



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito – FD

Vinícius Santana Dias

**LEI GERAL DE LICITAÇÕES E O REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES: ANÁLISE SOBRE A PUBLICIDADE DO
ORÇAMENTO, REGIME DE EMPREITADA E FASE RECURSAL DOS
SISTEMAS.**

Brasília
2014

**LEI GERAL DE LICITAÇÕES E O REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÕES: ANÁLISE SOBRE A PUBLICIDADE DO ORÇAMENTO,
REGIME DE EMPREITADA E FASE RECURSAL DOS SISTEMAS.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Antônio de Moura Borges

Brasília

2014

**LEI GERAL DE LICITAÇÕES E O REGIME DIFERENCIADO
DE CONTRATAÇÕES: ANÁLISE SOBRE A PUBLICIDADE
DO ORÇAMENTO, REGIME DE EMPREITADA E FASE
RECURSAL DOS SISTEMAS.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges (Orientador)
Universidade de Brasília

Prof. Me. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (Membro da Banca)
Universidade de Brasília

Prof. Me. Bruno Rangel Avelino da Silva (Membro da Banca)
Universidade de Brasília

Mestrando William Pereira Laport (Membro da Banca)
Universidade de Brasília

Brasília, 18 de novembro de 2014

RESUMO

Este trabalho se volta a uma análise sobre as leis de licitações que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se realizar um estudo sobre a Lei nº. 8.666/93 e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC instituído pela Lei nº. 12.462/11. Durante esse ensaio será explorado o funcionamento das fases nos processos de licitação nessas duas leis, contudo, serão abordados principalmente os pontos polêmicos que estão gerando grandes debates. O foco restará sobre a publicidade do orçamento nos procedimentos, o novo regime de contratação integrada que dispensa a elaboração de projeto básico pela administração e o sistema recursal. O objetivo é observar as vantagens e desvantagens sobre cada um desses tópicos e ao final elaborar uma opinião sobre a adoção ou não do novo regime.

Palavras Chaves: Lei de Licitações, Regime Diferenciado de Contratações, publicidade, orçamento sigiloso, execução indireta, contratação integral, recursos, eficiência, cartéis, vantagens, inversão de fases.

ABSTRACT

This paper intends an analysis about the bidding laws of the Brazilian legal system. The intention is to do a study about the Law nº 8.666/93 and the Differential Procurement Regime – DPR implemented by the Law nº 12.462/11. During this essay it will be explored the function of the phases in the bidding processes of this two laws, however, it will be mainly addressed the controversies subjects, that are generating lots of debates. The focus will be on the publicity of the budget in the procedures, the new regimen of integral hiring which exonerate the Public Administration of the obligation to formulate a basic project and ending with the appeal system. The objective is to observe the advantages and the disadvantages of every one of these subjects and at the end formulate an opinion about the adoption of the new regimen.

Keywords: Biddings Law, Differential Procurement Regime – RDC, publicity, secret budget, indirect execution, integral hiring, appeals, efficiency, cartels, advantages, phase inversion.

Dedico esse trabalho aos meus pais e meus avós pelos anos de apoio e paciência durante toda a minha formação.

Agradeço a todos os professores, amigos e colegas que me acompanharam durante esses cinco anos. Especialmente meus amigos Matheus, Helton, Alex, Luis, Bruno e aos Maridos da Penha que transformaram o ambiente acadêmico em um espaço menos tedioso.

May I never be complete.

May I never be content.

May I never be perfect.

Chuck Palahniuk

SUMÁRIO

1.	Introdução	9
2.	Breve Histórico do Processo Licitatório	10
3.	Processo Licitatório na Lei 8.666/93.....	18
3.1.	Procedimento Licitatório – Fase Interna	18
3.2.	Objeto da Licitação	22
3.3.	Obras e Serviços.....	24
3.4.	O Projeto Básico e breves considerações sobre o Projeto Executivo.	27
3.5.	Orçamento Detalhado e sua publicidade.....	29
3.6.	Procedimentos Licitatórios – Fase Externa.....	30
3.6.1.	Habilitação.....	30
3.6.2.	Julgamento.....	31
3.6.3.	Homologação e Adjudicação	32
3.7.	Execução Indireta.....	32
3.8.	Recursos no procedimento licitatório.....	34
3.8.1.	Burocratização do Processo.....	34
3.8.2.	Multiplicidade de Momentos Recursais.....	35
4.	Regime Diferenciado De Contratações.....	37
4.1.	Fase interna no RDC.....	37
4.2.	Objeto da Licitação e Projeto Básico.....	39
4.3.	Orçamento Sigiloso.....	40
4.4.	Fase Externa – Inversão de Fases.....	49
4.5.	Execução Indireta.....	50
4.6.	Contratação Integrada	51
4.7.	Fase Recursal Única.....	58
5.	Conclusão.....	65
6.	Referências Bibliográficas.....	69

1. Introdução

Há muito tempo, dentro do Direito, se estuda as relações estabelecidas entre o Estado e particulares. Essas relações que vão desde os princípios e garantias assegurados ao indivíduo, quanto aos próprios deveres de ambos, passaram por um grande processo de evolução e amadurecimento dentro da experiência jurídica. Uma dessas conexões do Estado que muito se desenvolveu com o passar do tempo é aquela que envolve a contratação com particulares.

A relação contratual do Estado é um assunto de grande relevância no contexto contemporâneo. Com o advento dos grandes eventos no Brasil como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas no Rio em 2016, a capacidade de contratar do Estado é motivo de pauta tanto para o legislador, quanto para juristas, a mídia e a própria população.

O objetivo do presente trabalho é realizar uma análise sobre alguns pontos controversos no sistema de licitações adotado pelo Regime Diferenciado de Contratações. Os temas escolhidos foram o orçamento sigiloso, a contratação integrada e o sistema recursal único.

O trabalho será estruturado da seguinte forma. Primeiramente será feita uma análise sobre o procedimento licitatório expresso na Lei 8.666/93, com o intuito de estabelecer como tal sistema funciona. O objetivo, porém, não fazer uma análise pormenorizada da lei, mas sim, abordar os assuntos pertinentes ao caso. Por esse motivo será realizada uma explanação sobre a importância da fase de planejamento da licitação, como se dá a elaboração e divulgação do orçamento e a etapa dos recursos na Lei Geral de Licitações.

Logo em seguida se passará à discussão da matéria no âmbito do RDC. Serão expostos argumentos a favor e as críticas ao regime, de forma a aclarar aquilo que tanto se debate em relação à norma. As controvérsias relativas ao orçamento sigiloso, a eventual melhoria que este traria às licitações, como a economicidade e os riscos advindos desse. Também será questionada a utilização da nova modalidade de execução indireta, a contratação integral - que prevê a possibilidade de licitação apenas com a confecção de um anteprojeto de engenharia pela Administração - e a delegação dos projetos básico e executivo ao particular. Por último, serão analisados os benefícios da fase recursal única para a eficiência da licitação e as consequências que essa poderá trazer.

2. Histórico do Processo Licitatório

A fim de entender o funcionamento da Lei de Licitações atual, é necessário percorrer o caminho que levou a sua edição, passando, por conseguinte, pelo percalço histórico do processo licitatório brasileiro.

Passada a época de desregulamentação, data do ano de 1862 o primeiro apontamento de uma regra para contratações públicas. Editado no dia 14 de maio de 1862, o Decreto nº 2.926, regia o chamado “regime de arrematações” do Ministério da Agricultura, Comercio e Obras Públicas no período Imperial. O decreto regulava o sistema de contratações e serviços da entidade, e, impressionantemente, já trazia, em seu conteúdo, certas cláusulas interessantes como: a publicação de convites em anúncios para interessados, propostas feitas em viva voz ou até mesmo mediante cartas, preocupações com o adimplemento do contrato pelo particular – via necessidade de comprovação de capacidade financeira e apresentação de fiador, além de conferir grande parte dos riscos do negócio ao contratado.

A matéria veio a ser tratada novamente mais de meio século depois com a edição do Decreto nº 4.536 de 28 de janeiro de 1922 – Código de Contabilidade Nacional – e do Decreto nº 15.783 de 8 de novembro de 1922 – que aprovava o regulamento para execução do primeiro. O Código de Contabilidade Nacional trouxe consigo estatutos versando sobre finanças do governo e, mais precisamente no âmbito das despesas públicas, a instituição das concorrências para seleção de fornecedores.

Cabe notar que o referido diploma apontava instruções para contratações na esfera federal e, portanto, não disciplinava o que deveria ser feito nos Estados e Municípios (dúvida sanada com a edição do Decreto-Lei nº 2416/40, que firmou a obrigatoriedade do uso de concorrência por esses entes). Outro ponto importante é que de certa forma o Código não estipulava os procedimentos a serem adotados pelo administrador, a quem era atribuída discricionariedade sobre os métodos do certame. Assim, pode-se inferir que a regulação desse protótipo de sistema licitatório era realizada mediante o edital, onde eram decididos os detalhes do negócio e os requisitos de habilitação dos proponentes.

Evidencia-se, portanto, uma interessante decisão tomada pelo legislador: fazer dos editais das concorrências – e não da lei – um grande instrumento de regulação das licitações públicas. (ROSILHO, 2013)

Com o advento do governo militar, surgiu o Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967. *A priori* este instrumento legal tratava de conteúdos bem mais extensos concernentes à Administração Pública, tais quais, a organização administrativa do Governo Federal (entidades diretas e indiretas), planejamento, coordenação, controle e afins; estava inserido no contexto da reforma administrativa promovida pelo Estado na qual se buscava a desburocratização. Porém, no decreto estavam fixadas normas que previam procedimentos de compras a serem realizados por toda a Administração Federal. Não obstante, sua incidência também se tornou obrigatória aos Estados e Municípios, graças à promulgação da Lei 5.456, em 20 de junho de 1968.

No que se referem aos procedimentos de licitação, o Decreto-Lei inseriu novas modalidades além da já utilizada concorrência, quais seja, a tomada de preços e o convite. Estipulava que a concorrência seria utilizada para as chamadas maiores compras, exigindo também uma habilitação preliminar. Já a tomada de preços se voltaria àquelas contratações com característica mais imediata, direcionada a particulares já habilitados. Por fim, o convite seria feito a três interessados pré-registrados. O Decreto-Lei nº200 também acabou por aumentar sistema protetivo da administração por meio de garantias ofertadas pelos licitantes, também instituiu a necessidade de planejamento anterior realizado pelo ente estatal nos casos de obras públicas.

Afirma André Janjacom Rosilho¹, que o Decreto Lei nº 200 foi a primeira tentativa de sistematizar e categorizar os institutos que regem as contratações, uma forma de uniformizar as metodologias de compras do Estado, imprimindo essa norma sobre todo território nacional.

Por fim, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo diploma legal no campo das contratações públicas. O Decreto-Lei nº 2300/86 revogou o Decreto-Lei 200/67 e inovou ao ser a primeira lei a tratar exclusivamente de licitações². Foi posteriormente alterado pelos Decretos-Lei nº 2.348/87 e 2.360/87 com objetivo de cada vez mais esgotar a regulação sobre todas as situações possíveis que envolvessem contratação pelo poder público.

Este documento normativo trouxe consigo procedimentos específicos para licitações de obras, serviços, compras e alienações realizadas por entidades federais, explorou a ideia de definição do objeto e perpetuou a já inserida obrigação de se realizar projetos anteriores à licitação para melhor adequar as intenções da Administração aos recursos

¹ ROSILHO, 2012.

² TIECHER, 2010.

orçamentários disponíveis. Estava pautado nos princípios da igualdade, publicidade e probidade³. Procurava-se segundo a legislação a proposta mais vantajosa para Administração.

Para Rosillo o decreto veio de esforço legislativo desempenhado pela própria Administração por meio da Controladoria-Geral da República e teve entre seus criadores até mesmo Hely Lopes Meirelles. O diploma legal manteve grande parte das regras já utilizadas na área e incorporou outras resultantes da experiência advinda da atuação de tribunais como o STF e o TCU ao julgar demandas no ramo. Inicia-se aqui para o autor a chamada fase maximalista⁴ da legislação de contratações públicas, onde um *fetichismo* legal toma conta dessa, diminuindo o âmbito de discricionariedade do Administrador Público.

Então, em 1988 foi promulgada a Constituição Federal, que previu, em seu art. 37, inciso XXI, a necessidade de regulação das contratações a serem realizadas pelo poder público. A Constituição passou a ser um marco para as licitações públicas ao torná-la matéria constitucional⁵. Como se viu, anteriormente, as licitações apenas foram tratadas em diplomas infraconstitucionais.

A proposta da Constituição foi a de servir como base norteadora para futuras regulações no âmbito das licitações. Primeiramente, o texto constitucional prevê a competência privativa da União para legislar sobre o tema⁶. Convém, também, ressaltar a previsão do procedimento licitatório como a regra a ser adotada nos casos de obras, serviços e compras realizadas pela Administração. Além, é claro da observância do princípio da isonomia entre licitantes, como forma de respeitar o mercado e garantir uma boa contratação. Há também a designação do controle⁷ a ser realizado pelos Tribunais de Contas como forma de assegurar a fiscalização do certame e o respeito às regras impostas pela constituição.

O advento da Lei 8.666/93 se deu em uma época conturbada da história brasileira, não apenas havíamos acabado de sair da ditadura militar e caminhávamos pelos primeiros anos de democracia, como o Brasil acabará de ter seu presidente deposto por *impeachment*. A Lei Geral de Licitações surgiu da ânsia do legislador de pôr um fim nas

³ ROSILHO, 2013

⁴ Idem, 2012.

⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

⁶ BRASIL. Constituição Federal, Art. 22, XXVII.

⁷ BRASIL. Constituição Federal, Art. 70, Parágrafo Único

liberdades que existiam no setor e com isso aumentar a transparência do processo. Diversos foram os casos de fraudes e desvios no orçamento durante a época do Governo Collor, provocando prejuízos ao erário, fatos investigados por Comissões Parlamentares de Inquérito durante a época⁸.

Deve-se lembrar que a edição da Lei nº 8.666/93 ocorreu em meio a um contexto político bastante tumultuado. O País recém havia vivido o *impeachment* do Presidente Collor, cuja plataforma eleitoral baseava-se na “caça aos marajás”, e estava assistindo aos desdobramentos da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) constituída para investigar os desvios e as fraudes com recursos do Orçamento da União, cometidos por congressistas que foram apelidados de “anões do orçamento”, em alusão à baixa estatura dos envolvidos. (SAMPAIO, 2013)

O objetivo do legislador era a limitação das ações de administradores no processo, com o intuito de diminuir os desvios e também a ampliação do controle e fiscalização ao mesmo procedimento, assim, aumentando sua transparência. Para tanto foi editada a Lei 8.666/93, trazendo como alicerce a observância de diversos princípios de cunho constitucional tais como isonomia, moralidade, legalidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e outros expressos no art. 3º da referida lei.

Todavia, a lei nem sequer completou um ano de vigor e já foi modificada, via Lei 8.883/94. De lá pra cá foram diversas as modificações¹⁰ na Lei Geral de licitações. Além dessas, parte de seu diploma legal foi pouco a pouco se fragmentando a partir da edição

⁸ Sobre a época também escreve Rosillo: “Merece destaque o período no qual o PL foi proposto: o Presidente da República Fernando Collor de Mello, empossado no dia 15 de março de 1990, completava pouco mais de um ano de governo e, desde o início do ano de 1991, começavam a surgir suspeitas de compras superfaturadas em sua administração. As suspeitas, pouco a pouco, foram ganhando consistência e, em 1º de junho de 1992, o Congresso Nacional decidiu instalar uma Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar supostas irregularidades no relacionamento entre Paulo César Farias, conhecido como PC Farias, e o governo Collor. Esta sequência de eventos, como é amplamente conhecida, resultou na abertura do processo de impeachment do Presidente da República e na sua posterior cassação.

O ambiente político vivido pelo Congresso Nacional e a eclosão de uma série de escândalos envolvendo o governo criaram uma espécie de janela de oportunidade para que fosse alterado o diploma normativo que regulamentava justamente o grande foco de corrupção do momento: as contratações públicas. E os parlamentares, muito em função destes fatos, viram na aprovação da nova lei de licitações públicas a possibilidade de dar uma resposta às demandas da sociedade, de um lado, por mais lisura na conduta do governo e, do outro, por justiça ante a descoberta de incontáveis falcatruas nas contratações públicas. (ROSILLO, 2013)

⁹ 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.

¹⁰“(…) Chama a atenção a frequência com que são editados novos diplomas normativos sobre o tema – seja para fazer profundas reformas, seja para alterar pontualmente a legislação em vigor. Somente para se ter uma ideia, a Lei nº 8.666/93 foi expressamente alterada mais de 20 vezes desde sua edição.” (ROSILHO, 2013, p. 1)

de outras leis que regulassem matérias relacionadas com os deveres de licitar e contratar. Nada mais normal é claro, afinal, a Lei 8.666/93 se caracteriza por ser uma lei geral, de onde outras podem surgir, desde que respeitados seus preceitos.

Surgiu então a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – Lei nº 8987/95¹¹, a Lei do Pregão – Lei 10.520/02, a Lei dos Regimes de Parceria público-privada – Lei 11.079/04, entre diversas outras tantas em âmbito federal e estadual.

O pregão como modalidade licitatória foi aplaudido a sua época por inovar em alguns quesitos e modernizar a Lei Geral em vigência há quase 10 anos na época que a Lei 10.520 foi editada. Ele trouxe consigo, por exemplo, a inversão das fases da licitação, colocando a fase de julgamento antes da fase de habilitação, ganhando, por conseguinte, tempo ao não ter de avaliar os envelopes de habilitação dos licitantes não qualificados por terem propostas não condizentes com a expectativa da Administração. Inovou também ao apresentar uma fase eletrônica na licitação, se desprendendo do formalismo exacerbado adotado pela Lei Geral e também aproximando a Administração das modernidades tecnológicas que podem facilitar seu trabalho.

Apesar das mudanças trazidas pelo pregão, a lei que o instituiu se volta apenas às aquisições de bens e serviços comuns, deixando as obras e serviços de engenharia fora das benesses trazidas pela nova lei.

