

MARIANA AIRES COELHO ARAUJO DIAS

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:  
OS PROBLEMAS E AS SOLUÇÕES QUE ADVÊM DE SUA ADOÇÃO**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: MSc. Ulysses Alves de Levy Machado

**BRASÍLIA  
2013**

MARIANA AIRES COELHO ARAUJO DIAS

**REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:  
OS PROBLEMAS E AS SOLUÇÕES QUE ADVÊM DE SUA ADOÇÃO**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: MSc. Ulysses Alves de Levy Machado

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção\_\_\_\_(\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

À MARIA CÂNDIDA DE JESUS COM TODO AMOR E SAUDADE.

Agradeço aos meus pais e ao Felipe por tudo que sempre foram e são.

Ao Ulysses por ser além de um orientador acadêmico, um mentor em todos os momentos da minha vida.

Ao Gustavo pelo amor e compreensão, a toda prova.

## RESUMO

Diante das inúmeras críticas do procedimento ordinário de contratações públicas regulado pela Lei 8.666/1993, que é considerado por muito moroso e burocrático, foi editada a Lei 12.462/2011, que instituiu em nosso ordenamento jurídico o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. O novo procedimento, criado notadamente para tornar as licitações públicas mais céleres e eficientes, especialmente aquelas relativas aos eventos esportivos que serão realizados no Brasil (Copa do Mundo e Jogos Olímpicos), trouxe algumas inovações em detrimento do procedimento ordinário, como a contratação integrada, a inversão de fases, o sigilo do orçamento estimado, os modos de disputa e os critérios de julgamento. O presente trabalho tem, assim, o escopo de analisar o novo procedimento licitatório, bem como os problemas e as soluções que podem advir da sua adoção, além de analisar os resultados práticos do procedimento nas primeiras licitações realizadas sob o comando da nova lei.

**Palavras-Chaves:** Direito Constitucional Administrativo. Contratações Públicas. Licitação. Procedimento ordinário. Lei 8.666/1993. Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Lei 12.462/2011. Procedimento. Crítica. Resultados.

## ABSTRACT

Given the strong criticism upon the regular procurement in public acquisitions ruled by Law 8.666/1993, which is considered by many people as too much slow and bureaucratic, one published Law 12.462/2011, instituting in our legal system the so called Unlike Contracting Method (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC). The new proceeding, made specially for pushing on the procurement process for the Brazilian big events (World Cup and Olympic Games), brought some innovation with prejudice for ordinary process use, as the integrated hiring, the phase inversion, estimative budget secrecy, the way and modes of dispute and decision/adjudication criteria. So, this work has as its scope, the new procurement proceeding analysis, the analysis of the problems and solutions which may outcome from its adoption, as well as approach the practical results of RDC in the very first procurements performed under the new law command.

**Palavras-Chaves:** Constitutional law. Administrative law. Public contracting. Procurement. Ordinary proceeding. Law 8.666/1993. Unlike Contracting Method (RDC). Law 12.462/2011. Proceeding. Criticism. Outcome.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1.1 Considerações introdutórias .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2 Princípios .....</b>	<b>12</b>
1.2.1 Princípios básicos .....	13
1.2.2 Princípios correlatos.....	15
<b>1.3 Modalidades .....</b>	<b>16</b>
1.3.1 Concorrência.....	17
1.3.2 Tomada de preços .....	18
1.3.3 Convite .....	19
1.3.4 Concurso.....	20
1.3.5 Leilão.....	21
<b>1.4 Procedimento Ordinário.....</b>	<b>21</b>
1.4.1 Formação do processo administrativo.....	22
1.4.2 Edital .....	23
1.4.3 Habilitação .....	24
1.4.4 Julgamento das propostas .....	27
1.4.5 Homologação e adjudicação .....	30
<b>1.5 Pregão.....</b>	<b>31</b>
<b>2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....</b>	<b>36</b>
<b>2.1 Aspectos gerais da Lei 12.462/2011 .....</b>	<b>37</b>
<b>2.2 Principais inovações trazidas pela Lei 12.462/2011.....</b>	<b>39</b>
2.2.1 Preferência do uso RDC eletrônico .....	40
2.2.2 Sigilo do orçamento estimado .....	40
2.2.3 Contratação integrada.....	42
2.2.4 Da publicação do instrumento convocatório.....	45
2.2.5 Da inversão de fases da licitação.....	46
2.2.6 Dos modos de disputa.....	48

