Pozzo, por seu turno, enxerga um risco potencial no fato de a Administração promover uma contratação tendo como referencial apenas o anteprojeto de engenharia, instrumento mais sucinto do que o projeto básico exigido nas licitações regidas pela Lei nº 8.666/93. Segundo o autor:

O regime de execução contratual ora previsto pelo RDC pode vir a ensejar a celebração de um negócio jurídico com condições absolutamente desconhecidas pelas partes, desconectadas das reais implicações técnicas e econômicas que serão levadas a efeito durante o ajuste.⁸³

⁸⁰ Lei nº 8.666/93 - Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

⁸¹ Lei nº 8.666/93 - Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

⁸² REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 159.

⁸³ DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto



Em linha com essa opinião, Romiro Ribeiro alerta para o risco financeiro existente na contratação integrada:

Ao não oferecer aos licitantes projetos básicos desenvolvidos a partir de programas de necessidades, de estudos de viabilidades e anteprojetos detalhados e consistentes, a Administração suprime informações imprescindíveis aos interessados para avaliação de riscos e dos reais custos do empreendimento a ser executado. Esta incerteza pode comprometer o resultado da licitação e a conclusão da obra diante da possibilidade de ocorrência de eventos que impactam o custo do empreendimento sem que tenham sido adequadamente identificados e precificados por ocasião da licitação. A empresa, em razão do porte ou da situação econômico-financeira, poderá não suportar este aumento de custos sem revisão contratual, o que a levará a sérias dificuldades financeiras, à falência ou ao abandono da obra, ou às três situações, não necessariamente nesta ordem.⁸⁴

De fato, tais preocupações merecem a atenção dos gestores públicos. Pela ótica mercadológica, os agentes privados esperam obter maiores porcentagens de lucros em atividades que envolvam mais riscos. Nesse sentido, caso a definição do objeto licitado no anteprojeto de engenharia não seja realizada a contento, os licitantes incluirão uma verba de contingência ou um adicional de risco em sua proposta para fazer frente às incertezas decorrentes do detalhamento impreciso do objeto. Em decorrência, nessa hipótese, a contratação integrada pode se revelar antieconômica, na medida em que, se a licitação tivesse sido realizada com base em projetos básico e executivo com maior nível de detalhamento, tais parcelas de risco não seriam inseridas na proposta. Em outras situações, a contratação integrada pode se tornar um perverso mecanismo de seleção adversa, em que a Administração Pública contratará a pior empresa, justamente aquela que avaliou de forma precária todos os riscos envolvidos no empreendimento, formulando proposta inexecutável. E as consequências serão obras inacabadas ou construtores em dificuldades financeiras.

Nada obstante tais ponderações, acredita-se que elas não são suficientes para inviabilizar por completo a utilização do novo instituto pela Administração. As disfunções acima delineadas partem do pressuposto de que as informações constantes do anteprojeto de engenharia sejam insuficientes para parametrizar o objeto licitado. Embora se reconheça que isso possa eventualmente ocorrer, não se deve levar tal fato como a regra.

Não é demais rememorar que um dos principais problemas enfrentados pela Administração Pública nas licitações de obras e serviços de engenharia é a elaboração dos

Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011); aspectos fundamentais. 2. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 72.

⁸⁴ RIBEIRO, Romiro. O calcanhar de Aquiles do Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira. Julho/2013. p. 2-3. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/nt13_rdc.pdf>. Acesso em 21/01/2015.



projetos básico e executivo, quando for o caso, do empreendimento. Não raro ouvem-se críticas de que tais documentos são elaborados em dissonância com a realidade, o que gera a necessidade de diversos aditivos ao longo da execução contratual, desvirtuando o objeto adjudicado e aumentando o custo total da obra. Por essa razão, a nova sistemática busca transferir tais atividades à iniciativa privada, que, em tese, detém maior expertise para a elaboração desses projetos.

Com isso, resta à Administração uma atribuição menos complexa, porém não menos relevante, de promover a caracterização do objeto via anteprojeto de engenharia. Embora as informações constantes de tal documento não desçam ao nível de detalhe de um projeto básico, elas devem ser suficientes para delinear o objeto licitado, de forma a garantir o julgamento objetivo das propostas apresentadas pelos interessados em contratar com o poder público.