Assim, pelo passar dos anos, a Lei Geral de Licitações adquiriu seus defensores e seus críticos. Ratificavam os defensores as qualidades da lei como diploma capaz de atingir os fins designados pela Constituição, inibir as fraudes e atos desconexos. A pouca brecha para discricionariedade do agente permitiria uma melhor condução do processo.

Já outros se insurgem contra a lei justamente por acreditarem o oposto. Para estes, a Lei 8.666/93 é fruto de uma consciência ultrapassada, é contrária ao princípio da eficiência e não possui mecanismos suficientes para impedir fraudes ou desvios. A Lei Geral de Licitações, para os críticos, burocratiza demasiadamente o processo, impede a adoção de novas medidas pela Administração e possui brechas conhecidas por licitantes mal intencionados.

As fraudes em licitações já se tornaram assunto comum nos sistemas de mídia, gerando nova insatisfação da sociedade para com o processo licitatório. Uma das últimas acusações de ilícitos envolvendo licitações a ganhar notoriedade nacional foi a de

¹¹ Ao contrário do que muitos chegam a sustentar, a inversão das fases na licitação já foi explorada na lei de concessões de serviços públicos, porém ao invés de adota-la como regra, a lei estipulava a possibilidade de sua adoção que deveria ser explicitada no edital da licitação.

fraudes e carteis envolvendo Metrô de São Paulo e a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM)¹², entretanto não são poucos os casos de carteis distribuídos pela Administração de inúmeros municípios pelo país.

Sobre o tema se manifestam diversos autores, os quais levantam a bandeira em busca de uma seria modificação no sistema de licitações. Edite Hupsel, Procuradora do Estado da Bahia manifesta:

Enquanto isso acontece, permanece a Lei nº 8.666/93 como uma “vestal” a quem a Administração Pública, por meio de seus órgão e entidades, já não venera, nem obedece. Ao revés, dela foge “como o diabo da cruz”. (HUPSEL, 2010)

Ricardo Alexandre Sampaio também critica a condução atual do processo licitatório e clama por mudanças.

Para muitos, com o passar do tempo, a aplicação da Lei de Licitações indicou que, além de não conseguir evitar fraudes, promove o “engessamento” das contratações. Sua disciplina requer o atendimento de inúmeros requisitos e oferece tantas oportunidades de impugnações, recursos e liminares judiciais fazendo com que a celebração dos contratos demore muito. E, mesmo quando firmados, a sistemática consagrada na Lei nº. 8.666/93 valoriza apenas a seleção do menor preço, conduzindo à celebração de uma série de contratações antieconômicas, ao passo que o “barato sai caro”. Não por outra razão, são inúmeras as obras inacabadas, os serviços não executados e as contratações de produtos de péssima qualidade que acarretam prejuízos aos cofres públicos. (SAMPAIO, 2013)

Assim, envolto a esse meio de críticas à Lei Geral de Licitações e na iminência da realização de grandes eventos no país, foi editada a Medida Provisória nº 527/11, que inicialmente versava apenas sobre alterações na organização da Presidência da República, dos Ministérios, além das legislações da ANAC e da Infraero. Eis que durante sua análise e tramitação dentro do Congresso Nacional, foram inseridas por emenda as disposições que tratam do Regime Diferenciado de Contratações.

Daí partiu-se ao Projeto de Lei de Conversão – PLV nº 17/2011, que resultou na edição e promulgação da Lei Federal nº 12.462/11 no dia 5 de agosto de 2011. Viu-se, então o surgimento do RDC e com isso o início das diversas discussões que ele trouxe ao ordenamento jurídico.

¹² Tal qual publicação no site do Jornal da Globo no dia 25 de março de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/03/mp-denuncia-executivos-por-fraudes-nas-licitacoes-do-metro-e-cptm.html>> Acesso em: 27 junho. 2014.

Antes de tudo, importa explicitar os motivos da implantação do RDC. Conforme já foi dito, o país se encontrava próximo da realização de grandes eventos esportivos, que necessitariam de um grande volume de obras a serem realizadas. O legislador, praticamente concordando com a ideia de que a Lei 8.666/93 se tornou muito burocrática resolveu então criar o novo regime. O RDC tem então como preceito tornar as licitações e contratos públicos mais eficientes, atender ao princípio da economicidade e ainda garantir maiores vantagens para a Administração.

Seu objeto de atuação inicialmente se concentrou nas obras de eventos como a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas do Rio de Janeiro em 2016 e as obras de infraestrutura e construção de serviço nos aeroportos das capitais do Estado da Federação distantes até 350 quilômetros das sedes dos mundiais.

Com o passar do tempo, contudo, a incidência do RDC foi ampliada primeiro com a inserção das obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e logo em seguida com a também inclusão das obras e serviços de engenharia dos sistemas públicos de ensino e do Sistema Único de Saúde¹³.

Dentre os objetivos e princípios adotados pelo RDC, deve-se valorizar a tentativa do legislador em modernizar as licitações e a própria atuação da Administração, ao prever a troca de experiências com o setor privado, a inovação tecnológica e a tão frisada isonomia entre os licitantes¹⁴.

O novo regime se formou, então, baseado na experiência acumulada pela Administração nesses quase 20 anos de Lei 8.666/93. Para tanto, ele inovou em alguns quesitos e se aproveitou daquilo que estava dando certo dentre os processos licitatórios já existentes.

Porém, nem só de elogios vive o novo regime, assim como a Lei Geral, os humores relativos a nova lei são mistos, e existem muitos que questionam sua viabilidade de garantir a eficiência e até mesmo assegurar a base principiológica estabelecida pela Constituição Federal. Tão logo entrou em vigor a Lei já foi alvo de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. A ADI nº 4.645 ajuizada pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS e a ADI nº 4.655, promovida pela Procuradoria Geral da República.

¹³ Por meio da Lei nº 12.688/12, Lei nº 12.722/12 e Lei nº 12.745/12 que modificaram a Lei nº 12.462/11 e inseriram respectivamente as obras e serviços de engenharia concernentes ao PAC, sistema de ensino público e SUS, respectivamente.

¹⁴ Contudo deve-se salientar que tais objetivos também expressam normas com objetivos obscuros uma vez que afrouxam ainda mais o sistema de fiscalização já tão precário no que concerne as licitações e contratações públicas.

As duas ações diretas apresentam como fundamento a inconstitucionalidade formal da lei, uma vez que a matéria veiculada na medida provisória da qual teve origem não continha relação ao sistema de licitações, conforme já exposto, além de representar uma usurpação de competência que cabe ao Presidente da República.

Também foram questionados aspectos materiais da lei, na primeira questiona-se o orçamento sigiloso, a remuneração variável e a dispensa de publicação no diário oficial. Já a PGR se insurge contra a contratação integrada e sua inexigência da elaboração de projeto básico pela Administração e as consequências ambientais da execução de obras.

Porém, as críticas¹⁵ não se preservaram no âmbito jurídico com as ADIns e parte da doutrina, os veículos midiáticos foram duros ao enfatizar que a nova sistemática de licitações poderia levar a uma nova onda de fraudes e desvios de verba pública.

Não obstante, notícias veiculadas pela mídia indicam uma convergência dos legisladores a abandonarem a Lei Geral de Licitações e adotarem o RDC como regra geral. A Medida Provisória nº 630, por exemplo, além de incluir as obras de presídios no sistema do RDC, também trazia a previsão da ampliação do regime a todas as contratações públicas. Essa era a ideia inicial da base governista e apoiada pela relatoria da Medida Provisória, a senadora Gleisi Hoffmann. Contudo, essa extensão do regime apenas foi aprovada naquilo que se refere ao sistema prisional¹⁶.

A realidade brasileira no que tange as licitações públicas se encontra dessa maneira: hodiernamente, o regime de contratações realizado pelo Estado brasileiro está pactuado na Lei Federal nº 8.666 de 1993, com respaldo da Constituição Federal, que veio a regular o então artigo 37, XXI da Carta Maior, porém surge cada vez mais forte a instituição do chamado Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº. 12462/11) que, promovendo mudanças no cenário das licitações, desponta como uma suposta alternativa mais vantajosa à disciplina atual.

3. Processo Licitatório na Lei 8.666/93

¹⁵ Um exemplo das críticas sobre o RDC está nas declarações do Senador Pedro Simon que ao tratar da ampliação do uso do diploma, para o senador dada ampliação acarretaria na “oficialização da corrupção”. Notícia veiculada no fórum de notícias Agência Senado. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/15/ampliacao-do-rdc-favoreceria-corrupcao-afirma-simon>> Acesso em: 26 Junho. 2014.

¹⁶ Notícia veiculada no Portal de Notícias Agência Senado no dia 29 de maio de 2014. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/29/sancionada-ampliacao-do-rdc-para-obras-em-presidios>> Acesso em: 23 de Junho de 2014

3.1. Procedimentos Licitatórios – Fase Interna

Grosso modo a licitação passa por duas fases procedimentais, sendo uma delas interna, realizada pela própria Administração, e outra externa, vinculada à publicidade dos atos e iniciada com a propositura de edital. Os requisitos a serem observados na fase interna da licitação estão expressos no artigo 38 e incisos da Lei 8.666/93.

A fase interna do procedimento licitatório é geralmente formada da elaboração, pelo administrador, de um projeto básico, quando voltada à contratação de obras e serviços; da estipulação de um orçamento detalhado e definição do objeto da licitação; produção de um prognóstico dos recursos orçamentários a serem utilizados e a respectiva compatibilização destes com o plano plurianual e as leis orçamentárias¹⁷; pela instauração de um processo administrativo com a finalidade de se verificar a necessidade da possível contratação; a designação da comissão de licitação¹⁸; e, por fim, a fixação de uma modalidade e a edição do edital¹⁹.

A fase interna da licitação é de suma importância para a finalidade desta como um todo, pois é nela que são estabelecidas as condições nas quais serão submetidos os licitantes e o conteúdo do contrato. Para uma parte da doutrina é inegável a relevância da fase interna da licitação, porém só consideram o início do procedimento a partir da elaboração ou divulgação do edital. Já para outros, entre eles, Marçal Justen Filho, a licitação se inicia junto à fase interna.

Os defeitos existentes ainda em fase interna podem ser sanados pela própria Administração Pública antes da publicação do edital. Este, uma vez publicado, caso contenha vícios, pode ensejar a invalidação dos atos irregulares ou, quando insanáveis, a anulação do processo licitatório²⁰.

¹⁷ Inúmeros são os instrumentos normativos que tratam da matéria referente à adequação da licitação às leis orçamentárias. Além de expresse na Constituição Federal, em seu artigo 167, I e II, também existem disposições a respeito na Lei 8666/93 em seus artigos 7º, §2º, III e 57 e incisos.

¹⁸ A comissão de licitações segundo a Lei 8666/93 é formada por três membros, sendo que dois deles devem obrigatoriamente pertencer ao quadro efetivo da entidade que realizará a licitação. Os membros são designados por meio de nomeação, praticada pela autoridade superior da entidade – Artigo 6º, XVI e 51, “caput” da Lei 8.666/93.

¹⁹ Marçal Justen Filho também considera a contratação direta como ato conclusivo da fase interna da licitação. (JUSTEN FILHO, 2012. p. 586.)

²⁰ Ao caracterizar a fase interna da licitação também como início do procedimento licitatório o Manual de Licitações e Contratos do TCU dispõem: “Durante a fase inicial da licitação, comumente chamada de interna, a Administração terá oportunidade de corrigir falhas porventura verificadas no procedimento o, sem precisar anular atos praticados”. (BRASIL, Tribunal de Contas, 2012. P. 138)

Outras peculiaridades devem ser adotadas na fase interna da licitação, a exemplo da autorização de licitação na qual devem ser observadas todas as condições dispostas em lei, a adoção da forma escrita em conformidade com o princípio da forma, a possibilidade de audiência pública para a discussão da licitação (e em alguns casos obrigatoriedade conforme o previsto no art. 39 da Lei 8.666/93²¹), exigências estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, além de outras características que por mais que de grande interesse, não seriam devidamente aproveitadas neste estudo.

Se existe um assunto que exalta os ânimos de doutrinadores e operadores do direito no ramo de licitações é aquele relacionado ao planejamento das licitações. Dado procedimento, alojado na fase interna da licitação, é sem dúvida um dos mais significativos para a futura contratação. Um projeto bem realizado pode significar uma execução sem muitas interferências ou modificações, sem paralizações ou mudanças no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

São severas as críticas acerca da deficiência existente nos planejamentos feitos pela Administração Pública, alguns até mesmo a apontam como a grade vilã dos procedimentos licitatórios.

Ricardo Alexandre Sampaio, por exemplo, além de efetuar duras críticas à Lei 8.666/93, divide, também, a culpa da ineficiência das contratações públicas com a falta de habilidade de agentes públicos para desenvolverem um projeto de licitação²²

Da experiência acumulada ao longo dessas duas décadas, parece possível firmar a conclusão de que o principal problema envolvendo a generalidade das contratações públicas não é (apenas) o procedimento estabelecido pela Lei nº 8.666/93, mas também a precariedade do planejamento e a falta de projetos adequados para as diversas obras, serviços e compras que precisam ser contratados. (SAMPAIO, 2013).

Por outro lado, existem aqueles que acreditam que o planejamento inadequado é o responsável pela ineficiência dos contratos e não a própria licitação. Adota

²¹ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

²² SAMPAIO, 2013.

essa opinião Renato Geraldo Mendes²³ ao proferir que quem possui alguma experiência na área da contratação sabe que o grande problema das obras é o seu planejamento, e não a licitação. É o planejamento que precisa melhorar.

Compete ao presente projeto analisar dentre os procedimentos da fase interna da licitação, aqueles que geram o maior número de polêmicas e estão inseridos na parte do planejamento, os quais são, sem dúvida, o projeto básico, a definição do objeto licitatório e a estipulação de um orçamento. Definidos como elementos essenciais para a licitação de obras e serviços segundo o §2º, I e II do artigo 7º da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

§2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
I – houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Além de serem assuntos controversos, também são procedimentos modificados pelo novo Regime Diferenciado de Contratações, razão pela qual se mostra oportuna uma análise mais apurada desses tópicos.

3.2. Objeto da Licitação.

O objeto da licitação se configura como a natureza do contrato a ser celebrado. Um rol exemplificativo dos tipos de objeto da licitação se encontra nos artigos 1º e 2º da Lei 8.666/93. No meio desses tipos estão as obras e serviços. Dito rol é exemplificativo uma vez que a própria norma constitucional condiciona a realização de licitações para qualquer tipo de contratação realizada pela Administração (vide Art. 37, XXI, Constituição Federal).

A definição de um objeto deve ter início na fase interna da licitação. Para Marçal Justen Filho, não se pode elaborar um projeto básico sem antes determinar os atributos e as particularidades do objeto a ser licitado. Este é, por consequência, condição da disputa que se realizará entre licitantes.

²³ MENDES, 2013, p. 144, 145.

Já Renato Geraldo Mendes²⁴ caracteriza o objeto como a finalidade do planejamento. Este está intrinsecamente ligado à necessidade da contratação, portanto, primeiro é obrigatória à averiguação da necessidade da Administração para então estipular um objeto correspondente à solução desse problema.

Segundo estabelece o Art. 38, *caput*, da Lei de Licitações, durante a fase interna deverá existir a determinação e descrição sucinta do objeto do certame, aquilo que deverá ser contratado. Lucas Rocha Furtado expressa que nesse momento não é necessária a especificação do objeto, uma vez que, a exposição serve apenas como base para o trabalho da Administração que culminará na precisão almejada pelo edital.

Justamente, tratando do edital que a lei mais uma vez coloca o objeto em foco. Com base no Art. 40, I²⁵, a Administração obriga-se a publicar descrição clara e sucinta do objeto. Clara a ponto de ser compreendida por todos os interessados em participar da licitação e sucinta, no intuito de evitar a prolixidade e dificuldade de entendimento desses.

Para Lucas Rocha Furtado²⁶, a exigência é bem evidenciada no diploma legal, sendo esta busca pela precisão estabelecida em diversos dispositivos, tais como os arts. 3º, §1º. I e 7º, §4º da Lei 8.666/93.

Marçal Justen Filho²⁷ ainda complementa, afirmando que sucinto não deve ser concebido como omissivo, na existência de um objeto de mais difícil caracterização, a descrição deverá ser mais extensa, de forma a não levantar qualquer dúvida sobre o objeto²⁸. Não existem margens para complementações do objeto uma vez publicado o edital.

Para fins de esclarecimento do assunto, também foi editada pelo Tribunal de Contas da União a Súmula 177 que expõe:

Súmula nº 177

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos

²⁴ MENDES, 2013.

²⁵ Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

²⁶ FURTADO, 2012.

²⁷ JUSTEN FILHO, 2013.

²⁸ “Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. No caso, “sucinto” não é sinônimo de “obscuro”. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita haverá nulidade(...)” (JUSTEN FILHO, 2013. p. 610-611).

concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Além dessas exigências, a lei prescreve certas vedações em relação à caracterização do objeto. Conforme descrito no §5º do Art. 7º da lei, a especificação de marcas ou contratação de bens e serviços sem similaridades é vedada, com a ressalva de justificativa da Administração. Expressa Lucas Rocha Furtado que o assunto vem sendo tema constante nas decisões do Tribunal de Contas da União, gerando uma série de impugnações²⁹.

Do outro lado, Marçal Justen Filho aborda a matéria com certa cautela, admite a vedação, porém consente a viabilidade de contratação de fornecedores exclusivos ou a escolha de marca, apenas nos casos em que se deve satisfazer a necessidade coletiva³⁰. Não seria permitido, dessarte, a licitação formulada de forma a beneficiar especificamente um particular, envolvendo a arbitrariedade de escolha do objeto.

3.3. Obras e Serviços

As concepções acerca de obras e serviços estão contidas nos incisos I e II do art. 6º da Lei de Licitações. Para grande parte da doutrina são conceitos difíceis de distinguir, uma vez que o legislador ao elaborá-los não deu a devida importância à questão.