2.2.7 Dos critérios de julgamento.....	49
2.2.8 Fase única de recurso.....	52
<b>3 CRÍTICA À ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO.....</b>	<b>54</b>
<b>3.1 As alegações de inconstitucionalidade.....</b>	<b>54</b>
<b>3.2 A falta de planejamento da Administração Pública.....</b>	<b>58</b>
<b>3.3 A Lei 12.462/2011 em face da Lei 8.666/1993.....</b>	<b>61</b>
<b>3.4 Os resultados obtidos pela Lei do RDC.....</b>	<b>63</b>
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>



## INTRODUÇÃO

A Lei 8.666/1993, que já conta com 20 anos de vigência, é frequentemente marcada pelo estigma da ineficiência, em razão do procedimento licitatório burocrático e moroso que prevê, sendo muitas vezes responsabilizada pelos entraves nas contratações públicas.

Assim, com o escopo de garantir maior agilidade e eficiência nas contratações públicas, o legislador cada vez mais tenta criar mecanismos para modificar o procedimento licitatório tradicional, como o que ocorreu com a criação dos institutos do pregão e do sistema de registro de preços.

Nesse contexto, promulgou-se a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, objeto de exame no curso do presente trabalho, que alterou em alguns aspectos o procedimento licitatório geral, previsto na Lei 8.666/1993, a chamada de Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O que se pretende na presente pesquisa é analisar todas as inovações trazidas pelo novo regime, bem como verificar as conseqüências do novo procedimento para o ordenamento jurídico e os problemas e as soluções que podem advir da sua adoção. Buscar-se-á, portanto, criticar o novo procedimento, criado notadamente para tornar as licitações públicas mais eficientes.

O tema, portanto, possui relevância política, social e acadêmica. Isto porque o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, por se tratar de um procedimento diferenciado de contratações públicas, pode representar até mesmo um meio fraudulento de contratações públicas em relação à Lei de Licitações.

A principal técnica a ser utilizada para abordar o problema é a pesquisa jurídico-dogmática (pesquisa bibliográfica e documental) para o aprofundamento necessário ao entendimento dos procedimentos licitatórios

previstos tanto na Lei 8.666/1993 quanto na Lei 12.462/2011, identificando as inovações trazidas pelo regime diferenciado de contratações públicas.

Ademais, será possível identificar na doutrina, na legislação vigente e na jurisprudência se a adoção do regime diferenciado de contratações públicas acarreta problemas não pensados ou se traz efetiva solução para aquilo a que se propunha, quando de sua promulgação.

No capítulo de abertura far-se-á uma análise do procedimento licitatório tradicional, regido pela Lei 8.666/1993, para, posteriormente, compará-lo com o novo procedimento. Serão analisadas as fases do certame, os princípios que regem as licitações públicas e as modalidades de licitação (incluindo o pregão).

No segundo capítulo será abordado o novo procedimento licitatório inserido pela Lei 12.462/2011, com uma análise das principais inovações trazidas pela lei, como o sigilo do orçamento estimado, a contratação integrada, os modos de disputa e os critérios de julgamento.

Finalmente, no último capítulo será feita uma análise crítica do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, pela abordagem dos elementos que permitem verificar os problemas e as soluções que sobrevêm da adoção da Lei 12.462/2011. Ademais serão analisados os resultados práticos das licitações pioneiras processadas pelo novo procedimento.

# 1 AS LICITAÇÕES PÚBLICAS

## 1.1 Considerações introdutórias

A Constituição Federal, em seu Art. 37, XXI, traz por estabelecida regra principiológica e funcional de aperfeiçoamento da gestão pública garantidora da conduta, segundo a qual, ressalvados os casos especificados na legislação peculiar, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública. Portanto, os contratos administrativos, em regra, serão precedidos desse procedimento-princípio que mais diretamente se vincula aos princípios da equidade, da isonomia, da eficiência e da moralidade, como se verá adiante.