Como não haverá a elaboração de projeto básico pela Administração, a Lei nº 12.462/11 estabeleceu regras especiais para a orçamentação das obras licitadas por contratação integrada. De acordo com a norma, o valor estimado da contratação deverá ser calculado com base na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

A maior autonomia reservada ao particular na contratação integrada, materializada na delegação das atribuições de elaborar os projetos referenciais para a execução da obra, reflete também uma tentativa do legislador em reduzir os futuros aditamentos contratuais. Dessa forma, nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos (art. 9º, § 4º, da Lei do RDC):

- 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.

Assim, o ônus decorrente de falhas e omissões nos projetos é transferido ao contratado. Tal hipótese, obviamente, não é equivalente à impossibilidade de se alterar o projeto. Eventuais inconsistências ou defeitos detectados pela Administração nesse documento podem e devem ser corrigidos. No entanto, o contrato não poderá ser aditado.

Segundo Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer:

a vedação legal ao aditamento não impede a alteração do projeto. Significa apenas que constituirá obrigação exclusiva do particular contratado assumir a



responsabilidade técnica e os encargos econômicos relativos à revisão do projeto por ele elaborado.⁸⁵

As situações de caso fortuito e de força maior submetem-se à mesma disciplina da Lei nº 8.666/93. O fato de a Administração promover a contratação integral de todo o empreendimento não assegura que não possam ocorrer situações extraordinárias no transcorrer da execução do contrato. Ou seja, a escolha da contratação integrada não implica transferir todos os riscos da execução ao contratado.

3.11. Contratação simultânea de mais de uma empresa

O RDC permite que a Administração Pública, mediante justificativa, contrate mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala. De acordo com a Lei nº 12.462/11, para que essa contratação seja viável, devem-se observar os seguintes pressupostos (art. 11):

- I. o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado, implicando que ele seja divisível.
- II. a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública, ensejando a demonstração que a contratação múltipla implicará maior eficiência na prestação dos serviços ou em mais economia de recursos públicos.

A contratação simultânea tem a aplicação vedada expressamente pela lei para obras ou serviços de engenharia. No entanto, o *caput* do art. 11 do RDC refere-se apenas a serviços, excluindo implicitamente a utilização do instituto para as compras.

Quando o novo instituto for utilizado, o instrumento convocatório deverá disciplinar os parâmetros objetivos para a alocação das atividades a serem executadas por cada contratado. Ademais, caberá à Administração Pública manter o controle individualizado dos serviços prestados por cada um deles.

Importante ressaltar, como fez Benjamim Zymler e Laureano Canabarro Dios, que a contratação simultânea do RDC não se confunde com o parcelamento de objeto previsto na Lei nº 8.666/93⁸⁶. Nas palavras dos autores:

⁸⁵ REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*: comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 171.

⁸⁶ Lei nº 8.666/93, art. 23, § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.



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.⁸⁷

Um bom exemplo do uso da contratação simultânea seria a contratação de mais de uma empresa para prestar serviços de telefonia de longa distância, possibilitando a utilização do serviço mais vantajoso em determinada data/horário ou para a realização de chamadas destinadas a localidades específicas.

3.12. Remuneração variável

Visando aproximar as práticas adotadas pela Administração Pública em suas contratações àquelas observadas no setor privado, foi previsto pela Lei do RDC que, na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável. A matéria encontra disciplina no art. 70 do Regulamento do RDC:

Art. 70. Nas licitações de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, parâmetros de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos pela administração pública no instrumento convocatório, observado o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência.

§ 1º A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação e será motivada quanto:

I - aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;

II - ao valor a ser pago; e

III - ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 2º Eventuais ganhos provenientes de ações da administração pública não serão considerados no cômputo do desempenho do contratado.

§ 3º O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 4º Nos casos de contratação integrada, deverá ser observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros para aferir o desempenho do contratado.

Como se denota, o novo mecanismo almeja captar a eficiência da empresa privada na execução de obras e na prestação de serviços, por meio de incentivos à repartição dos benefícios então auferidos. Sistemática análoga já era adotada pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que disciplina a celebração de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública⁸⁸.

⁸⁷ ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. *Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 3. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 199.