Em texto sobre as virtudes e defeitos da lei, Benedicto de Tolosa Filho expressa:

O art. 6º, que trata das definições, precisa sofrer alterações para definir com clareza, por exemplo, o conceito de serviços de engenharia e inserir dispositivo que torne obrigatória a adoção das normatizações técnicas produzidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), além das obras, na aquisição de bens e contratação de serviços, medida que trará enormes benefícios às contratações públicas. (TOLOSA FILHO, 2013)

Para Marçal Justen Filho³¹, no caso das obras, o que se encontra é um rol taxativo daqueles atos que devem ser considerados como tanto. Não existe um esmero na construção de uma definição geral. Já os serviços devem ser tratados diversamente, visto que

²⁹ FURTADO, 2013, p. 222

³⁰ JUSTEN FILHO, 2014, p. 212

³¹ JUSTEN FILHO, 2014, p. 148.

o legislador se conteve a adotar um conceito amplo de serviço abrangendo tanto aqueles voltados ao de engenharia quanto outros que se regem por outros dispositivos.

Ainda segundo o autor, existiria uma classe chamada serviços em sentido amplo, serviços como um gênero, dos quais fariam parte as obras e os serviços propriamente ditos. Caracterizar-se-iam por serem obrigações de fazer (construções, reparações e afins):

Para os fins da Lei 8.666/1993, pode-se conceituar serviço, numa acepção ampla, como a prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico-intelectual), produtor de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com a ajuda ou não de maquinário. (JUSTEN FILHO, 2014, pg. 149)

Conclui-se, à vista disso, que a diferenciação de obras e serviços é tarefa entaladela. Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira³², a doutrina adota geralmente duas opções para discerni-los, sendo que a obra representaria uma obrigação de resultado, com a finalidade de uma criação ou modificação de bem corpóreo, enquanto que o serviço se enquadraria nas obrigações de meio, uma atividade humana voltada ao atendimento de utilidade da Administração³³. A outra maneira consistiria da concepção de que na obra o preço do material supera o da mão de obra, enquanto no serviço se observa o contrário.

3.4. O Projeto Básico e breves considerações sobre o Projeto Executivo.

Considerada parte fundamental do planejamento prévio exercido pela Administração Pública, o projeto básico concorre com a caracterização do objeto em seu nível de importância, chegando muitas vezes ser confundido com a estipulação do objeto.

A influência do projeto básico se verifica na própria execução do contrato. Quando defeituoso pode causar sérios problemas. Já quando eximamente elaborado, atende aos princípios da eficiência e economicidade administrativos. Por isso, Lucas Rocha Furtado chega a argumentar:

Um dos problemas mais graves, e talvez o mais comum, em licitações para contratação de obras e serviços, especialmente, diz respeito à existência de deficiências na elaboração dos projetos básico e executivo. Trata-se de documentos de fundamental

³² OLIVEIRA, 2013.

³³ Marçal Justen Filho critica esta distinção de serviço voltado à utilidade pública, visto que todas as contratações estabelecidas pela Administração tem como fato precípua esta finalidade. (JUSTEN FILHO, 2014, pg. 148).

importância para correta e regular execução dos contratos administrativos. Sempre que mencionados projetos contêm omissões ou impropriedades, a execução do contrato é afetada e, muitas vezes, paralisada. (FURTADO, 2012. p. 185)

O conceito de projeto básico encontra-se expresso no artigo 6º, IX da Lei 8.666/93³⁴. Atribuição do planejamento estatal o projeto deverá conter todos os aspectos econômicos (custo, prazos de execução), técnicos (estudos preliminares, metodologias a serem empregadas) e também informação sobre impactos ambientais.

A confusão em relação ao objeto parte da noção de que o projeto básico deverá possibilitar à Administração e aos licitantes o conhecimento irrestrito do objeto, comportando, para tanto, uma definição clara e precisa do mesmo (vide o tópico anterior). A publicação do projeto básico deve ser realizada como modo de informar os interessados na competição, de maneira que eles ajustem suas propostas a fim de adequá-las às ambições da Administração³⁵.

A doutrina esclarece que não é aceitável a configuração de um projeto básico apenas como um documento apenas assim denominado, preparado de forma defeituosa. Este deve conter a pormenorização dos aspectos das contratações, em uma abordagem que envolva todos os âmbitos possíveis, demonstrando atenção a todas as exigências do art. 6º, IX da Lei 8.666/93. A jurisprudência é uníssona ao repudiar a modificação ulterior do projeto ou mesmo sua confecção incorporada ao projeto executivo³⁶.

O projeto básico poderá também ser feito por terceiros, mediante contratação (esta também deverá ser regida por licitação), mas deverá ser aprovado por autoridade competente.

A aprovação do projeto é ato formal, de competência indelegável de autoridade competente³⁷. A autoridade deve analisá-lo quanto a sua harmonização com a lei e com os interesses coletivos, assumindo responsabilidade sobre seu juízo.

³⁴ Além do conceito esboçado no art. 6º, IX da Lei 8.666/93, o projeto básico está definido no art. 3º da Resolução 361/91 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA).

³⁵ Para Marçal Justen Filho a publicação do projeto básico é a preparação adequada da licitação e evita que o projeto básico seja realizado após a licitação. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 184,185.)

³⁶ TCU, Súmula nº 261 - Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.

³⁷ Acórdão nº 1667/2011, Plenário, Rel. Ministro Ubiratan Aguiar - Nesse passo, cumpre registrar que os atos de aprovação de projetos básicos constituem, à luz do art. 7º, § 1º, da Lei 8.666/1993, atribuição pública das autoridades administrativas do órgão contratante, não sendo passível de delegação a terceiros, estranhos à Administração Pública.

Deve-se distinguir o projeto básico do projeto executivo (muitos costumam erroneamente englobar o projeto executivo no básico); a exemplo do que diz Justen Filho, os dois não se confundem. O primeiro compõe-se de uma análise de viabilidade e conveniência da contratação, abarcando todos os requisitos enumerados no art.6º, IX. Já o segundo, responde a indagação de como se deverá realizar o objeto da contratação.

A ausência de um projeto básico é defeito insanável na licitação. Com efeito, o entendimento da Corte de Contas Federal é no sentido de que este procedimento é indispensável. Dada realidade pode acarretar a anulação da licitação ou do contrato mesmo que em execução, sendo cabível ao particular contratado, neste último caso, indenização por danos a ser paga pela Administração, com base no Art. 37, §6º da Carta Maior combinado com o parágrafo único do Art. 59 da Lei 8.666/93³⁸.

Por outro lado, é de entendimento jurisprudencial e doutrinário que a ausência do plano básico não será considerado vício nos casos que demandem urgência de ação do poder público. Nessas situações, ao entender que a morosidade acarretada pela elaboração do plano possa vir a causar danos ao direito coletivo, a Administração poderá realizar licitação sem ele. O TCU até mesmo enveredou pela tese de constituição de um projeto básico concomitante a obra nesses cenários de urgência³⁹.

Outra posição, adotada pelos autores Marçal Justen Filho e Renato Geraldo Mendes, é a de que a produção do projeto apenas deve ser considerada relevante para as obras e serviços considerados complexos, que importam a demanda de detalhamento. Em objetos simples, de fácil execução, ele seria dispensado⁴⁰. Mendes atenta também ao erro cometido por muitos em desprezar a necessidade do projeto nos casos de licitação dispensável ou inexigível, onde ele também se mostra obrigatório.

A doutrina é um tanto quanto omissa em relação ao projeto executivo, se relegando a exprimir aquilo que consta na lei, portanto: o projeto executivo serve como uma

³⁸ Lei 8.666/93 - Art. 59. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de que lhe deu causa.

³⁹ Acórdão nº 943/2011 do TCU, Relator Ministro Valmir Campelo - “(...) mesmo em obras emergenciais, providencie projeto básico com todos os elementos indicados no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, em consonância com o disposto no art. 7º, §2º, inciso II e §9º da mesma Lei, sendo admissível, com a finalidade precípua de afastar risco de dano a pessoas ou aos patrimônios público e particular, que os primeiros serviços sejam iniciados ou executados previamente à conclusão do projeto básico (...)”.

⁴⁰ “O que fundamentalmente impõe a necessidade de elaborar um projeto básico é o fato de a solução (o objeto) ser muito detalhada, normalmente complexa, e integrada por um conjunto amplo de informações de conteúdo técnico. Se o objeto puder ser descrito completamente de forma simples, direta e objetiva, não há nenhuma necessidade de se falar em projeto básico”. (MENDES, 2013. p. 136.)

definição de todas as orientações necessárias para a execução completa de obra e serviço. Para isso deverão ser utilizadas obrigatoriamente as regras estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Em suma, a acepção de projeto executivo passa pela noção de que a obra como um todo deve ser planejada, desde a metodologia de sua execução ao estudo de suas etapas⁴¹.

Todavia, o que se deve realmente atentar são as vedações expressas no art. 9º⁴² no tocante àqueles que estariam impedidos de participar da licitação, execução e até mesmo fornecimento de bens da obra ou serviço. A proibição alcança o autor de projeto básico ou executivo e também aqueles relacionados a ele indiretamente (familiares, empresas)⁴³. Contudo, eles podem participar da execução do objeto como consultores a serviço da administração, realizando atividades de fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

Há, também, a permissão de a licitação também englobar o projeto executivo, tornando-o de execução obrigatória para o contratado vencedor. Esta seria, portanto, uma exceção às regras de vedação acima expostas.

⁴¹ JUSTEN FILHO, 2012, pg. 141.

⁴² Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

⁴³ O rol de vedações apresentado pelo artigo não é exaustivo, podendo outros particulares figurarem como indivíduos vedados de participarem da licitação.

O impedimento aqui apresentado se mostra como resultado da aplicação dos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade. Conforme demonstra a análise doutrinária, uma vez que o particular participou da elaboração do objeto e da execução, nada o obstruiria de direcionar o processo para auferir vantagens para si ou para outrem com quem tenha ligação. Indispensável, desse modo, o obstáculo referido na lei para que os autores de projetos básico ou executivos não participem da licitação.

3.5. Orçamento Detalhado e sua publicidade.

Após as etapas de identificação do objeto e do projeto básico, cabe à Administração a produção de um orçamento detalhado em planilhas versando sobre os encargos da execução. O próprio art. 6º, IX, ao tratar do projeto básico, preceitua a obrigatoriedade de constar orçamento detalhado. Outro dispositivo que remete ao assunto é o já citado art. 7º, §2º, II da Lei 8.666/93.

Na realização de tal feito, a Administração deve apurar o valor estimado de todos os insumos e materiais necessários para a consecução do objeto. Exatamente por isso é importante a elaboração de um bom projeto básico que identifique especificamente todos os elementos do objeto.

O orçamento deverá ser apresentado em planilhas contendo o valor global do projeto e também os valores de preços unitários das matérias-primas. Tais valores deverão ser objeto de pesquisa no mercado por parte da Administração⁴⁴.

Os objetivos⁴⁵ a serem alcançados com a fixação de um orçamento são diversos, partindo da fundamentação dos recursos orçamentários que serão utilizados, até mesmo à base para avaliação das propostas oferecidas por licitantes.

Deve-se atentar, também, para os problemas que os defeitos na cotação do orçamento podem causar à concorrência pública. Um orçamento muito elevado pode levar os licitantes a inferirem que a Administração desconhece os valores praticados no mercado, e, portanto, tentarem auferir vantagens, elevando suas propostas, mesmo estando em desconformidade com aquilo que seria realmente o valor da execução. Outro problema seria a

⁴⁴ Manual de Licitações e Contratos do TCU afirma que a pesquisa de preços deverá ser realizada entre empresas do ramo do objeto da licitação, inseridas no mercado onde o processo será realizado (local, regional, nacional), além da verificação dos preços fixados por órgãos oficiais. (BRASIL, 2010, p. 86)

⁴⁵ Marçal Justen Filho diz ainda que o orçamento se volta a demonstrar a “seriedade do planejamento administrativo” ao preconizar o modo de execução do objeto, prazos para o contrato e até mesmo demonstra a Administração eventuais erros provocados por seus agentes (no caso de as propostas de licitantes se encontrarem em completa discrepância com o orçamento elaborado). (JUSTEN FILHO, 2012, p. 161)

possibilidade de a Administração contratar empresa que não tem a capacidade de entregar o objeto pelo simples fato de ela ter oferecido valores tão baixos que o tornam impraticáveis. De outro lado, se o valor do orçamento for excessivamente baixo, pode ocasionar o desinteresse de eventuais participantes, além de correr o mesmo risco apresentado no caso de valores excessivos que seria a contratação de empresa sem capacidade para desempenhar a execução.

Outro assunto que vem à tona é o do acolhimento de proposta com o valor mais elevado que aquele disposto no orçamento da Administração. Marçal Justen Filho trata a matéria com cautela. Para o douto professor, não existe impedimento legal à aceitação, uma vez que a avaliação dos preços feita pelo poder público não configura limite vinculativo à escolha da proposta. Contudo, deve-se ter de observar o instrumento convocatório do certame, a desclassificação da proposta deverá ser feita independentemente de estipulação em edital no caso de esta superar os valores de mercado conforme estabelece o art. 43, IV. O art. 48, II, considera a hipótese de desclassificação de propostas que tenham valor global superior ao orçamento. Ou seja, se inserida esta cláusula no edital, não pode a Administração se furtar de suas obrigações e escolher proposta com valor excedente. Para o professor, um dos problemas desse caso seria a escolha de proposta com valores que superassem àqueles estabelecidos nas estimativas de recursos orçamentários para execução do objeto.

Já no que concerne à publicidade do orçamento estimado pela Administração, a Lei 8.666 é bem clara quanto à obrigatoriedade do mesmo, além de expressar a imprescindibilidade de o orçamento constar no projeto básico e na licitação. O art. 40, §2º, II da lei reforça a ideia ao indicar como anexo do edital o “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários”.

Não obstante, traz a referida lei, no art. 7º, §8º, a possibilidade de qualquer cidadão⁴⁶ solicitar informações sobre a licitação perante a Administração. Essa informação poderá conter os orçamentos e planilhas de custos (quantitativos da obra e preços unitários) da obra executadas ou ainda em andamento. Nesse dispositivo o legislador tentou dar mais transparência à licitação, bem como reafirmar o princípio da publicidade.

Cumpre também lembrar outra instrução da norma, abordada no art. 44, §1º. Tal norma estabelece a vedação da utilização de qualquer tipo de critério de caráter sigiloso ou secreto na classificação de proposta. Por conseguinte, já que o orçamento é fator

⁴⁶ Renato Geraldo Mende lembra que o termo cidadão utilizado no art. 7º, §8º, é uma verdadeira alusão à prerrogativa da Ação Popular, que poderá ser utilizada pelo particular cidadão de modo a tentar impedir ato lesivo ao patrimônio público ou exigir ressarcimento ao erário, casos bem relacionados com a disciplina de licitações quando estas vêm a se desviar do interesse público. (MENDES, 2013. p. 177.)

fundamental para o julgamento, é imperiosa sua divulgação. O fundamento, aqui, é o princípio da isonomia, já que, ao não divulgar o orçamento, a Administração poderia escolher o licitante que preferisse, sem ser transparente quanto as suas ações.

Com base nesses argumentos expõe o André Guskow Cardoso:

Portanto, no regime da Lei nº 8.666, é obrigatória a ampla divulgação do orçamento estimado para determinada contratação, qualquer que seja a modalidade de licitação ou a forma de contratação a ser realizada. (CARDOSO, 2012, p. 77)

Esse assunto será abordado com mais detalhes ao tratarmos do orçamento sigiloso no RDC.

3.6. Procedimentos Licitatórios – Fase Externa

É prática em livros doutrinários, ao se analisar a fase externa da licitação, a adoção, como base, do procedimento voltado a modalidade da concorrência, este serve como parâmetro para todos os outros.

A fase externa da licitação começa com a publicação do edital. O instrumento convocatório deverá conter todas as condições necessárias para a participação na licitação e o prazo para apresentação de propostas, possuindo caráter vinculante e obrigatório.

A fase de publicação do edital está estipulada no art. 40 da Lei 8.666/93. O edital deverá ser divulgado em imprensa oficial ou em jornal de grande circulação, contendo local de entrega do edital aos possíveis interessados⁴⁷.

Em regra, não poderá haver alterações no edital após a sua publicação. Contudo, excepcionalmente, se ocorrerem mudanças, o instrumento convocatório deverá ser difundido pelos mesmos meios anteriores e o prazo para fornecimento de propostas será reaberto, ou seja, basicamente a licitação se reiniciará.

Por fim, compete a qualquer cidadão ou particular interessado no certame a impugnação do edital que deverá ser realizada até cinco dias da abertura dos envelopes de habilitação. A impugnação deverá conter motivos irrigados na ilegalidade ou falta de isonomia do certame. Caberá a Administração efetuar julgamento e responder ao

⁴⁷ Estipula a lei que a Administração não poderá cobrar pelo edital, limitando as cobranças apenas às cópias realizadas pelo serviço de xerografia.

questionamento no período de 3 dias⁴⁸. É importante notar que esse representa um espaço de tempo fundamental para que eventuais interessados avaliem se há alguma irregularidade na licitação. Uma vez concluso o prazo, o direito de impugnar o edital decai para os licitantes⁴⁹.

3.6.1. Habilitação

A etapa de habilitação envolve o recebimento e abertura de envelopes dos licitantes, logo após, a Administração deverá verificar a presença dos documentos obrigatórios à participação no certame e à garantia de cumprimento do contrato que virá a ser firmado com o vencedor. Tais documentos envolvem a habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. Não cumpridos esses pré-requisitos, o licitante será excluído e não poderá participar das próximas etapas do processo.

As consequências advindas do fim do processo de habilitação são a inviabilidade de exclusão do licitante por fatos pertinentes a essa, salvo aqueles supervenientes ou que venham a ser conhecidos após a análise da habilitação. Por outro lado, os licitantes aprovados não têm a opção de desistir do certame ou se esquivar de sua proposta. A única exceção seria um motivo justo, proveniente de fato superveniente, que fosse aceito pela comissão de licitação.

Caso não haja nenhum habilitado ao fim da averiguação, se abrirá novo prazo de 8 dias para a complementação dos requisitos a serem preenchidos pelos licitantes.

Cabe ainda, para os licitantes desqualificados, a interposição de recurso com efeito suspensivo, caso que será tratado em momento oportuno.