A licitação é um procedimento administrativo, que determina critérios objetivos de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, observado o princípio da isonomia e outros que norteiam as licitações públicas.

A compreensão plena de seu funcionamento e de seus princípios é fundamental para que se compreenda, em sua inteireza, o novo modelo de prospecção administrativa pela aquisição mais vantajosa e conveniente à Administração contratante e para que se compreenda que elementos oferecem dificuldades e críticas à nova solução.

O modelo tradicional a seguir descrito será posteriormente criticado para que se compreenda o que se buscou superar com o novo procedimento previsto pela Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), alvo, por sua vez, de ataques e de louvores que se pretende ver submetidos, ambos, a um juízo crítico de validade e eficiência.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua “licitação” como, *in verbis*:

(...) um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar

determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.<sup>1</sup>

A licitação, portanto, é um procedimento administrativo que envolve uma série ordenada de atos jurídicos previstos em lei, com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Com efeito, a Constituição Federal estabeleceu no artigo 22, inciso XXVII, que cabe privativamente à União Federal legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, em 21 de junho de 1993, foi editada a lei reguladora das licitações, Lei federal nº 8.666/1993, que apesar de já ter sofrido várias alterações ainda é a fonte primária disciplinadora das licitações a que estão submetidas todas as pessoas integrantes da federação, que formam a administração direta, e as entidades integrantes da administração indireta.

Ressalte-se que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta que já tinham legislações próprias, antes da edição da lei, tiveram que adaptá-las aos princípios gerais da Lei 8.666/93, nos termos do art. 118 do Estatuto de Licitações.<sup>2</sup>

## 1.2 Princípios

A lei de licitações prevê, no Art. 3º, os princípios fundamentais que pautam o procedimento licitatório, são eles os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 479.

administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Não obstante a previsão dos princípios expressos, existem os princípios correlatos, que decorrem dos princípios básicos e estão dispersos nos dispositivos da lei de licitações, mas, que de igual forma, norteiam os certames.

### 1.2.1 Princípios básicos

O *princípio da legalidade* é um princípio basilar da atividade administrativa, exige que o administrador atue em observância estrita da lei, sem que prevaleça a sua vontade pessoal, para garantir que o indivíduo não sofra abusos de conduta e desvio de objetivos.<sup>3</sup>

Está explicitado no art. 4º da Lei de Licitações: “Todos quantos participem de licitação, promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º, têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”.

Verifica-se, assim, que a licitação tem natureza jurídica de um procedimento administrativo vinculado, na medida em que cabe ao administrador observar rigorosamente todas as regras fixadas pela Lei 8.666/1993.

O *princípio da impessoalidade* significa que a Administração deve oferecer a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica o mesmo tratamento. Assim, ficam vedados favoritismos e discriminações entre os licitantes.<sup>4</sup>

O *princípio da igualdade* tem origem no art. 5º da Constituição

---

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 236.

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 242.

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 841.

Federal e está intimamente relacionado ao da impessoalidade, pois significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.<sup>5</sup>

O *princípio da moralidade*, por sua vez, exige que tanto a Administração quanto os licitantes atuem com honestidade e seriedade durante o procedimento licitatório. Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello a moralidade impõe um comportamento escorreito, liso e honesto para a Administração e para os licitantes.<sup>6</sup> Ao lado do princípio da moralidade encontra-se o da *probidade administrativa*, que tem origem constitucional (Constituição Federal, Art. 37, §4º), mas que foi incluído pelo Estatuto nos princípios fundamentais da licitação, que também exige um comportamento do administrador honesto e pautado pela boa-fé.

No que diz respeito ao *princípio da publicidade*, a Administração está obrigada a divulgar os atos e termos da licitação, para que todos os interessados tenham assegurado o direito de conhecê-los, notadamente porque quanto maior for a quantidade de pessoas que tiver conhecimento da licitação, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora.

A *vinculação ao instrumento convocatório* significa que as regras previamente fixadas para o procedimento licitatório devem ser fielmente observadas por todos, como está previsto no art. 41, da Lei 8.666/1993<sup>7</sup>. Portanto, a Administração Pública está vinculada às regras de convocação, sob pena do procedimento tornar-se inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 242.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 478.