⁸⁸ Lei nº 11.079/04, art. 6º, § 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de **remuneração variável** vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. [\(Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012\)](#)



Para viabilizar a utilização do instituto, a Administração deve pré-fixar no projeto básico ou no anteprojeto de engenharia os parâmetros mínimos exigidos na execução do objeto para que haja o pleno atendimento do interesse público. Essa caracterização do objeto licitado é essencial para a elaboração do orçamento estimado da contratação, bem como para servir de referência à análise das propostas apresentadas pelos licitantes. Após a definição primária do objeto, cabe à Administração, motivadamente, verificar se há parâmetros de desempenho passíveis de serem aferidos durante a execução (metas que podem ser estipuladas, ganhos em padrões de qualidade, em parâmetros de sustentabilidade ambiental ou em prazo de entrega), o benefício advindo à Administração em caso de ganho de desempenho em algum desses parâmetros, e o valor a ser pago à contratada pelo desempenho acima do esperado. Uma vez estabelecidos tais referenciais, eles devem ser consignados tanto no edital do certame quanto no contrato dele decorrente, e deverá nortear a execução do objeto adjudicado.

Percebe-se, portanto, que a remuneração variável não deve implicar, em hipótese alguma, no comprometimento dos padrões mínimos de qualidade previamente definidos pela Administração. Nesse sentido, Rafael Wallbach Schiwind assenta que:

A remuneração variável pode estar vinculada à obtenção de um benefício **adicional** à Administração Pública. Ou seja, pode haver a previsão de determinados parâmetros de qualidade, sendo que, se forem atingidos índices superiores que gerem benefícios adicionais, poderá ser vinculada a eles uma remuneração adicional. Portanto, não há o abandono de deveres de qualidade nem das obrigações assumidas pelo contratado. Em determinadas situações, a vinculação da remuneração à obtenção de um resultado configura a solução mais vantajosa para a própria Administração Pública, que somente efetuará qualquer pagamento se obtiver um benefício com a contratação. (destaque no original)⁸⁹

Como o novo instituto almeja fomentar a atuação mais eficiente do agente privado em favor do interesse público, o valor da remuneração variável deverá guardar relação com o benefício financeiro gerado à Administração. Por esse mesmo motivo, eventuais ganhos de desempenho decorrentes de ações exclusivas do Poder Público não devem dar ensejo à remuneração adicional.

Além disso, o legislador revelou-se cauteloso ao fixar que a remuneração variável deverá observar o limite orçamentário fixado pela Administração. Evita-se, com isso, que o desembolso final do contrato supere as expectativas inicialmente previstas, em prol de um maior controle da gestão fiscal do Estado. Em contrapartida, essa limitação pode inviabilizar a

⁸⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração Variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 179.



utilização do instituto nos casos em que o valor ofertado se aproximar daquele orçado, quando haverá pouca margem para incentivar uma atuação mais eficiente da contratada.

Por fim, vale notar que, diante da instituição da remuneração variável, há dissenso na doutrina acerca da possibilidade de se reduzir a remuneração do contratado em razão de desempenho insuficiente.

A título de exemplo, Rafael Wallbach Schwind⁹⁰ defende que nas contratações que prevejam uma remuneração variável, o contratado perceberá uma remuneração maior, na medida em que atingir determinados padrões de desempenho fixados no edital. Pode haver, portanto, um bônus ao contratado, que terá então sua remuneração aumentada. Não haveria uma sanção pelo não atendimento dessas metas (que não são obrigatórias), mas o incremento da remuneração do particular se elas forem atendidas.

Já Bruno Aurélio⁹¹ discorda desse entendimento. Sustenta o autor ser possível a redução do montante a ser recebido pelo particular em caso de desempenho insuficiente. A utilização desse mecanismo não teria a natureza de sanção por descumprimento de obrigações contratadas, apenas materializaria a consequência pecuniária por uma execução contratual abaixo do melhor desempenho.

Em nosso juízo, a primeira corrente deve prevalecer. Isso porque, diferentemente dos contratos de eficiência, em que se almeja uma economia para a Administração Pública decorrente da proposta apresentada pelo particular, nos ajustes em que for estabelecida a remuneração variável, os padrões mínimos necessários para o atendimento do interesse público já estão pré-definidos no instrumento convocatório. Ou seja, o contratado se vincula ao cumprimento daqueles referenciais, podendo receber uma bonificação pecuniária em caso de resultado acima do pactuado que gere benefício para o contratante. Dessa forma, o desempenho do contratado aquém do ajustado deve ensejar sua responsabilização por descumprimento contratual, nos termos do art. 47 da Lei do RDC⁹², e não a simples redução de sua remuneração.

⁹⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração Variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 183.

⁹¹ AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 91-92.

⁹² 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:

(...)



Conclusão

A Lei nº 8.666/93 é alvo frequente de críticas, em especial relacionadas ao grande número de prescrições burocráticas. Assim, ela é acusada de ser incapaz de conferir celeridade ao processo licitatório, além de não garantir condições vantajosas nas contratações públicas.