3.6.2. Julgamento

O julgamento se caracteriza como a fase de classificação das propostas, baseando-se nos requisitos dispostos pelo edital e pelos valores praticados no mercado. A ordem de classificação deverá ser pautada em critério objetivo, relacionado ao tipo de licitação escolhido pela Administração.

⁴⁸ No caso de a impugnação do edital ser rejeitada pela comissão de licitação existem ainda outras formas de ataca-lo, por meio das representações aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público, além da Ação Popular ou Ação Civil Pública. Curso de Direito Administrativo. MAZZA, 2014. p. 400)

⁴⁹ Conforme explica Lucas Rocha Furtado, o tema está envolto de controvérsia até mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, donde não se há uniformidade no pensamento de que a preclusão da matéria em vias administrativas acarretaria a impossibilidade de análise por via judicial. Fato completamente estranho no âmbito jurídico, uma vez que a própria norma constitucional em seu art. 5º, XXXV estipula que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. FURTADO, 2012, p. 233)

Não é lícita a desclassificação de participante que não verse sobre esses requisitos. Essa prática se conceitua como comportamento arbitrário da Administração, cabendo recurso com efeito suspensivo à autoridade competente. Exatamente por isso que o §1º do Art. 44 veda a utilização de critérios sigilosos, secretos ou subjetivos que venham a minar as características isonômicas do processo licitatório.

Contudo, estão presentes na legislação alguns motivos de desclassificação de licitantes, como: o oferecimento de proposta inexequível, considerada como a que possui valor completamente destoante daquele praticado no mercado⁵⁰; a proposta indireta ou condicionada, que é aquela realizada consoante a proposta de outro licitante; e as que contrariam o edital ou suas cláusulas.

No caso de empate de propostas, deverá ser escolhida a empresa que possui capital nacional⁵¹, e persistindo o empate, a Administração deverá realizar sorteio entre os licitantes remanescentes.

3.6.3. Homologação e Adjudicação

Ao fim do processo de julgamento, os autos serão entregues à autoridade competente, que deverá executar juízo sobre todo o procedimento, a fim de encontrar quaisquer irregularidades que possam vir a anular todo o certame ou apenas os atos isolados, com o intuito de resguardar os restantes.

Contudo, não havendo irregularidades, autoridade poderá ainda, revogar a disputa por surgimento de fatos supervenientes a esta, não ocorrendo isso, efetuará a homologação da licitação. Cabe aqui, novamente, recurso contra a decisão, porém, neste caso, não haverá efeito suspensivo.

Por fim, a adjudicação consiste em ato declaratório (ao reconhecer a condição de adjudicatário ao vencedor da licitação) e vinculado, que tem por finalidade a outorga do objeto ao vencedor.

Reza a doutrina e a jurisprudência que a adjudicação exerce dois efeitos: primeiramente, ela não consiste em direito adquirido do vitorioso à contratação, importando, na verdade, em mera expectativa de direito do adjudicatário. Ou seja, a Administração mesmo

⁵⁰ Na fase de julgamento da licitação se percebe a importância de um bom projeto básico que avalia o orçamento necessário para obra, com a consulta realizada no mercado dos insumos e mão de obra se estabelece o parâmetro necessário para avaliar as propostas apresentadas por licitantes.

⁵¹ A preferência por empresas de capital nacional mostra a preocupação em fomentar a indústria e o mercado interno, fato novamente realçado ao novamente apresentar critérios que estabelecem vantagens a microempresas e empresas de pequeno porte, atitude essa aclamada por alguns e criticada por muitos.

após essa fase não se vincula à realização de contrato, devendo analisar, ainda, a conveniência e a oportunidade da contratação. A adjudicação, todavia, confere ao licitante o direito de não ser preterido no caso de celebração de contrato. A Administração, portanto, não poderá convocar outro licitante para assinar após a adjudicação. Outro efeito seria que os demais licitantes estariam liberados de suas obrigações para com a Administração Pública (vide as obrigações existentes após a habilitação).

3.7. Execução Indireta

No que concerne à execução das obras e serviços de engenharia, a legislação oferece duas opções à Administração, a execução direta⁵² e a indireta. A execução direta é realizada pela própria Administração, por meio de seus órgãos e entidades e seus meios próprios, como a utilização de seu pessoal, não se valendo da licitação, uma vez que a execução é realizada pelo poder público⁵³. De regra, a execução direta não engloba atividades desempenhadas por terceiros, porém, como atesta Marçal Justen Filho, a Administração poderá empregar terceiros na concepção de projetos, serviços de assessoria ou controle e nas compras de insumos⁵⁴ (mais uma vez lembra-se da necessidade de licitação prévia para esses casos).

De outro lado, existem as execuções indiretas de obras e serviços, conceituadas no art. 6º, VIII da Lei 8.666/93, que envolvem a contratação de terceiros para efetuar tais operações. De modo genérico, a execução indireta está dividida nas modalidades de tarefa e empreitada, sendo a última fracionada em empreitadas por preço único, preço global e empreitada integral.

A tarefa ocorre, o próprio texto da lei diz, “quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de material”. Conforme ensinamento de Lucas Rocha Furtado⁵⁵, é comum a Administração fornecer o material e o particular apenas a mão de obra, mas o dispositivo legal também admite a que o “tarefeiro” forneça o material.

Para o mesmo autor, o regime de empreitada estipula que o contratado se responsabilizará pelos encargos do cumprimento da execução e será remunerado pela

⁵² BRASIL. Lei 8.666/93, art. 6º, VII.

⁵³ Marçal Justen Filho alerta que também são consideradas execuções diretas as atividades realizadas por convênios públicos quando não voltados à atividade econômica que exige paridade com os particulares.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, 2012.

⁵⁵ FURTADO, 2012.

Administração para tanto (pagamento amortiza os custos e gera lucro ao contratado). Além disso, o regime se designa a identificar os métodos de pagamento do contratado.

A empreitada por preço unitário⁵⁶ comporta a execução de obra ou serviço com preços de custos de unidades determinadas. Esta difere-se da empreitada por preço global, já que nesta não é possível a segregação do objeto da execução que deve ser contratada por preço certo⁵⁷ e unitário.

Marçal Justen Filho⁵⁸ diz que o critério de escolha entre essas modalidades não é de discricionariedade do administrador. A observação do caso concreto e seu objeto disporão qual o regime adequado. Não se pode falar em empreitada por preço unitário quando a Administração tem como finalidade a obra em seu conjunto.

Por fim, a empreitada integral se constitui na modalidade adotada pela Administração quando esta busca que o contratado realize a obra em sua totalidade, comporta a integralidade do cumprimento e execução do objeto e a entrega para o poder público em estado de uso, funcionamento. É o chamado regime de *turn key*, no qual bastaria a Administração “girar a chave” ou “acionar o interruptor” para que pudesse iniciar a prestação de serviços. Como se infere, além da obra em si, a empreitada integral⁵⁹ exige do contratado a consecução de um serviço pronto para a utilização do ente público. Portanto, a utilização dessa modalidade se daria naqueles objetos de maior complexidade, nos quais a Administração não teria capacidades para promover tal feito. Por conseguinte é atribuída ao particular uma maior faixa de autonomia na execução⁶⁰.

Convém, ainda, tratar do nível de risco adquirido pelo contratado na modalidade de empreitada integral, com o aumento da autonomia do particular os riscos assumidos por este deveriam também ser equiparados. Marçal Justen Filho entende diferentemente ao indicar que os riscos assumidos pelo particular deverão ser apenas aqueles constantes no edital e os previsíveis na execução do contrato, Já os riscos derivados de

⁵⁶ Para Lucas Rocha Furtado o método de preço único seria o mais vantajoso à administração, visto a possibilidade de melhor identificação do valor a ser pago ao particular em virtude da adequação de cronogramas da execução física e do dispêndio financeiro às execuções unitárias da obra ou serviço. (FURTADO, 2012, p. 517-518.)

⁵⁷ “Preço certo é o que foi fixado em razão do parâmetro definido pela Administração. Preço certo não é, necessariamente, o mesmo que preço final ou total (global). Para definir o preço total, é indispensável que duas coisas estejam determinadas: (a) o padrão de qualidade e especificação do objeto e (b) a quantidade do objeto”. (MENDES, 2013, p. 120).

⁵⁸ JUSTEN FILHO, 2012.

⁵⁹ Lucas Rocha Furtado acredita que a empreitada integral é um modelo de pouca utilização para tanto discorre “Lembramos, mais uma vez, que tem sido muito pouco utilizado o regime de empreitada integral e que isso se deve às dificuldades de definição do que deverá ser utilizado pelo contratado”. (FURTADO, 2012, p. 518).

⁶⁰ “A empreitada integral é adequada nas hipóteses de objetos dotados de elevada carga de complexidade, em que a Administração não dispõe de condições de identificar, de modo preciso e exato as etapas, as tecnologias e os custos mais adequados.” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 138).

imprevisão deverão ser de responsabilidade da Administração. Justen Filho entende que alocar esse tipo de incumbência ao particular comporia enriquecimento sem causa por parte do poder público. O contratado somente poderia ser responsabilizado quando o risco derivasse de execução inadequada ou no caso de em sua proposta já existirem recursos voltados a esses riscos.

3.8. Recursos no procedimento licitatório

3.8.1. Burocratização do processo

Para alguns doutrinadores a possibilidade exagerada de recursos no processo licitatório seria um dos grandes motivos para a falta de celeridade⁶¹ na realização de licitações. São inúmeros os momentos em que é conferido ao particular o poder de se insurgir contra a decisão tomada pela Administração Pública.

Ademais, grande parte dos recursos possui efeitos suspensivos, travando o andamento do processo. Nesse sentido, lecionada Furtado:

O excesso de recursos, especialmente contra atos praticados nas fases de habilitação e de julgamento, que, nos termos da lei, têm efeito suspensivo, aliado às sistemáticas interferências por parte do poder judiciário, que por meio de cautelares, travam o andamento das licitações, tornam a conclusão de alguns procedimentos licitatórios tarefa difícil de ser cumprida. (FURTADO, 2012, p. 234).

3.8.2. Multiplicidades de momentos recursais.

A menção às fases recursais nos processos licitatórios se encontra expressa no art. 109 da Lei nº 8.666/93. Elas cumprem os direitos expressos na Constituição Federal de contraditório e ampla defesa nos processos, mesmo que administrativos (art. 5º, LV, CF).

O referido artigo⁶² elenca diversas fases onde existe a possibilidade de recursos. Para o presente estudo, contudo, deve-se atentar principalmente àqueles fixados

⁶¹ Renato Geraldo Mendes explica que o raciocínio adotado pela Lei 8.666/93 ao tratar dos recursos no processo licitatório foi o de exercer revisões (quando solicitadas) à medida que cada ato se desenvolvesse, de forma a não avançar para a próxima etapa sem a certeza que as irregularidades da anterior foram sanadas. Para tanto seria privilegiada a segurança do processo em detrimento de sua celeridade. (MENDES, 2013, p. 1337).

⁶² Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:
I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

dentro do procedimento licitatório, a fase de habilitação ou inabilitação de licitantes e a de julgamento das propostas. O §2º do mesmo dispositivo, confere a tais recursos efeito suspensivo, o que corresponde a pausas no procedimento licitatório. Exatamente essa pluralidade de ocasiões para se recorrer e a presença de efeito suspensivo nos recursos implicam na morosidade do processo licitatório.

Assim, realizado esse estudo de questões pontuais do processo licitatório regido pela Lei 8.666/93, passo à análise das mudanças trazidas pelo novo Regime Diferenciado de Contratações.

-
- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
 - b) julgamento das propostas;
 - c) anulação ou revogação da licitação;
 - d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
 - e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;
 - f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

4. Regime Diferenciado De Contratações

4.1. Fase Interna no RDC

Semelhantemente ao processo adotado na Lei 8.666/93, no Regime Diferenciado de Contratação também foi estabelecida uma fase interna para o procedimento licitatório. A fase interna no RDC recebe previsão legal no art. 12, I⁶³, onde se fala em “fase preparatória” da licitação.

Basicamente, a fase interna no RDC se volta à mesma finalidade almejada naquela da Lei Geral de Licitações. É imprescindível para a Administração o planejamento do certame e a estipulação de todas as regras que o regerão. No capítulo anterior já foi devidamente abordada a importância dessa fase para o desenrolar de todo o procedimento licitatório, tendo influência até mesmo após o processo.

O Decreto nº 7.581, que regula o regime, traz, em seu art. 4^{o64}, os requisitos necessários para o desenvolvimento dessa fase preparatória. Cumpre lembrar que os

⁶³ Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

I - preparatória;

⁶⁴ Art. 4º Na fase interna a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame, tais como:

I - justificativa da contratação e da adoção do RDC;

II - definição:

a) do objeto da contratação;

b) do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado;

c) dos requisitos de conformidade das propostas;

d) dos requisitos de habilitação;

e) das cláusulas que deverão constar do contrato, inclusive as referentes a sanções e, quando for o caso, a prazos de fornecimento; e

f) do procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento;

III - justificativa técnica, com a devida aprovação da autoridade competente, no caso de adoção da inversão de fases prevista no parágrafo único do art. 14;

IV - justificativa para:

elementos ali indicados não configuram um grupo exaustivo, mas meramente exemplificativo, podendo a Administração adotar outras exigências, porém sempre observando os princípios que regem o processo, tais como isonomia e moralidade.

O rol do art. 4º é demasiadamente extenso, e como o intuito do presente trabalho não é uma análise extenuante da lei em si, mas apenas de alguns aspectos considerados controversos, não cabe sua explicação completa. Contudo, é necessário lembrar que nessa fase a Administração deverá atentar-se para a definição do objeto da licitação, a elaboração dos projetos básico e executivo e a aferição de um orçamento e fontes de recurso para sustentá-lo, além, é claro, de diversas outras ações a serem desempenhadas, como a designação da comissão de licitação, a preparação do instrumento convocatório, e a adequação aos regimentos ambientais⁶⁵.

No quesito inovação, o RDC traz a possibilidade de associação com o particular para formular o planejamento da licitação. Muito se critica a capacidade da Administração de executar um planejamento que atenda aos anseios do interesse público,

-
- a) a fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, quando escolhido o critério de julgamento por técnica e preço;
 - b) a indicação de marca ou modelo;
 - c) a exigência de amostra;
 - d) a exigência de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação; e
 - e) a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante;

V - indicação da fonte de recursos suficiente para a contratação;

VI - declaração de compatibilidade com o plano plurianual, no caso de investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro;

VII - termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos;

VIII - projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia;

IX - justificativa da vantajosidade da divisão do objeto da licitação em lotes ou parcelas para aproveitar as peculiaridades do mercado e ampliar a competitividade, desde que a medida seja viável técnica e economicamente e não haja perda de economia de escala;

X - instrumento convocatório;

XI - minuta do contrato, quando houver; e

XII - ato de designação da comissão de licitação. (Grifos meus)

⁶⁵ Em decorrência da observância a sustentabilidade ambiental prevista como requisito de habilitação de licitantes e critério para as licitações de obras e serviços de engenharia (art. 10, 12 da Lei 12.462/11)

principalmente naqueles casos em que sua elaboração excede a *expertise*⁶⁶ do poder público. Portanto, é com grande alento que a doutrina aclama a possibilidade de delegar aos particulares a realização dos projetos. Tal hipótese é possível no novo regime de contratação integrada, que será objeto de estudo mais adiante.

Na fase interna do RDC deverá ser justificada a utilização do regimento. Inicialmente essa tarefa poderia ser tortuosa, ao se verificar que o sistema se aplicava apenas a uma lista muito específica de situações, mas as alterações legislativas promovidas posteriormente acabaram por elevar o número de situações nas quais ele pode ser utilizado.

4.2. Objeto da Licitação e Projeto Básico.

Como já visto, a definição do objeto da licitação pela Administração é papel central do processo que se encontra em fomentação. As ressalvas feitas à Lei Geral de Licitações também ganham contorno no RDC⁶⁷: sem o objeto não haverá uma identificação daquilo pretendido pela Administração, os licitantes não apresentarão propostas apropriadas, entre outras questões.

Contudo, algumas peculiaridades tomaram conta do novo sistema, a começar pela definição da lei. Na Lei 8.666/93, o legislador entendeu por exigir uma descrição clara e sucinta do objeto, o que levou a discussão entre doutrinadores sobre o verdadeiro significado da expressão “objeto” (vide capítulo anterior). No RDC, passou-se a adotar, então, os termos “clara” e “precisa”. O dispositivo ainda veda especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias. Em consequência disso, fica evidente a preocupação do legislador em encerrar o debate sobre a abrangência da definição do objeto. Além disso, deseja-se coibir a adoção de práticas que limitem a competitividade do certame.

Contudo, conforme aponta Sidney Bittencourt, deve-se ter cuidado com essa obstrução a especificações:

A questão das especificações, entretantes, deve ser encarada com cautela. Não raro, preocupados em atender a imposição de vedação

⁶⁶ “Uma das críticas que se faz à Lei Geral de Licitações é a contenção, no recinto dos órgãos públicos, de toda atividade de planejamento dos empreendimentos, sem que houvesse instrumentalizado seus agentes para as atividades mais complexas. (...) Transferiu essa atividade que, dependendo do objeto, pode ser muito complexa para os órgãos públicos, deixando para iniciativa privada a execução”. JACOBY FERNANDES; REOLON, 2013, p. 39

⁶⁷ O objeto é tratado na lei e no Decreto, na primeira em seu art. 5º, “O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.”, já o decreto estipula a necessidade do objeto constar no instrumento convocatório.

a especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, os agentes públicos ou as minimizam ou preferem até não indicá-las. O resultado é a contratação de objetos de má qualidade. (BITTENCOURT, 2013, p. 96)

Deixando de tratar do objeto, as considerações acerca do projeto básico pouco diferem daquilo definido na Lei Geral de Licitações. Sua confecção deverá ser obrigatória para licitações de obras e serviços de engenharia, com a devida aprovação da autoridade competente. A novidade se encontra na possibilidade de o particular desenvolver tanto o projeto básico quanto o executivo e ainda realizar a execução do objeto, como possibilita o novo regime de contratação integrada. Essa alternativa elimina a vedação inserida na Lei 8.666/93, que impedia participação de licitante que houvesse participado do projeto básico ou executivo⁶⁸.

Esse novo aspecto do projeto básico, que constitui a prescindibilidade de sua elaboração pela Administração, será objeto de estudo mais apurado no tópico referente à contratação integrada.

4.3. Orçamento Sigiloso

O art. 6º da Lei nº. 12.462/11 traz um dispositivo que vem gerando muitas discussões dentro do Regime Diferenciado de Contratação. Trata-se do artigo que concerne ao famigerado orçamento sigiloso adotado pela Administração nos casos de licitações regidas pelo novo sistema, *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.

Estabelece o art. 6º que nos casos de licitações sob o regime diferenciado o orçamento se conservará em sigilo até o encerramento da licitação, não cabendo aos licitantes o conhecimento sobre os valores orçados pelo poder público, a exceção dos casos apresentados nos §§1º e 2º do mesmo dispositivo tais como quando for adotado o critério de “julgamento por maior desconto” ou “julgamento por melhor técnica” em que deverá constar o orçamento no instrumento licitatório ou o valor do prêmio ou remuneração respectivamente.

⁶⁸ Art. 9º, II, Lei 8.666/93.

Contudo, o orçamento estaria disponível para consulta, a qualquer momento, aos órgãos de controle interno e externo e seus respectivos agentes⁶⁹. Não obstante, o caráter sigiloso, conforme depreende-se da norma, será regra, em que sua exceção será justificada ao ser expressa no instrumento convocatório.

Essa norma jurídica se diferencia e muito dos preceitos adotados pela Lei 8.666, que indubitavelmente coloca como obrigatória a divulgação do orçamento nas mais diversas fases, como no edital, ou à requisição de qualquer cidadão ou interessado.

Baseando-se nisso, diversas críticas e elogios foram feitos sobre a mudança legislativa demonstrando que a doutrina não é uníssona quanto ao assunto. Necessária, portanto, uma análise dos argumentos do legislador para adotar tal padrão, bem como os comentários feitos pelos doutrinadores sobre o assunto.

Primeiramente, convém explicar que a adoção do orçamento sigiloso não retira a obrigação⁷⁰ da Administração de realizar o orçamento, necessário para a definição do objeto e para os julgamentos que serão realizados durante o certame (exequibilidade das propostas). O orçamento também é imprescindível (ainda no âmbito do objeto) para a confecção de um projeto básico desenvolvido pelo poder público. Assim, até mesmo nos casos de contratação integrada o orçamento deverá ser realizado⁷¹. A elaboração do orçamento também possibilita a verificação da disponibilidade de patrimônio da Administração para a celebração e execução do contrato.

Para Marcio Cammarosano a obrigatoriedade do orçamento se expressa da seguinte forma:

Destarte, é imperioso à entidade promotora de licitação proceder à elaboração do orçamento estimado para a execução do objeto contratado que objetiva celebrar, também é certo que esse orçamento só pode ser estimado com base em dados objetivos, concernentes à natureza, dimensão e demais características do objeto do certame, isto é, com prévia definição do objeto da licitação, detalhando o suficiente para que a estimativa do custo seja real, e não mero palpite. (CAMMAROSANO, 2012. p. 37)

⁶⁹ Art. 6º, §3º, Lei 12.462/11

⁷⁰ A estimativa de orçamento realizada previamente demonstra a própria preocupação com o certame licitatório e é papel fundamental na consecução do princípio da moralidade. (CAMMAROSANO, 2012. p. 37).

⁷¹ André Guskow Cardoso ao abordar o tema faz referência ao art. 9º, §2º, II, da Lei 12.462/11, que expressa a necessidade de calcular os valores da contratação com base nos valores de mercado, daqueles pagos anteriormente pela administração em contratos similares ou através de orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. Também põe em foco que é exatamente esse o entendimento da Corte de Contas ao exigir a confecção de orçamentos nos regimes de empreitada integral adotados pela Lei 8.666/93 (TCU, Acórdão nº 1.167/2008, Plenário). (CARDOSO, 2012. p.75.)

Outro ponto que se deve ressaltar é o de que o orçamento sigiloso não é inovação jurídica advinda com a Lei 12.462/11. De fato, outros instrumentos normativos já se utilizavam do referido artifício. Um exemplo é encontrado no caso do pregão: não existe na lei instituidora da modalidade qualquer indicio que expresse a obrigatoriedade de publicação do orçamento em edital (tal como ocorre na Lei 8.666/93). Portanto, na ausência de norma impositiva, o Tribunal de Contas da União fixou o entendimento no sentido de ser possível o sigilo nas licitações que adotem o pregão⁷².

Além da utilização no âmbito do pregão, o orçamento sigiloso é aplicado no chamado Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A⁷³ ou simplesmente Petrobrás. Por mais, que se questione no TCU a não aplicação da Lei 8.666/93 às licitações da Petrobras, é de entendimento da Corte de Contas que a empresa poderá utilizar de sigilo no orçamento nos mesmos moldes que o pregão, além é claro de tal sigilo se relacionar com a atividade fim desenvolvida pela empresa, como se verá mais à frente⁷⁴.

Assim, uma vez explícito que não se trata de inovação legislativa, passar-se-á a análise dos argumentos contra e a favor o referido dispositivo e seus equivalentes contrapontos.

Conforme dito anteriormente, a Lei 12.462/11 foi alvo de duas ações de inconstitucionalidade. Na ADI nº 4.645, proposta pelos partidos políticos, um dos elementos questionados no campo material foi exatamente a quebra do princípio da publicidade pela eventual adoção de um orçamento sigiloso⁷⁵.

⁷² “Sobre o primeiro ponto, há pacífica jurisprudência do TCU no sentido de que, nos termos do art. 3º, da Lei 10.520/2002, a Administração não está obrigada a anexar ao edital o orçamento de referência que elaborou na fase interna da licitação. Este deve constar, obrigatoriamente, apenas dos autos do processo administrativo referente à licitação. Nesse último caso, deve constar do instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais os interessados poderão ter acesso ao documento. Dentre muitos outros nessa linha, cite-se os Acórdãos 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário.” (TCU, Acórdão 2080/2012 – Plenário, Min. Relator Jose Jorge).

⁷³ Deve-se, contudo, atentar ao fato de que a própria constitucionalidade do instituto do procedimento simplificado da Petrobrás encontra-se em questionamento no Supremo Tribunal Federal. Segundo o entendimento do Tribunal de Contas da União o procedimento fere a Constituição e, por conseguinte, a estatal deveria adotar a Lei 8.666/93. O assunto é tratado no Recurso Extraordinário nº 441.280 e ainda carece de decisão.

⁷⁴ “Apesar disso, analisando os argumentos da Petrobras, verifica-se que assiste razão à recorrente quando se tratar de licitação cujo objeto relaciona-se com a atividade-fim da entidade. Isto porque, anexar ao edital planilhas do orçamento estimado contendo custos unitários pode induzir às empresas licitantes a adaptarem seus preços a essa estimativa mesmo que pratique no mercado privado preços menores. A existência de orçamento estimado é importante para fins de análise das propostas pela Comissão de Licitação, como a identificação de propostas inexequíveis, e de controle interno e externo. Como esses fins não dizem respeito às licitantes não se faz necessário anexar as planilhas ao edital, mas devem tão-somente constar dos autos processo licitatório, mesmo que em anexo sigiloso.” (TCU, Acórdão 1854/2009 - Segunda Câmara, Min. Relator Raimundo Carreiro).

⁷⁵ “O dispositivo do §3º estabelece uma presunção de sigilo, invertendo a lógica constitucional. De acordo com tal disposição, se a informação não constar do instrumento convocatório, presume-se que seja sigilosa. Há nisto

Para os adeptos dessa posição, a publicidade dos atos da Administração é, além de princípio constitucional estipulado pelo art. 37 da Carta Magna, um dever geral de realização do poder público e garantia constitucional elencada no inciso XXXIII⁷⁶ do art. 5º. À vista disso, as hipóteses que ela não for adotada são específicas e devem ser regulamentadas. A própria forma de governo republicano adotada pelo Estado brasileiro impõe o dever de transparência à Administração Pública, presente até mesmo em legislação infraconstitucional como a Lei de Responsabilidade Fiscal⁷⁷, além de impor também a capacidade de fiscalizar, tanto direito de qualquer cidadão, como dever dos órgãos de controle interno e externo.

Na concepção de Marcio Cammarosano, o sigilo é recurso excepcional do poder público, voltado à execução de atividades de interesse relevante para o Estado (a exemplo do sigilo das propostas no processo licitatório, ou o dever de segredo de informações do servidor público). Dessa maneira é necessário um exame dos fins e das razões que fundamentam a adoção do sigilo, uma vez que se tais finalidades não se mostrem imprescindíveis para a realização da atividade, logo se estaria diante de uma quebra aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Destarte, o que importa para o exame da legitimidade do sigilo temporário quanto ao conteúdo do orçamento previamente estimado em matéria de licitações, são as razões e finalidades almejadas, de sorte que se possa demonstrar, justificadamente, à imprescindibilidade do sigilo nos termos em que legalmente admitido. Inexistindo referida imprescindibilidade, o dispositivo legal que o institui haverá de ser tipo por inconstitucional por ofensa à razoabilidade quando menos, que reclama demonstração, como se sabe da necessidade, adequação e proporcionalidade de qualquer ato ou disposição jurídico-normativa. (CAMMAROSANO, 2012, p. 39).

O caráter excepcional do sigilo, portanto, remeteria à necessidade de motivação para a adoção do orçamento sigiloso. A lei, contudo, reitera o fato de que o sigilo se torna regra e que a publicidade merece motivação, enquanto que a excepcionalidade do

uma inversão da regra constitucional. Na Constituição Federal a publicidade e a transparência são regra. O sigilo justifica-se apenas em casos excepcionais, isto é, quando haja risco à segurança nacional ou da sociedade ou quando se trate de informação que dia respeito à vida privada e a intimidade de cidadão. (...) De acordo com a Constituição, o sigilo não se presume, justifica-se. E só se admite em casos excepcionais já fixados na própria constituição. Portanto, não parece válida, nem republicana qualquer disposição em sentido oposto.” (STF, ADIN nº 4.645.)

⁷⁶ Lei nº 12.527/11 regula as situações de sigilo que regem a impossibilidade de acesso a informação do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal.

⁷⁷ Lei Complementar nº 101/2000, §1º “A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente(...)”.

sigilo em todo o texto constitucional levaria a crer que até mesmo a adoção do sistema mereceria motivação por parte da entidade administrativa.

Contrapondo essa concepção de violação do princípio da publicidade, parte da doutrina já reconhece a sua não ocorrência. O sigilo adotado nos processos do RDC não é absoluto, uma vez que o orçamento deverá ser publicado ao fim do processo⁷⁸. Adicionalmente, observa-se que a publicidade dos atos possui certas balizas. Nesse sentido André Guskow traz a noção de que esses limites deverão ser fixados quando a publicidade perde eficácia em detrimento do prejuízo do interesse público. Para isso fundamenta sua tese a partir da noção de conflito de princípios, posto que, o princípio da publicidade, uma vez que venha a pôr em risco os objetivos alcançados pela Administração, poderá ser quebrado em favor da consecução de outros.

Superada essa questão, a adoção do orçamento sigiloso se pauta na teoria de que com ele se poderia impedir a formação de cartéis em licitações e, além disso, alcaçaria um aumento nos valores de propostas de licitantes. Convergem com essa informação recomendações feitas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE⁷⁹ e até mesmo jurisprudências desenvolvidas pelo Tribunal de Contas da União⁸⁰. A concepção da ideia parece vir da teoria econômica *Auction Theory*, segundo a qual a falta de conhecimento dos licitantes sobre o orçamento feito pelo poder público, viria a tornar o certame mais competitivo, assim, sem noção do quanto a Administração estaria disposta a pagar, os particulares apresentariam preços mais condizentes com a realidade e o fomento da competição os faria procurar um preço cada vez menor, que conseqüentemente acarretaria maiores vantagens à Administração.

Porém, não se pode relegar o plano de contratações apenas a um ambiente teórico. Severas são as críticas ao modelo, que por mais que vise um benefício às contratações públicas, possui seus problemas. Um deles é a possibilidade de quebra do sigilo orçamentário por agentes participantes do processo licitatório ou até mesmo por agentes de controle interno e externo. O vazamento do orçamento poderia favorecer algum licitante, que diante do

⁷⁸ Ergon Bockman Moreira e Fernando Vernalha Guimarães assim se posicionam sobre o assunto: “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 podendo falar em sigilo ou confidencialidade das informações”. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012. p. 160-161).

⁷⁹ As recomendações da OCDE são incisivas ao indicar o sigilo como forma de diminuir a formação de cartéis. Em seu tópico relativo a diminuição de comunicação entre os participantes ela recomenda: “*Use a maximum reserve price only if it is based on thorough market research and officials are convinced it is very competitive. Do not publish the reserve price, but keep it confidential in the file or deposit it with another public authority*”

⁸⁰ TCU, Acórdão 114/07 Relator: Ministro Benjamin Zynlar

conhecimento daquilo pretendido pela Administração apresentaria proposta nesses moldes de forma a conquistar o certame. Já estaria aqui comprometido o princípio da isonomia, um dos objetivos pretendidos pela nova lei. Com efeito, não é incomum no próprio regimento da Lei 8.666/93 a presença de favorecimento de licitantes pelos agentes públicos, para alguns doutrinadores esse poderia ser o pecado que assolaria o RDC.

Luis Roberto Ponte pondera desse modo a questão:

tornar sigilosos os orçamentos das obras (Art. 6º), mecanismo que, associado à desclassificação das propostas com preços inferiores a um valor mínimo, também mantido em sigilo até a abertura dos envelopes, era muito usado, antes da lei 8666, para direcionar uma obra pública ao parceiro escolhido, bastando ao governante utilizar um valor mínimo bem alto, e vazá-lo ao amigo preferido para garantir-lhe a vitória na licitação por preço tão elevado quanto desejarem, operação camuflada e simples; (PONTE, 2011)

Com base nesse pensamento, a Administração deverá tomar todas as precauções necessárias a fim de assegurar a manutenção do sigilo, como forma de garantir a lisura do procedimento. Esse é outro ponto que segundo Weder de Oliveira desfavorece o RDC⁸¹. Em virtude dessa obrigação, o poder público deverá despender ainda mais recursos com o intuito de preservar o sigilo.

Ademais, muitos doutrinadores ainda creem na ineficácia do orçamento sigiloso, posto que a norma se apresenta um tanto quanto esquizofrênica em relação à desclassificação de propostas acima do orçamento. O assunto é regulado pelos art. 24, III⁸² da Lei 12.462/11 e reproduzido fielmente no art. 40, III⁸³ do Decreto nº 7.581/11, estipulando que as propostas que superem o valor estimado no orçamento deverão ser desclassificadas. Assim, particulares, sem a noção daquilo que viria a ser o preço estabelecido pela Administração, acabariam por ter suas propostas desclassificadas por aventarem preços superiores, resultando em fracasso da licitação.

⁸¹ “(...) e a geração de despesas adicionais para a Administração, com a necessária instituição de sofisticados procedimentos administrativos e tecnológicos para garantir a manutenção do sigilo por muitos meses, nas inúmeras etapas do procedimento, em que atuam diversos setores e servidores.” OLIVEIRA, 2013, p. 98

⁸² Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;

⁸³ Art. 40. Na verificação da conformidade da melhor proposta apresentada com os requisitos do instrumento convocatório, será desclassificada aquela que:

III - apresente preço manifestamente inexequível ou permaneça acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no caput do art. 9º;

Contudo, em tais casos, os mesmos instrumentos preveem a possibilidade de negociação da Administração com o licitante da melhor proposta⁸⁴. Ora, se a proposta foi desclassificada resta a dúvida de como haveria margem para o poder público realizar a negociação e onde estaria o sigilo do orçamento na situação, já que a imposição de a publicidade só se daria findo o processo.

Para refutar essa ideia, alguns doutrinadores aplicam subsidiariamente a jurisprudência existente em relação à Lei 8.666/93, na qual estabelece que a administração não é vinculada ao orçamento estipulado⁸⁵, que seria apenas um valor de referência a ser adotado, mas não macularia a decisão de contratar por preço superior, desde que devidamente motivado. Os argumentos e consequências sobre o assunto já foram expressos no capítulo anterior.

André Guskow⁸⁶ vai além e afirma que a existência de previsão de negociação quando as propostas forem mais elevadas encerraria a problemática do fracasso da licitação. Para o autor, a desclassificação deve ter uma motivação adequada, devendo, a Administração perseguir a negociação enquanto couber. A finalização do certame sem a negociação com o licitante melhor colocado seria atitude contrária ao princípio da eficiência e da celeridade, tão almejados, uma vez que, com o fim do processo sem vencedor, restaria ao poder público a realização de outro certame. Segundo o autor, a negociação serviria até mesmo como base para se descobrir se houve algum erro na aferição dos valores pelo ente.

Controvérsia se instaura de mesmo modo na tentativa de acertar o momento exato no qual a publicidade deverá ser adotada, ou o momento de divulgação do orçamento. A lei 12.462/11, em seu art. 6º, enumera a publicidade como regra após o encerramento do processo licitatório. Adotando aquilo disposto no art. 28 do mesmo diploma legal o encerramento deveria se dar após o fim da fase recursal, tal qual elenca: “Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado”. Contudo, o legislador parece adotar uma postura confusa, uma vez que no Decreto nº 7.581/11 traz como encerramento da licitação outro momento. Com efeito, conforme preceitua o art. 60, o

⁸⁴ O art. 26, parágrafo único da Lei nº 12.462/11 e o art. 43, §1º do Decreto nº 7581 dizem caber a administração, no caso de todas as propostas serem superiores ao valor estimado por ela, negociar com o licitante da proposta mais baixa (a que mais se aproximou do orçamento) e o seguintes em ordem classificatória, a fim de que se consiga uma proposta mais vantajosa para a Administração.

⁸⁵ “14. Como restou consignado no voto condutor do AC 267/2003-Planário, a Lei 8.666/1993 não ordena a desclassificação de propostas de preços desconformes com o orçamento, mas sim de propostas de preços desconformes com o mercado, este que é, na verdade, o padrão efetivo para avaliação da conformidade das ofertas, como se percebe dos arts. 24, VII, e 43, IV, da mencionada lei (...)” (Acórdão 3.052/2013, Plenário, rel. Min. José Jorge).