A atual Lei de Licitações e Contratos foi editada em um ambiente social e político marcado por escândalos de corrupção, expostos à população no bojo de uma Comissão Parlamentar de Inquérito que ficou conhecida como “CPI dos anões do orçamento”. À época, diante das fragilidades expostas no uso dos recursos públicos, formou-se uma comissão, cujo produto final foi a Lei nº 8.666/93. A aludida lei teve como objetivo principal a proteção da Administração Pública e do erário.

Todavia, as sequências de escândalos envolvendo obras públicas perduraram, indicando que a legislação de licitações e contratos ainda reclama ajustes. A lei editada revelou-se incapaz de conter a corrupção nas contratações de obras públicas. Por outro lado, ela ainda carrega consigo uma série de amarras e empecilhos aos gestores honestos, o que dificulta uma gestão eficiente da máquina estatal.

Diante desse cenário, alegando a urgente necessidade de se estabelecer novas regras para as licitações necessárias à realização da Copa das Confederações Fifa de 2013, da Copa do Mundo de Futebol 2014 e das Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.462/11, instituindo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Em lugar de promover uma reforma geral na Lei nº 8.666/93, optou-se por criar um novo regime jurídico de licitação.

Talvez, se fosse aprovada de outra forma, como uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos, a edição do RDC seria motivo de celebração por diversos segmentos da sociedade, pois de fato traz uma série de avanços em relação à legislação anterior.

Conforme foi exposto ao longo deste trabalho, em prol da eficiência no procedimento licitatório, o RDC incorpora aos seus procedimentos as ferramentas de tecnologia da informação atualmente disponíveis, além de promover o julgamento das propostas previamente à habilitação dos licitantes e adotar fase recursal única. Com esse mesmo intuito, adota procedimentos auxiliares, aplicáveis a um número indeterminado de licitações, tais

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

(...)

§ 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.



como a pré-qualificação permanente e o catálogo eletrônico de padronização. Além disso, busca uma atuação mais dinâmica da Administração por meio da internalização da eficiência das empresas privadas, mediante contratos de eficiência e previsão de remuneração variável.

Em outra via, conferindo maior segurança jurídica à atividade administrativa, o novo regime disciplina temas que outrora só encontravam respaldo em fontes doutrinárias e jurisprudenciais, tal como a possibilidade de indicação de marcas ou modelos ou de exigir amostra, carta de solidariedade emitida pelo fabricante ou certificação de qualidade do produto.

Isso sem olvidar dos avanços observados no campo das obras e serviços de engenharia, mediante a previsão dos referenciais de preços oficiais como paradigma para a orçamentação e a instituição do critério de julgamento pelo maior desconto.

Contudo, todos esses avanços acabaram sendo ofuscados pelas críticas centradas no conturbado processo de tramitação legislativa da matéria e em dois pontos de inovação da norma: o sigilo do orçamento e a contratação integrada. A discussão acabou rompendo o campo político e doutrinário e alcançou o Supremo Tribunal Federal, por meio de duas Adins ainda pendentes de apreciação.

No campo formal, as impugnações abarcam os limites da prerrogativa constitucional dos parlamentares de emendar o texto de medidas provisórias que tramitam pelas Casas Legislativas. Embora os argumentos favoráveis à atuação do Parlamento encontre sustentação em bases sólidas, o provimento ao pedido apresentado pelos autores das ações diretas pode, no limite, levar à declaração de inconstitucionalidade de toda a norma, retroagindo seus efeitos à data de edição da Lei nº 12.462/11.

Já no campo material, a possibilidade de se manter o orçamento em sigilo durante o processo licitatório não ofende os primados constitucionais que dirigem a atividade administrativa. A doutrina jurídica moderna é refratária à ideia de princípios, aprioristicamente, revestidos de caráter absoluto. Por outro lado, ela reconhece a possibilidade de conflito aparente entre os mesmos, os quais devem ser solucionados pela ponderação.

Nesse sentido, o diferimento da publicidade do orçamento base da licitação encontra amparo no interesse público primário de aumentar a competitividade dos certames licitatórios e perseguir a proposta mais vantajosa para a Administração. Tal motivo é hábil a legitimar a manutenção do sigilo da peça orçamentária durante a licitação. Ademais, o princípio da publicidade, embora mitigado, resta resguardado, vez que tais informações serão tornadas públicas imediatamente após o encerramento do certame.