⁸⁶ CARDOSO, 2012.

procedimento terá fim após as negociações desempenhadas junto ao primeiro colocado, com o intuito de obter proposta mais vantajosa à Administração. Não contente com a bagunça já instaurada, o decreto, em seu art. 9º⁸⁷, prevê a possibilidade de publicidade do orçamento apenas após a adjudicação do objeto.

Há ainda outra hipótese que parece ter passado despercebida pelo legislador. Ora, se o sigilo no orçamento é fator tão importante para a aquisição de vantagens pela Administração, a estipulação de negociação após a análise e julgamento das propostas parece ser um ato um tanto desconexo. Assim o orçamento, no caso de negociação, tem seu sigilo quebrado, pois como se negociará com o licitante para fins de alcançá-lo sem a sua devida divulgação?

A matéria, portanto, não possui um denominador comum. Utilizando-se do critério hierárquico de resolução de antinomia entre normas seria possível estipular que na dúvida deveria ser seguida a diretiva da Lei 12.462/11 e adotar a publicidade após a fase recursal. Porém, existiria uma quebra dos princípios da economicidade e eficiência no ato de impedir que a Administração divulgue o orçamento como forma de negociar uma proposta mais vantajosa.

Da análise do instituto do orçamento sigiloso, há ainda algumas críticas a tecer. O sigilo do orçamento pode não ser totalmente sentido⁸⁸ pelos particulares na hora de elaborar propostas. A Administração, como regra, deverá pautar seu orçamento nos preços de mercado ou, primeiramente, nos valores correspondentes àqueles estabelecidos pelo SINAPI ou pelo SICRO⁸⁹. Na ausência desses, deverá se utilizar dos valores estipulados em base de dados autorizadas pelos tribunais de contas. Daqui, pode-se compreender que um licitante atento não será surpreendido pelo sigilo do orçamento: de posse dos valores praticados no mercado, poderá facilmente estipular quanto que a Administração adotou como fundamento para seu orçamento.

⁸⁷ Art. 9º. O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

⁸⁸ “Outro ponto importante é que se o Governo já estabelece parâmetros claros para a elaboração do orçamento sigiloso, o orçamento deixa de ser sigiloso. Todos os licitantes já terão uma clara ideia do preço estimado”. NOBREGA, 2011.

⁸⁹ “(...) os valores considerados pela Administração deverão necessariamente corresponder aos valores de mercado. Eles deverão ser menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa e Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), no caso de obras e serviços de engenharia e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO) – art. 125 da LDO de 2012 (Lei nº 12.465)”. (CARDOSO, p. 2012. p. 88)

Assim, para Marcio Cammarosano, o argumento utilizado para justificar o orçamento sigiloso, que seria a mitigação da formação de fraudes e cartéis pelos licitantes, sofreria de certa forma uma deficiência, diz ele:

O que se tem apresentado como justificativa para a instituição do sigilo do orçamento previamente estimado, que só será dado a conhecimento do público imediatamente após o encerramento da licitação, é a necessidade de impedir conluio entre os licitantes. Estes, sabendo de antemão quais os valores orçados pela Administração, e por ela assim fixados, como referências para decisões que venham a tomar em face do que for proposto pelos que acorrem ao certame, poderiam, de comum acordo, acertarem-se quanto aos valores a consignarem em suas respectivas propostas para a consecução dos resultados que almejam, deixando, cada qual, de disputar diretamente o objeto do certame, como seria mister, apresentando preços que lhes fossem realmente factíveis em razão de seus próprios cálculos e empenho em vencer a licitação.

Todavia, o argumento é falacioso, pois com o sem sigilo quanto ao orçamento prévio, conluio sempre poderá haver, mesmo porque se a Administração Pública só pode elaborar orçamento prévio de acordo com os preços vigentes no mercado, estes também são, obviamente, de conhecimento das empresas do ramo. (CAMMAROSANO, 2012. p. 39)

André Guskow⁹⁰ não aborda o tema de conluio abertamente, mas mantém a mesma opinião no que concerne a possibilidade de licitantes “adivinharem” o valor do orçamento. Para ele, o fato da Administração ser obrigada a divulgar o detalhamento dos quantitativos e dados necessários para propostas, tal qual dispõe o *caput* do art. 9º, facilita a possibilidade dos particulares adivinharem o orçamento desejado pela entidade pública. O autor ainda levanta outra possibilidade de se acertar o montante orçado pelo poder público, nos casos de dispensa de extrato da licitação no diário oficial, já que, nesse caso, o participante saberá que o orçamento não ultrapassa o valor designado em lei.

Por um lado poderia se considerar tal fato como vantagem, uma vez que os particulares não estariam inclinados a oferecer propostas com valores inexequíveis ou superiores. Porém, como apontado acima, isso facilita também a formação de cartéis entre os licitantes.

Outro ponto de vista ressaltado sobre a lei, é que, conforme diversos dispositivos (tal qual a fase recursal única que será abordada mais à frente), esse novo mecanismo imporia cerceamento aos direitos de ampla defesa e contraditório dos licitantes.

⁹⁰ CARDOSO, 2012.

Uma vez que o orçamento permanece oculto até mesmo na fase de recursos, não se revela possível a elaboração de uma defesa hábil. Como pode o particular se defender de algo que não possui conhecimento? A Administração poderá ter incorrido em erro na elaboração do orçamento e o licitante com uma proposta maior, pode vir a ser desclassificado erroneamente. Contudo, na hora de recorrer não possui meio probatório para sustentar suas pretensões, afinal, o orçamento só será liberado (segundo a Lei 12.462/11) no encerramento do certame, que se completa após o esgotamento dos recursos.

4.4. Fase Externa - Inversão das Fases

A mais notável modificação na fase externa do RDC em relação ao sistema geral é a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas. Conforme visto no capítulo anterior, a habilitação ocorria anteriormente à fase de julgamento nas licitações. Já no novo regime, a classificação das propostas precederá a habilitação de licitantes, tal como expresso em seu art. 12.

Aqui foi adotada, como regra, a sistemática já inserida no pregão. Indubitavelmente a inversão das fases traz grandes ganhos em eficiência e velocidade nas licitações. Com ela se impede a análise da habilitação de licitantes com propostas discrepantes daquilo exigido pela administração.

É assim que Antônio Sergio Baptista se pronuncia sobre o assunto:

No entanto e diferentemente, a inversão das etapas do procedimento, dos atos determinados pelas normas gerais, não afeta o direito dos participantes de uma licitação, mas, em verdade, milita a favor dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, estampados nos *caput dos arts. 37 e 60 da Carta de 1988*, seja porque evita: I- a prática de atos inúteis; e II – o acréscimo significativo de documentos, além de reduzir sensivelmente, o lapso temporal de tramitação do certame. (BAPTISTA, 2011)

Porém, a Lei nº 12.462/11 não se abstém de prever também ordem de fases semelhantes àquela adotada na Lei Geral. Aqui ela a chama de inversão de fase, um pouco confuso, contudo o sentido se faz na concepção de que o julgamento anterior à habilitação é a regra, o contrário é a exceção (o que na verdade representa exatamente a ordem adotada pela Lei nº 8.666/1993). Essa inversão das fases no RDC deverá ser acompanhada de motivação e

explicitada no Edital. Um dos motivos para tal ação poderá ser a necessidade de comprovação técnica ou das capacidades do licitante antes de julgar as propostas.

4.5. Execução Indireta

O sistema de execução indireta não muda tão significativamente em relação ao disposto na Lei 8.666/93. Ainda estão presentes no RDC as modalidades de empreitada por preço global, por preço unitário, empreitada integral e contratação por tarefa. A novidade na lei é a presença da contratação integrada.

Além disso, algo bem notável é a tentativa do legislador de direcionar as modalidades de execução indireta a serem utilizadas. A lei em seu art. 8º, §1º prevê que o administrador deverá escolher preferencialmente as modalidades de empreitada por preço global, empreitada integral ou a nova contratação integrada. Não existe hierarquização entre as modalidades, sendo a decisão de cunho discricionário. A não adoção de qualquer das modalidades preferenciais também merece motivação, segundo prevê o §2º do mesmo dispositivo.

4.6. Contratação Integrada

Dentre as modalidades de execução indireta adotadas para obras e serviços de engenharia, foi criada uma nova forma, denominada de contratação integrada. Tal modalidade, ainda que classificada como novidade por parte da doutrina, não é tão nova assim como se verá mais à frente.

O sistema de contratação integrada está estipulado no inciso V, do art. 8º da Lei 12.462, e conceituado no art. 9º, §1º da mesma lei:

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

Por conseguinte, o que se infere do texto legislativo é que a contratação integrada volta-se à consecução de obra ou serviço de engenharia, no qual o licitante elaborará os projetos básico e executivo, além de executar o objeto a ponto de deixá-lo em plenas

condições de uso para a Administração, não se olvidando de cumprir as exigências legais, tais como: “realização de testes, pré-operação e demais operações necessárias”. A contratação integrada se assemelha muito ao regime já consolidado de empreitada integral, afinal possui o mesmo intuito no que tange à entrega do objeto em estado de funcionamento, o já explicado *turn key*, porém difere-se dessa justamente no fato de compelir ao particular a elaboração dos projetos básico e executivo.

Observa-se que sua utilização é admitida quando a Administração não possui o *know how* suficiente para realizar os projetos básico e executivo devido à complexidade da obra ou serviço, o que demandaria conhecimento muito específico por parte do agente público.

Sua justificativa, então, encontra base na adoção da expertise do particular para desempenhar essa tarefa de forma mais adequada que a Administração. Afinal, os licitantes, via de regra, devem estar mais acostumados à realização de empreendimento e, conseqüentemente, mais adaptados ao mercado e às suas variações e inovações. Assim, é compreensível o pensamento do legislador que particulares realizariam um projeto básico melhor que a própria Administração⁹¹.

A diferença clara da Lei 8.666/93 consiste na vedação⁹² de participação no certame do licitante que fez o processo básico ou o processo executivo. Conforme explicado anteriormente, o acesso do particular à confecção dos projetos poderia favorecê-lo na futura competição, podendo ele direcionar a licitação para seus próprios interesses futuros. Portanto, visando à proteção da Administração e ao interesse público, o legislador resolveu adotar tal vedação. No caso da contratação integrada, entende-se que, pelo fato de o particular se comprometer a realizar tanto os projetos como a execução, não haveria o que se falar nos problemas acima elencados.

Essa nova modalidade de execução indireta foi também objeto de questionamento quanto a constitucionalidade material, dessa vez na ADI 4.655⁹³ proposta pelo Procurador Geral da República. Nela é levantada a questão de que uma vez que o projeto básico não é tarefa realizada pela Administração, como de costume, não haveria parâmetros para o ente realizador da licitação comparar as propostas. Portanto, a licitação encontraria entraves lógicos para sua consecução, já que o próprio princípio norteador da isonomia estaria

⁹¹ Porém não se via impedimento na Lei 8.666/93 da formalização de projeto básico por particular, a Administração não era vedada de contratar particular para produção de projeto básico, o que se estabelecia na Lei Geral de Licitações era a vedação desses à participação na Licitação como forma de assegurar os princípios da isonomia e moralidade.

⁹² Vedação já abordada no capítulo referente aos procedimentos da Lei 8.666/93.

⁹³ Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI 4.655.

aqui maculado: sem o objeto, o julgamento da Administração não se pautaria por critérios objetivos⁹⁴.

Não só se resumindo a isso, a referida ADI também expõe a possibilidade de propostas com objetos incertos, visto a dificuldade dos licitantes de adivinhar o desejo da Administração, além de essas propostas apresentarem valores destoantes àqueles calculados pela entidade licitadora (com valores superiores ou inexequíveis). Igualmente, haveria dificuldade na estipulação dos parâmetros econômicos e técnicos do certame, visto que eles geralmente são resultados do planejamento feito no projeto básico. Outra crítica seria a possibilidade de elaboração de projetos inadequados pelos particulares conforme será visto mais à frente.

Convém também esclarecer que assim como o orçamento sigiloso, o regime de execução - no qual o particular realiza ambos os projetos (básico e executivo) e a própria execução - não se trata inovação jurídica. Tal modalidade já é utilizada em outros campos da contratação pública e é provável que essa experiência com outros diplomas tenha motivado o legislador a inseri-lo no RDC.

A contratação integrada já estava prevista no Decreto 2.745⁹⁵, que regula o procedimento licitatório simplificado da Petrobras. Em tal diploma, é facultado à empresa a adoção de dada modalidade sempre que economicamente viável, como meio de se obter o objeto com “solidez e segurança”.

A adoção da contratação integrada, por mais que seja colocada como preferencial pelo legislador (vide tópico anterior), deve respeitar certas regras. Primeiramente, conforme já afirmado, ela é relevante para os casos em que a Administração não dispõe de capacidade para planejar a obra. Além disso, o art. 9º é bem incisivo ao designar a necessidade de justificativa técnica e econômica para a adoção desse tipo de execução (por isso deve-se adotar o julgamento por técnica e preço na licitação)⁹⁶. Nas palavras de Guilherme Freeherico Dias Reisdoffer:

⁹⁴ Excerto do texto apresentado pelo Procurador Geral da República na ADI 4655 expressa bem seu ponto de vista: “A primeira delas é que obras e serviços serão contratados sem que previamente se tenha definido, de forma clara, o seu objeto. A definição previa do objeto e um imperativo decorrente do princípio da isonomia dos concorrentes, pois e a partir dele que as diversas propostas podem ser objetivamente comparadas.

⁹⁵ “Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo 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.” (Brasil, Decreto 2.745, 1.9)

⁹⁶ Weder de Oliveira ao se pronunciar sobre o assunto encara com severas críticas a forma de escolha da contratação integrada: “Ou seja, está estabelecido um campo de futuras e complexas discussões entre a Administração e órgãos de controle, Ministério Público e Poder Judiciário, pois, além desse regime ser contestado quanto à sua aderência a norma constitucional básica que rege as licitações, não será fácil demonstrar

Significa dizer que a Administração deve demonstrar a viabilidade e utilidade técnica de atribuir ao particular a elaboração dos projetos. A adoção da contratação integrada pode justificar-se a partir da demonstração de que ela constitui solução mais eficiente em determinado caso – seja porque mais econômica, seja por possibilitar agregar maior qualidade técnica⁹⁸ à futura contratação. (REISDOFER, 2012. p. 154)

Ainda segundo o mesmo autor, deve-se atentar ao fato de que a utilização da contratação integrada visa abocanhar as obras e serviços que possuem prestações não fracionáveis (conforme visto no tópico sobre objeto da licitação, o parcelamento é a regra). Assim, com a impossibilidade de parcelar o objeto da licitação, a adoção da contratação integrada poderá ser vista como possibilidade e preferência da Administração. O mesmo vale para o caso de contratação de mais de uma empresa conforme expresso no art. 11 da lei, esse tipo de contratação não é compatível com os serviços de engenharia. A interpretação aqui converge no sentido que o legislador adotou o vocábulo serviço em seu sentido amplo, abrangendo, portanto, obras e serviços de engenharia.

Seguindo a linha de pensamento apresentada pelo Procurador Geral da República, parte da doutrina critica a ausência de projeto básico da Administração Pública e a realização deste pelo licitante vencedor conjugado à execução no regime de contratação integrada.

A ausência de um projeto básico provoca sérias reflexões sobre o andamento do processo licitatório e do próprio contrato. Uma delas é a delimitação do objeto, que pode vir a causar toda série de problemas já explicada. No entanto, a Administração não fica à deriva esperando aquilo que o particular produzirá. Como forma de estabelecer aquilo que ela pretende com a licitação ou seja definir um objeto, ela deverá elaborar um anteprojeto de engenharia que, grosso modo, é um projeto básico mais simples.

com suficiente grau de objetividade que a contratação integrada é o melhor regime, não apenas do ponto de vista técnico, mas também do ponto de vista econômico”. (OLIVEIRA, 2013. p. 93-94.)

⁹⁷ Outro ponto sobre o assunto é o observado por RIBEIRO, PRADO e PINTO JUNIOR ao interceptar a intenção do legislador de não permitir a participação de licitantes sem qualidades necessárias para cumprir o contrato, porém também levanta a hipótese de que sem a confecção do projeto básico pela Administração, talvez ela não possua conhecimento suficiente sobre o objeto que possa levar a um julgamento mais acertado.

⁹⁸ A possibilidade de melhor qualidade técnica na execução do objeto é almejada pelos incisos que completam o art. 9º da Lei 12. 462, uma vez que o objetivo da Administração é tornar a execução cada vez mais eficiente e econômica.

Art. 9º. I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Mais uma vez esse tipo de desoneração da obrigação de realizar o projeto básico não é advento de inovação no ordenamento jurídico. Além da já tratada previsão no regime jurídico Petrobrás, outros dois diplomas preveem a viabilidade de Administração realizar um projeto básico mais simplificado. A lei 8.987/95, que dispõe sobre as concessões de serviço público, estabelece, em seu art. 18, XV⁹⁹, a exigência de formulação dos “elementos do projeto básico”, que é uma forma menos singularizada do projeto básico que permite a identificação do objeto que será licitado.

O anteprojeto de engenharia¹⁰⁰ se caracteriza de forma similar àquilo estabelecido na lei de concessões de serviço público e está expresso no art. 9º, §2º, I da Lei 12.462/11 como elemento do edital. Deverá conter os documentos necessários para caracterizar o objeto, as condições e prazos para execução, a estética do projeto arquitetônico, a adequação ao interesse público, a viabilidade técnica e ambiental, a justificativa de necessidades e a visão global dos investimentos (viabilidade econômica). Assim, o que se depreende do texto da lei é que com o anteprojeto os interessados no certame possuiriam plena capacidade de identificar aquilo pretendido e adequar suas propostas a essa pretensão.

Augusto Neves Del Pazzo chega até mesmo a questionar essa situação ao indagar se nesse caso não seria mais aconselhável a exigência do projeto básico, visto a pouca diferença entre ambos. O pensamento do autor não carece de razão. O tempo despendido pela Administração para realizar o anteprojeto de engenharia, aliado àquele utilizado pelo particular para confecção do projeto básico poderia ser reduzido pela adoção apenas do último a ser elaborado pelo poder público. Porém, ainda existiria o questionamento da falta conhecimento do poder público. Talvez a Administração levaria mais tempo que o estipulado no sistema do RDC para produção do projeto básico¹⁰¹.

A ideia por traz do anteprojeto de engenharia seria a de que, por ser menos detalhado que o projeto básico, ele seria de confecção mais breve e, conseqüentemente, a licitação teria seu tempo reduzido.

⁹⁹ “nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra”; (grifos meus) (Brasil, Lei 8.987/95, art. 18, XV)

¹⁰⁰ O Decreto nº 7.581 traz outras exigências para o anteprojeto de engenharia expressas no art. 74, §1º, I.

¹⁰¹ Ribero, Padro e Pinto Junior concordam que a celeridade do processo e da obra se dará conforme o tempo que o particular levará para confeccionar o projeto básico, porém mesmo com essa incerteza chegaram à conclusão que o RDC tem sérios ganhos em tempo: “Observa-se que quando olhamos apenas o processo de contratação da obra, de fato, a contratação integrada, em conjunto com as demais alterações trazidas pelo RDC, parece impactar, de maneira relevante, os prazos de contratação da obra com redução média estimada em 32%. (RIBEIRO, PADRO E PINTO JUNIOR, 2012. p. 34)

Guilherme Fredherico¹⁰² critica a adoção do anteprojeto de engenharia, mais precisamente a sua discrepância em nível de detalhes em relação ao projeto básico. Para o autor, essa ausência de dados compromete o controle a ser desempenhado pela Administração durante a execução. Tendo em vista as limitadas informações que a Administração possui com o anteprojeto, se não houver uma análise minuciosa dos projetos básico e executivo, ficará comprometida a sua fiscalização sobre a execução¹⁰³, faltando-se, assim, parâmetros para a Administração identificar o bom cumprimento do contrato.

Outra justificativa para a adoção da contratação integrada é a de que, a exemplo da empreitada integral, uma maior quota de autonomia é relegada ao particular. A partir de atribuição maior de autonomia ao contratado, os riscos da execução são alocados, de mesmo modo, em parcela maior a ele. Há entendimento de que, pelo conhecimento do particular sobre o ramo, os mesmos riscos também diminuiriam. A Administração, por conseguinte, reduziria seus os riscos atinentes à atividade.

Parcela da Doutrina, dentre eles Marçal Justen Filho, concorda que a transferência de riscos não deve ser absoluta, mas deve haver coerência por parte do poder público. No caso de fatores externos e imprevisíveis ao contrato, o equilíbrio econômico-financeiro deverá ser refeito. Os riscos deverão ser aqueles constantes no edital, afinal, a partir deles é que o particular se propôs a celebrar o contrato com a Administração.

A autonomia do contratado também deverá estar vinculada ao instrumento convocatório e ao respectivo anteprojeto, não se podendo dar carta branca ao licitante: suas ações deverão ser pautadas naquilo que a Administração julga necessário para a consecução dos fins almejados.

Seguindo essa linha de pensamento, as alterações no projeto que por ventura surgirem deverão ser arcadas pelo contratado. Uma vez que ele foi o responsável pelo projeto básico e pelo executivo, ele deve, dentro daquilo que for previsível, atentar para as peculiaridades do objeto e antever aquilo que poderia vir a acontecer. Eventuais mudanças durante a execução significam erros, negligências ou imperícias na elaboração do projeto, que

¹⁰² REISDOFER, 2012.

¹⁰³ Augusto Neves dal Pozzo adverte também para o caso de eventuais alterações contratuais no decorrer da execução. “(...) A imparcialidade dessa decisão pode ser prejudicada justamente por não estarem à disposição da Administração todos os elementos técnicos para promover sua decisão de maneira fundamentada. Terá de valer-se unicamente da opinião técnica promovida pelos particulares, que, eventualmente, poderão prestigiar seus interesses econômicos(...)” p. 75. FERNANDES e REOLON possuem a mesma opinião “Para a ação do controle, essa deficiência acarreta o dever da Administração de aceitar alterações de preços em contratos e a inclusão de novos itens em planilhas, tornando-a refém das exigências das empresas contratadas”. (DAL POZZO, 2012. p. 56)

dessa vez foi feita pelo particular, nada mais justo que ele arque com esses prejuízos e não a Administração.

Nas licitações realizadas com a vigência da Lei. 8.666/93, não se via, comumente, a responsabilidade ser realocada no particular. O que se observava eram constantes requisições do contratado para que se realizasse o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Pela Administração, a análise da situação passava por duas linhas: restabelecer o equilíbrio e apurar de onde surgiu o erro; ou interromper a execução, realizar outra licitação e ainda arcar com as indenizações resultantes da execução e mobilização do contratado até aquele momento.

Percebe-se que, neste caso, a Administração sofre e muito com as falhas em projetos, enquanto que, com a adoção do RDC, essas situações poderão ser minimizadas.

Não obstante, o RDC veda qualquer alteração contratual ou termos aditivos. Pelo contrário a lei e o decreto apresentam duas hipóteses permitidas. A primeira é a de acontecimentos que ensejem caso fortuito ou força maior; Já a segunda é a de alterações contratuais no projeto (supressões ou acréscimos) ou suas especificações, respeitados os limites do art. 65, §1º da Lei 8.666/93¹⁰⁴.

A legislação, nesse caso, é passível de crítica. Ao vedar alterações e termos aditivos, à exceção dos casos ilustrados, o legislador comete de certa forma erro, uma vez que não pode impedir que outras situações apareçam e que para elas a alteração contratual seja imperiosa.

Augusto Nevez Del Pazzo¹⁰⁵ lembra que o equilíbrio econômico-financeiro é previsão constitucional do art. 37 da Carta Magna. Sendo assim, se surgirem outras situações que necessitem o restabelecimento deste, por virtude de fatos imprevisíveis, a Administração deverá agir para o fim de restituir o equilíbrio. Ao se desviar dessa atitude, o poder público incorrerá em enriquecimento indevido e ilícito, pois o particular não pode arcar com o prejuízo sozinho nesses casos.

Por fim, cabe uma observação importante de Ribeiro, Padro E Pinto Junior. A contratação integrada se inspirou bastante em outras legislações já existentes, porém ela pode ter importado em sua concepção um pequeno defeito. A Administração, como já foi exaustivamente trabalhado, transfere ao particular a responsabilidade do empreendimento e

¹⁰⁴ O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (Brasil, Lei 8.666/93, art. 65, §1º)

¹⁰⁵ DAL POZZO, 2012. p. 74

por conseguinte aumenta a autonomia do último. Essa autonomia é acompanhada pelo poder de fazer decisões importantes sobre o planejamento e a execução da obra ou serviço.

Os autores lembram que nos casos de concessões de serviços que envolvem obras ou em parceiras público-privadas existe um incentivo ao particular para uma execução eficiente do contrato, afinal o lucro dele está envolvido com o serviço que será prestado posteriormente. Se ele resolver realizar obra com padrões menores àqueles previstos, poderá no futuro incorrer em prejuízo, sendo de suma importância que realize a obra da melhor maneira possível para que não tenha gastos em reformas ou manutenções no futuro e maximize seus ganhos.

Exatamente nisso que reside o problema: os contratados nesses casos são incentivados a produzirem bem, mas no caso da contratação integrada eles não irão auferir ganhos após a entrega da obra ao poder público. Aquilo que os compete é unicamente o que fora acordado em contrato, ao fim da licitação.

O questionamento reside, portanto, na capacidade de o contratado subinvestir no objeto de licitação, uma vez que possui controle direto do projeto básico e executivo. O particular poderia em fase de propostas apresentar cálculos que fossem menores, contudo apresentassem uma qualidade menor em relação aos materiais. A ele não recai a preocupação da eficiência da obra, já que não usufruirá desta depois de concluída. Caberá a Administração as eventuais manutenções e reformas, que causaram novo dispêndio ao erário.

Para Ribeiro, Prado E Pinto Junior, a contratação integrada apenas surtiria o devido efeito em contratações de longo prazo, em que fossem delimitadas as responsabilidades do contratante e em que esse fosse incentivado a gerir melhor o empreendimento por decorrência do tempo. Assim se pronunciam:

(...) o contrabalanço para todos esses males é usar a contratação integrada apenas nos casos que envolvam contratos de longo prazo (concessões, PPPs outas formas contratuais que produzam efeito semelhante), que transfira as responsabilidades de investir e operar a infraestrutura por prazo médio (melhor se for por pelo menos cinco anos) ou longo para o mesmo contratado da Administração Pública, por meio de um contrato que estabeleça indicadores de desempenho claros para serviço, de maneira que tal contratado da Administração Pública arque com as consequências de eventual subinvestimento na infraestrutura. (RIBEIRO, 2012. P. 50)

4.7. Fase Recursal Única

O Regime Diferenciado de Contratação, no que tange ao sistema recursal, acabou por adotar ideia diversa a aquela expressa na Lei Geral de Licitações. A disciplina é elencada no art. 27 da Lei 12.462/11 dessa maneira:

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

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

Estabeleceu-se, então, uma postura que direciona a Administração a adoção de uma fase recursal única. Os recursos que porventura forem interpostos por licitantes serão concentrados ao fim do procedimento, após a fase de habilitação dos particulares. O momento recursal é considerado própria fase do processo licitatório e é imperativo para a sua completude, desse modo também se encontra expresso no art. 12, VI¹⁰⁶ que trata das fases da licitação.

A diferença que esse sistema guarda daquele adotado pela Lei 8.666/93 é que, conforme foi explicado no capítulo anterior, as fases recursais na Lei Geral de Licitações são múltiplas, podendo ocorrer tanto na fase de habilitação quanto na fase de julgamento da proposta e em ambos os casos possuem efeito suspensivo capaz de interromper o processo até a decisão recursal. No RDC, o sistema recursal único visa o juízo de todas as fases já ultrapassadas na licitação. O motivo justificador dessa unicidade recursal sem dúvida é a inversão das fases recursais considerando a ordem adotada na Lei 8.666/93. A ordem de fases nas licitações do RDC, onde o julgamento antecede a habilitação, é fato norteador da possibilidade de uma concentração de recursos (a inversão das fases recursais foi abordada em tópico anterior).

Esse modelo guarda relações com o adotado pelo pregão. No pregão também é estipulado um estágio recursal uno, mais precisamente no art. 4º, XVIII¹⁰⁷ da Lei 10.520/02.

¹⁰⁶ Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

VI - recursal;

¹⁰⁷ “declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr

O recurso possuirá efeito devolutivo e será direcionado à autoridade superior, mostrando a clara preservação do sistema de recurso administrativo hierárquico. A autoridade que praticou o ato mantém a sua possibilidade de reconsiderar a decisão antes de enviar o recurso à instância superior.

A justificativa para adoção da fase recursal única advém da concepção de que com a diminuição da quantidade de recursos se alcançaria maior celeridade no processo e, portanto, seria atingido o princípio da eficiência. Porém certos comentários devem ser feitos em relação ao sistema e sua proposta.

Início questionando justamente essa capacidade de tornar as licitações mais céleres. Segundo Eduardo Stevanato Pereira De Souza¹⁰⁸, não existe comprovação clara dessa vantagem. Na experiência já existente com o sistema utilizado junto ao pregão, não há certeza de maior celeridade no procedimento.

É correto inferir que uma vez que não existam recursos procedentes em relação à fase do julgamento e, portanto, apenas ocorram irregularidades na fase de habilitação, percebe-se certo ganho de tempo na licitação. Contudo se houverem irregularidades na fase de julgamento que se tornem objeto de questão recursal, se julgados procedentes no final do certame, podem acabar por elevar demasiadamente a duração, uma vez que o processo em seu encerramento seria obrigado a retornar às fases iniciais a fim de sanar eventuais irregularidades.

Isto posto, a celeridade é uma questão casuística, que seria alcançada apenas no caso de não haverem recursos da fase de julgamento julgados procedente. Ribero, Prado e Pinto Junior¹⁰⁹ chegam ao ponto de afirmar que haveria um ganho de apenas 20 a 30 dias no procedimento licitatório com a utilização desse sistema recursal.

Outro aspecto relevante é aquele que se atem ao efeito suspensivo no novo diploma legal. Na Lei 8.666/93, o efeito suspensivo¹¹⁰ dos recursos está escrito na lei; Já na lei e no decreto que regulam o RDC não ocorre tal previsão de maneira explícita. A dúvida permanece na possibilidade de a Administração, em função de tal omissão, prosseguir o andamento do processo e, futuramente, causar prejuízos tanto aos particulares, quanto a si própria.

do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;" (Brasil, Lei 10.520/02, art. 4º, XVIII)

¹⁰⁸ SOUZA, 2012.

¹⁰⁹ "(...) a economia do tempo trazida por essa medida é de aproximadamente 20-30 dias corridos em relação ao procedimento de licitação ordinário previsto na Lei Federal nº 8.666/93(...)". (RIBEIRO, 2012. p. 103).

¹¹⁰ "O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos". (Brasil. Lei 8.666/93, Art. 109, §2º)

Tal assertiva não nos parece correta. A estipulação de fase recursal dentro daquelas inseridas no certame causa por si só o entendimento de que não haverá continuidade do processo sem antes superá-la. Por conseguinte, o encerramento do processo licitatório, conforme estipulado no art. 28 da lei, está relacionado à conclusão da análise de recursos, isto resta evidente quando o legislador resolveu adotar a expressão “Exauridos os recursos administrativos” como base para o encerramento do processo.

Em suma, o que se pode deduzir é que a lei adota o efeito suspensivo, porém, o faz de modo tácito já que é necessária a finalização da fase recursal para o prosseguimento do procedimento. Sobre o assunto, Marçal Justen Filho, além de reiterar a possibilidade de a autoridade estabelecer efeito suspensivo em outras situações diversas quando observado o risco de dano irreparável tal qual a Lei Geral, se manifesta da seguinte maneira:

Isso significa que a interposição de recurso contra a decisão final da classificação apresenta necessário efeito suspensivo. Não se admite que o procedimento licitatório tenha seguimento antes de exaurida a etapa recursal. Em outras palavras, não se admite a adjudicação, a homologação e a contratação enquanto não tiver sido encerrado o procedimento recursal. (JUSTEN FILHO, 2013. p. 657)

Verifica-se que, a lei chega a estipular o prazo de 5 dias para a interposição dos recursos, entretanto os licitantes devem atentar a regra expressa no §1º do art. 45 da Lei 12.462/11. Por mais que a fase recursal seja una, o legislador estipulou que os licitantes deverão manifestar a intenção de recorrer ao longo das fases e para agravar a situação existe ainda o risco de preclusão do direito de recorrer caso o particular não se manifeste.

Na lei não fica muito claro o momento de exposição da intenção de recorrer. Apenas com o advento do decreto regulador foi a situação esclarecida. O art. 53 do Decreto nº 7.581 estipula que essa manifestação deverá ser realizada ao final de cada sessão, dando-se a oportunidade para todos os licitantes. Certa prudência também reside na declaração da intenção de recorrer, diferentemente daquilo disciplinado no pregão¹¹¹, onde é necessária a apresentação de motivação no exato momento. No RDC optou-se pela prescindibilidade dessa motivação. Em crítica a isso, William Romero¹¹² afirma que seria razoável ao menos a indicação dos motivos que levaram o particular a recorrer, mas a não indicação destes não poderia acarretar no não conhecimento do recurso. Uma análise sobre a opinião do autor se

¹¹¹ Art. 4º, XVIII, “qualquer licitante poderá manifestar imediata e **motivadamente** a intenção de recorrer” (grifos nossos)

¹¹² ROMERO, 2012.

mostra preocupante. Talvez a não exigência de motivação aumente o número de manifestações e, por consequência, o número de recursos sem cabimento também aumente na fase recursal. Mais uma vez, este ponto só será comprovado empiricamente, durante a utilização do regime.

Os 5 (cinco) dias de prazo¹¹³ para interposição do recurso deverão ser contados a partir da lavratura da ata de habilitação. Os particulares serão intimados e restará a todos a oportunidade de recorrer.

Há, ainda, a hipótese de inversão de fases¹¹⁴ do procedimento do RDC, no qual a habilitação se realizaria antes do julgamento das propostas, à semelhança do que ocorre na Lei 8.666/93. Tal possibilidade já foi elucidada e, conforme estabelecido em lei, deverá ser acompanhada de motivação e previsão no edital. A fase recursal nesse caso se desenvolverá a exemplo do que ocorre na Lei Geral de Licitações. Mesmo silente quanto ao efeito suspensivo, a Lei 12.462/11 não pode negar a segurança jurídica, ampla defesa e contraditório aos particulares. Dessa maneira, deve-se ignorar a adoção da fase recursal única e apresentar os recursos tão logo findos as fases de habilitação e julgamento. Os riscos¹¹⁵ concernentes aqui são os mesmo das licitações normais, na qual a não impugnação do ato no momento certo poderá causar severos prejuízos ao licitante, prejuízos esses que poderão atingir a Administração.

As críticas a esse modelo partem de diversos âmbitos. Alexandre Mazza¹¹⁶ parte do princípio de que quando a Administração adota medidas que tendem a acelerar os processos, por mais que o objetivo precípua seja cumprimento do interesse público, no entanto, ela acaba por mitigar o controle a ser exercido pela atividade administrativa. Outrossim, essa agilidade no processo pode levar os agentes a negligenciarem os pleitos recursais, encarando os recursos como empecilhos para a consecução do processo licitatório e agindo com tendência à rejeitá-los sem uma análise coerente. Bem verdade que essa visão da Administração e de seus agentes é um pouco desanimadora, afinal não se pode prever as atitudes desses. Porém, o fato é que a opinião do autor é compartilhada por outros.

¹¹³ No tocante aos prazos segundo ao art.55 da lei exclui-se o dia do início e inclui-se o dia do vencimento, e serão contados como dias úteis aqueles que assim o forem no órgão ou entidade que realiza a licitação .

¹¹⁴ Brasil, Lei 12.462/11, art. 58.