Igualmente, não se deve opor óbices intransponíveis à utilização da contratação integrada. Os críticos da nova modalidade de execução de obras e serviços a acusam de não permitir a adequada caracterização do objeto previamente à licitação, bem como de conter riscos demasiados à conclusão dos empreendimentos.

Não se questiona o fato de o anteprojeto de engenharia ser instrumento mais simplista de caracterização do objeto licitado do que o projeto básico. Contudo, alegar sua insuficiência para tal designo parece demasiado. Ademais, não se deve perder de vista que um dos grandes entraves da Administração quando se trata de realização de obras de infraestrutura é exatamente a confecção dos projetos básicos que irão nortear as contratações. A elaboração de documento distante da realidade gera a necessidade de inúmeros aditivos contratuais que, além de alterar completamente o objeto adjudicado, onera os cofres públicos e dificulta a gestão fiscal do Estado.

Nesse sentido, a utilização do anteprojeto de engenharia como referencial da licitação, com a conseqüente transferência ao particular da atribuição de elaborar os projetos básicos e executivos, tem o condão de aprimorar a execução de obras e serviços de engenharia.

Ressalva-se, entretanto, que a referida modalidade de execução não se revela a solução para todos os problemas de projetos enfrentados pelo poder público. Conforme foi tratado em tópico específico, a contratação integrada pode imprimir um maior grau de risco à conclusão dos empreendimentos, motivo pelo qual sua escolha deve sempre ser fundamentada pelos gestores.

Enfim, em que pesem os argumentos apresentados em favor da inconstitucionalidade formal da lei e as críticas lançadas em face do orçamento sigiloso e da contratação integrada, entende-se que os avanços do RDC suplantam os seus pontos controversos, e, de forma geral, sua edição representa um passo adiante no campo das contratações públicas.



Referências bibliográficas

ANDRADE, Ricardo Barreto de. VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 31-47.

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; (Decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 77-93.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011: Lei do RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73-99.

CARVALHO, Daniel Pinheiro de. Medidas provisórias e pertinência temática de emendas parlamentares. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3253, 28 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21880>>. Acesso em: 16/3/2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DAL POZZO, Augusto Neves. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; (Decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 61-76.



FERRAZ, Luciano. Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e composição de custos: desafios na aplicação da regra do sigilo e contratação integrada. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 71-82, nov./dez. 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; REOLON, Jaques Fernando. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 20-43, set. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 319-346.

JUSTEN FILHO, Marçal. Catálogo eletrônico de padronização. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 365-368.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. O procedimento licitatório e a fase de habilitação no regime diferenciado de contratações pública. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 219-229.

LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 37-60, out./dez. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O*



Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 239-254.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. FREITAS, Rafael Vêras de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, ago./set./out., 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-RAFAEL-OLIVEIRA-RAFAEL-FREITAS.pdf>>. Acesso em: 9/1/2015.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Procedimento licitatório da Lei nº 12.462: licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 2. ed. rev., amp. e atual.* Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 199-217.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Matinês Restelatto. Apontamentos sobre a integração do RDC ao macrossistema constitucional e ao sistema geral das licitações públicas pela via dos princípios. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, p. 31-39, ago. 2013.

PESSOA NETO, José Antonio. Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Definição dos procedimentos a serem adotados para instaurar o certame e a condução da fase externa do processo. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 223, p. 935-940, set. 2012.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 2. ed. rev., amp. e atual.* Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 157-174.

REZENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011. *Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado*. Agosto/2011. Disponível em: < <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>>. Acesso em: 8/1/2015.

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



RIBEIRO, Romiro. O calcanhar de Aquiles do Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira. Julho/2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/nt13_rdc.pdf>.

Acesso em 21/01/2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 59-64, set. 2011.

ROST, Maria Augusta. As exigências de amostra e de carta de solidariedade. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 121-134.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração Variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 175-197.

SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A exigência da certificação de qualidade nas licitações e o regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 135-145.

TROIB, Alan Garcia. A indicação de marcas ou modelos para a aquisição de bens no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. 2. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-119.

VITA, Pedro Henrique Braz de. O sigilo do orçamento estimado no Regime Diferenciado de Contratações (RDC) - Apontamentos teóricos e práticos. *Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 235, p. 938-947, set. 2013.

ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; (Decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev. ampli. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 15-30.



ZYMLER, Benjamin; CANABARRO DIOS, Laureano. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) aplicável às contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, maio 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=79102>> Acesso em: 20/1/2015.

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