¹¹⁵ Um exemplo muito utilizado na doutrina é o dos recursos apresentados após a fase de habilitação, se o procedimento continuar sem o julgamento daquelas interposições referentes a habilitação pode-se chegar a um momento em que licitantes habilitados sejam desclassificados e outros não habilitados consigam sua habilitação, contudo após a abertura do envelope de propostas não cabe mais o questionamento de habilitação de licitantes, não se concretizaria o objetivo da Administração de isonomia do certame, uma vez que as propostas dos particulares já seriam conhecidas.

¹¹⁶ MAZZA, 2012. *In*: CAMMAROSANO, DAL POZZO e VALIM.

Eduardo Stevanato de Souza, por exemplo, critica que, ao contrário do que afirma parcela da doutrina, a fase recursal única influencia sim no exercício do contraditório e da ampla defesa. Um exemplo seria a falta de contemporaneidade¹¹⁷, que separaria os recursos e os fatos que os ensejaram, a própria instrução probatória. A relação com o fato seria comprometida pelo período decorrido. Além disso, compartilha da ideia de que, como a Administração visa a celeridade, talvez seja um problema a interposição de recursos concentrada ao fim do processo, pois isso criaria casos em que haveria um *trade off*¹¹⁸ no julgamento dos recursos, no qual haveria sempre a decisão de executar o interesse público ao indeferir o recurso (concretizando a agilidade) ou o deferimento do recurso e desfazimento do processo, acarretando aumento do tempo.

Outro que parece concordar com o pensamento de Mazza é Marçal Justen Filho. O autor não concorda com a teoria adotada por processualista de que quanto menor a quantidade de recursos, mais ágil se tornaria o processo. Além disso, também reporta a opinião dos administradores em relação aos recursos:

Outra manifestação incompatível com a natureza democrática das competências administrativas reside no descontentamento com os recursos administrativos. As autoridades reputam que a interposição do recurso se configura uma prática abusiva e insistem na necessidade de limitar e restringir a sua prática. Em muitos casos, os recursos são indeferidos sem qualquer análise de seu conteúdo. (...)A complicação surge quando o recurso é procedente, formula teses consistentes e aponta defeitos inegáveis na atividade da Administração. Em tais casos, o recurso se torna uma manifestação muito inconveniente para a autoridade administrativa, a qual se vê diante da demonstração dos próprios equívocos e da necessidade de corrigi-los. (JUSTEN FILHO, 2013. p. 644)

Partindo da premissa de existência desses possíveis problemas no procedimento recursal único, Alexandre Mazza chega a lembrar que o particular não é vinculado à Administração para impugnar as decisões. O art. 5º, XXXV da Constituição prevê a inafastabilidade do judiciário para tais questões, não necessitando o esgotamento do âmbito

¹¹⁷ “Pretende-se apenas constatar que há efetivo prejuízo ao contraditório e à ampla defesa com a postergação da oportunidade de contestar atos imperativos do Estado, por meio do impedimento do interessado em expressar suas razões, aproveitando a frescura dos acontecimentos fáticos. Não há dúvida, a nosso ver, de que a passagem do tempo prejudica a remontagem dos fatos adversos à conduta administrativa questionada” (SOUZA, 2012. p. 143)

¹¹⁸ “Assim, mesmo com as maiores garantias legais de devolução do mérito das matérias objeto de recurso, par os administradores públicos, não há como se negar, que o resultado da licitação, de certa forma, pode influenciar na apreciação e julgamento dos recursos administrativos, nem que seja para se manter uma proposta vencedora reputada como vantajosa ou para se evitar a perda e a repetição de atos que seriam considerados viciados com o provimento do recurso”. (SOUZA, 2012. p. 143)

administrativo para que o particular o procure e firme a intenção de anular ato da administração. Portanto, a adoção do procedimento não garante a celeridade do certame e, uma vez ameaçado, cada vez mais se verá a migração das demandas de licitantes para o Poder Judiciário.

5. Conclusão

Após toda a argumentação exposta, as conclusões retiradas sobre a apreciação dos tópicos selecionados do Regime Diferenciados de Contratações caminham para uma série de constatações, tais quais tratadas durante o texto.

É inegável a tentativa do RDC de modernizar e agilizar o já velho e burocrático processo licitatório da Lei 8.666/93, porém percebe-se que talvez a ânsia e urgência em fazê-lo não levou o legislador a tomar certos cuidados durante a edição da lei. Nos casos do orçamento sigiloso e da contratação integrada e da fase recursal única a doutrina mostra o quão difícil é qualificar o real avanço gerado por essas inovações, balanceando os prós e os contras.

O orçamento sigiloso possui a causa nobre de angariar mais vantagens para a Administração no que tange o preço das propostas e na suposta diminuição do número de cartéis. Contudo, as brechas em seu sistema são muito visíveis. Não foi necessário anos de utilização do regime para que fossem percebidas. A previsão desse tipo de orçamento em outros diplomas é objeto de suspeitas, mostrando que não é possível a comprovação de que os benefícios superam seus riscos.

A ideia inicial de que o sigilo no orçamento evitaria o conluio de licitantes é bem factível, porém, não garante também a inexistência deste. Poderá dificultar, mas é quase certo que nunca existirá disposição legal que dê fim a essa prática. A questão da manutenção do sigilo do orçamento também traz bastante controvérsia, não se podendo aferir a capacidade da Administração de preservar o sigiloso fora do alcance dos licitantes. Os vazamentos podem ocorrer tanto por meios materiais, se o sistema de sigilo não for bem desenvolvido, quanto por meios subjetivos.

Dentre os agentes administrativos, por mais que esses estejam vinculados aos deveres de probidade e moralidade, existem pontas soltas: existem tanto particulares quanto servidores públicos apenas a espera de uma oportunidade de obter algum ganho com maior facilidade, essa é uma falha humana apontada no sistema de manutenção do sigilo. Contudo, não importa o sistema adotado, essas pessoas, que desviam da curva considerada a normal, pautada pelos princípios acima apresentados, também sempre existirão, ou para que não exista, uma grande mudança deverá ocorrer no cenário nacional com uma fiscalização quase que perfeita e punições que realmente desestimulem a prática desses atos. Ainda assim,

não pode o legislador abaixar a cabeça e tolerar essa fresta na lei, deverá sim procurar soluções para coibi-la.

Outro cuidado não tomado pelo legislador foi a forma como tratou o momento de divulgação do sigilo. O agente administrativo terá sérias dificuldades em identificar o momento no qual o sigilo deverá ser publicado, o que poderá gerar certa indisposição entre a Administração, licitantes e a sociedade civil, que cada vez mais vem exercendo seu papel no controle do processo licitatório, e luta em busca de uma transparência maior por parte do poder público.

Por fim, existe ainda a não comprovação de verdadeira eficiência do sigilo no orçamento, mas nesse caso creio que o prognóstico só será refutado ou confirmado a partir da prática, com a utilização do regime.

Outro problema se relaciona à contratação integrada. Foi amplamente reafirmado a importância do planejamento da licitação pela Administração, passando por todas as partes desde o objeto, ao orçamento, planejamento básico e confecção do instrumento convocatório. Essa fase inicial da licitação é aquela da qual todas as outras derivam, sendo certo que não haverá uma boa execução sem um bom planejamento. Portanto, a delegação dos projetos ao particular não exime a entidade de fazer um exímio planejamento da licitação. Os males não serão exorcizados apenas como a adoção da contratação integrada.

Conforme menciona Ricardo Alexandre Sampaio:

Confirmada essa condição, ainda que o RDC passe a ser a regra e, mesmo considerando que todas as contratações sejam celebradas pelo regime de empreitada integrada, no qual o contratado deverá realizar todas as etapas da obra até sua entrega ao contratante em condições de operação, responsabilizando-se, também, pela elaboração dos projetos básico e executivo, isso não resolverá o problema se o planejamento desses contratos não receber a atenção necessária. (SAMPAIO, 2013, p. 2)

A ideia de transferir ao particular a elaboração do projeto básico faz plenamente sentido, já que a Administração muitas vezes não possui a expertise necessária para conduzir certos projetos. Porém, mesmo com a transmissão ao particular de grande parte da responsabilidade advinda pelo projeto, não existe nada que garanta que ele irá realizar algo que atente aos padrões imaginados pela Administração.

Mesmo nos casos de utilização da Lei 8.666/93, quando o projeto básico é desenvolvido pelo poder público, não são raros os casos em que o licitante particular utiliza-se

de materiais de baixa qualidade para realizar obra, e tais fatos passam despercebidos pela Administração.

Concordo com o pensamento de Ribeiro, Prado e Pinto Junior no sentido de que se os contratos não estipularem uma manutenção e usufruto da obra pelos particulares por algum período de tempo, eles não estarão nem um pouco motivados a desenvolver um trabalho pautado na eficiência. O lucro para eles ao fim da obra já terá sido alcançado e a Administração acabará arcando com as consequências de futuros defeitos e reformas. Sem essa previsão – de acompanhamento da obra por alguns anos pelo contratado – acabará por se formar um ciclo vicioso de obras mal feitas e com uma constante necessidade de reparação. Obviamente, não se pode afirmar que todo licitante adota essa conduta, mas, ainda sim, é uma possibilidade a se vislumbrar.

Por fim, com relação à controvérsia do sistema recursal único, entendo que a concentração da fase recursal realmente acelera o processo licitatório e retira os diversos entraves proporcionados pelos efeitos suspensivos dos recursos em comparação ao procedimento da lei geral. Contudo, esse feito não se deve unicamente a essa unicidade recursal, mas sim em razão da inversão de fases do pregão como a regra no RDC. É visível que os recursos julgados procedentes em relação a fase de julgamento das propostas podem atrasar o processo ou torná-lo até mesmo maior em relação ao sistema normal.

Ainda, existe sim o problema referente à possibilidade de utilização da via judiciária para impugnar atos da Administração. A insatisfação com essa metodologia poderá levar cada vez mais licitantes ao Poder Judiciário, o qual não pode se escusar da apreciação da matéria. E com isso também aumentar o tempo da licitação.

Todavia, acredito que o pensamento não deveria estar vinculado à existência de falhas do poder público no processo licitatório. A Administração deve ser cuidadosa em seus afazeres. O grande objetivo seria a inexistência de recursos, não pela restrição desses, mas sim, pela inexistência de irregularidades no processo. Então, não há justificativa para se cogitar um aumento de tempo na licitação proveniente da fase recursal única. Os licitantes possuem a prerrogativa de questionar os atos desenvolvidos nas fases do processo e caberá à Administração Pública analisá-los e julgá-los. Caso ocorram irregularidades, nada mais justo que a Administração assuma o ônus de sua falha. Acredito, contudo, que o tempo dispendido poderá ser compensado com a obtenção de melhor vantagem ou a simples consciência de realização de um certame justo.

Em suma, o Regime Diferenciado de Contratações traz diversas inovações a fim de prestar mais eficiência e agilidade à contratação pública. As mudanças são visíveis e no papel realmente possuem o caráter de modificar para melhor as licitações públicas.

Contudo a questão que recaí sobre o assunto é a grande quantidade de falhas na lei ao regular certos assuntos e como a Administração se portará para reprimir essas imperfeições na lei.

Por mais que a lei traga benefícios, não se pode fechar os olhos para essas brechas, que certamente serão usadas por indivíduos mal intencionados. A grande vantagem nesse momento é que, diferente do que ocorreu com a Lei 8.666/93, na qual foram necessários anos para identificá-las e coibi-las, elas já estão prontas para serem reparadas.

O novo Regime Diferenciado de Contratações, portanto, seria uma “lei para país nórdico”, onde se confia na probidade da Administração e dos legisladores. Justamente por ela abrir tantas brechas para possíveis desvios.

A prática, contudo, pode levar a própria Administração a corrigir esses pequenos defeitos de forma que transforme essas inovações do RDC em verdadeiros ganhos para o poder público e vantagens para o erário.

Não há progresso sem experimentação. As experiências em leis anteriores deram resultados em alguns casos, em outras foram descartadas. A evolução do processo licitatório não estagnar-se-á no RDC, ele é apenas um estágio no caminho a ser percorrido pelo Estado na busca de um sistema de contratações justo e eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

Agência Senado. **Ampliação do RDC favoreceria corrupção, afirma Simon.** Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/15/ampliacao-do-rdc-favoreceria-corrupcao-afirma-simon>> Acesso em: 26 Junho. 2014.

Agência Senado. **Sancionada ampliação do RDC para obras em presídios.** Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/29/sancionada-ampliacao-do-rdc-para-obras-em-presidios>> Acesso em: 23 Junho. 2014.

BAPTISTA, Antônio Sergio. **Licitações - inversão de fases: constitucionalidade.** L&C: revista de administração pública e política, Brasília, DF, v. 14, n. 154, p. 26-27, abr. 2011.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Contratação integrada - A limonada.** Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 230, p. 353-354, abr. 2013.

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. 270 p.

BITTENCOURT, Sidney. **As diretrizes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC): Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97547>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União.** - 4. ed. rev., atual. e

ampl. - Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.666/93**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 21 de maio 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.462/11**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.520/02**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.987/95**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

BRASIL. **Decreto nº 2.745/98**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2014.

BRASIL. **Decreto nº 7.581/11**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2014

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1667/2011, Plenário, Rel. Ministro Ubiratan Aguiar**.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 261**.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 943/2011, Relator Ministro Valmir Campelo**.

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.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 277 p.

CAMMAROSANO, Márcio. **Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-46

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.

CASTRO, Jônathas Assunção Salvador Nery de; ANDRADE, Natália Resende. **Análise comparativa entre elementos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93)**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 4453, set. 2013.

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 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 61-76.

DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. **A publicidade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 47-59.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**/ Lucas Rocha Furtado 4ed. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 581 p.

HUPSEL, Edite. **Da "solidão" da Lei nº 8.666/93: procedimento licitatório que contraria o princípio constitucional da eficiência**. Boletim de licitações e contratos: BLC, São Paulo, v. 23, n. 9, p. 879-882, set. 2010.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; REOLON, Jaques Fernando. **O novo regime diferenciado para contratação de infraestrutura para jogos olímpicos e a copa de futebol: o RDC**. In: FERNANDES, Ricardo VC; ALVES, Tatiana Muniz S. (Coord.). Licitações, contratos e convênios administrativos: desafios e perspectivas aos 20 anos da Lei nº 8.666/1993. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 31-83.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**/ Marçal Justen Filho. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

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

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. 489 p.

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, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76299>>. Acesso em: 20 maio 2014.

MAZZA, Alexandre. **Aspectos alienantes aos pedidos de esclarecimento, impugnações, recursos administrativos e sanções administrativas no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas –

RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 185-190.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** / Alexandre Mazza. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Renato Geraldo. (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Anotada – Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93/** Coordenador Renato Geraldo Mendes. 9. Ed. Curitiba: Zênite, 2013. 1.584 p.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC.** São Paulo: Malheiros, 2012.

MP denuncia executivos por fraudes nas licitações do Metrô e CPTM.
Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/03/mp-denuncia-executivos-por-fraudes-nas-licitacoes-do-metro-e-cptm.html>> Acesso em: 27 Junho. 2014

MUKAI, Sylvio Toshio. **A ampliação do campo de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC).** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 7780, fev. 2013.

NÓBREGA, Marcos. **O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), Negotiauction e o Orçamento Sigiloso.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 125139, jul./set. 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos** / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2012.

OLIVEIRA, Weder de. **Regime Diferenciado (?) de Contratações Públicas: a nova estrutura do sistema brasileiro de licitações.** In: FERNANDES, Ricardo VC; ALVES, Tatiana Muniz S. (Coord.). **Licitações, contratos e convênios administrativos:**

desafios e perspectivas aos 20 anos da Lei nº 8.666/1993. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 31-83.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Apontamentos sobre a integração do RDC ao macrossistema constitucional e ao sistema geral das licitações públicas pela via dos princípios.** Boletim de licitações e contratos: BLC, São Paulo, v. 26, n. 12, p. 1051-1060, dez. 2013. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2642044.PDF>>. Acesso em: 30 jun 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Delimitação do uso do RDC e sua relação com o regime ordinário da Lei geral de licitações.** JAM jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal., Salvador, BA, v. 18, n. 7, p. 16-32, jul. 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.

PONTE, Luis Roberto. **RDC, um escárnio aos princípios éticos da Lei 8.666/93. 2011.** Disponível em <http://www.portal2014.org.br/midia/site/1-1172011145244-Luiz_Roberto_Ponte.pdf>. Acessado em 12 de junho de 2014.

REISDOFER, 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. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 149-167.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas/** Mauricio Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Padro, Mario Engler Pinto Junior – São Paulo: Atlas, 2012.

ROMERO, William. **O sistema recursal previsto pelo 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*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 295-307.

ROSILHO, André Janjácómo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 254.

ROSILHO, André Janjácómo. **As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados**. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/ fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=86113>>. Acesso em: 21 maio 2014.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. **Breve ensaio sobre a inversão das fases do procedimento licitatório**. *Boletim de licitações e contratos: BLC*, São Paulo, v. 21, n. 8, p. 791-795, ago. 2008.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. **20 anos de Lei nº 8.666/93 e o que aprendemos?** *Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 232, p. 569-570, jun. 2013.

Senado aprova MP, mas rejeita extensão do RDC a todas as contratações públicas. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/20/senado-aprova-mp-mas-rejeita-extensao-do-rdc-a-todas-as-contratacoes-publicas>>. Acesso em: 20/06/2014.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. **Comentários aos artigos 27 e 28 da Lei nº 12.462/11 e seus correspondentes dispositivos do Decreto nº 7.582: fase recursal única e encerramento do processo licitatório**. *In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 137-153.

STROPPIA, Christianne de Carvalho. **Procedimentos licitatórios no regime diferenciado de contratações públicas (RDC)**. *Boletim de licitações e contratos: BLC*, São Paulo, v. 26, n. 10, p. 895-912, out. 2013.

TIECHER, Eliana de Jesus Gonçalves. **O processo licitatório como resultado de evolução histórica da Administração Pública**. 2010. TCC, Universidade Gama Filho. Disponível em <<http://www.jfms.jus.br/intranet/secoes/1/305/306/MONOGRAFIA%20-%20Eliana%20de%20Jesus%20Goncalves%20Tiecher.pdf>>
Acesso em: 18 de Julho de 2014

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 20 anos - Virtudes e defeitos**. Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 234, p. 790-795, ago. 2013.

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.