<sup>7</sup> Artigo 41, Lei 8.666/1993: A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 244.

Por último, o *juízo objetivo* é aquele que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos da proposta. O juízo de toda licitação deve se apoiar em fatores concretos exigidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelo licitante dentro do permitido no instrumento convocatório.

O princípio do juízo visa afastar a discricionariedade, na medida em que obriga o administrador a escolher a proposta mais vantajosa dentro dos critérios pré-estabelecidos pela Administração Pública. O resultado final não decorre de critério decisório subjetivo. Ainda que se mudassem os juízes, o resultado do certame seria o mesmo.<sup>9</sup>

### 1.2.2 Princípios correlatos

O legislador, no Art. 3º da Lei 8.666/1993, além de mencionar os princípios básicos, referiu-se também aos princípios correlatos: aqueles decorrentes dos princípios básicos, mas que se encontram dispersos no Estatuto das Licitações. Passa-se a analisar alguns dos princípios correlatos, conforme classificação do Prof. José dos Santos Carvalho Filho.<sup>10</sup>

O *princípio da obrigatoriedade* previsto originariamente pela Constituição Federal, no art. 37, XXI, e reafirmado no art. 2º da Lei 8.666/1993, torna obrigatória a realização de licitação pública para as contratações públicas, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas no Estatuto.

O *princípio da competitividade* está consubstanciado no Art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações e Contratos, que veda aos agentes públicos a adoção de medidas ou criação de regras que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do

---

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 316.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 245.

certame. Assim, assevera Toshio Mukai que a disputa entre interessados é “tão essencial à matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo” <sup>11</sup>.

Há, ainda, o *princípio da indistinção*, também previsto no Art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93, que veda ao administrador a criação de preferências ou distinções relativas à natureza, à sede ou ao domicílio dos licitantes, ressalvadas as exceções previstas nos parágrafos 5º a 12 do supramencionado artigo.

Outro princípio correlato é o do *formalismo procedimental* que vincula a Administração e os próprios licitantes aos parâmetros legais, ou seja, às regras que regem os atos, fases e comportamentos do procedimento licitatório, sob pena de invalidade do certame. O princípio tem previsão no art. 4º, do Estatuto.

Vale apontar, por fim, o *princípio da inalterabilidade do edital*, consagrado no Art. 41, da Lei 8.666/1993, que vincula a Administração às normas e condições do instrumento convocatório por ela divulgado, portanto, correlato ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Ressalte-se que além dos princípios correlatos mencionados, existem outros dispersos pelo Estatuto das Licitações, que também apresentam mais especificidade que o conjunto de princípios fundamentais, que são mais genéricos.

### **1.3 Modalidades**

O legislador cuidou para que o Estatuto das Licitações, além de ostentar os princípios que pautam o procedimento licitatório, dispusesse acerca das modalidades tradicionais de licitação. As modalidades admissíveis pela lei

---

<sup>11</sup> MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27.



reguladora são “concorrência”, “tomada de preços”, “convite”, “concurso” e “leilão”.

As três primeiras modalidades têm o mesmo objetivo, a saber, a contratação de obras serviços e fornecimento, enquanto o concurso e o leilão possuem objetivos próprios e diferenciados.

### **1.3.1 Concorrência**

A concorrência é a modalidade de licitação para as contratações de maior vulto econômico, pois como previsto no Art. 23, da Lei 8.666/1993, será obrigatória para a licitação de obras e serviços de engenharia, no montante acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), e para as compras e demais serviços no valor superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Ademais, a concorrência será utilizada em outras hipóteses, independentemente do valor econômico, como na compra ou alienação de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso, e nas licitações internacionais, nos termos do disposto no Art. 23, § 3º, do Estatuto.

Por se tratar de uma modalidade destinada a transações mais elevadas, a concorrência é a que apresenta maior rigor formal e deve ser precedida de ampla publicidade. Assim, dela podem participar quaisquer interessados que preencham os requisitos mínimos estabelecidas no edital.<sup>12</sup>

Em razão do formalismo da modalidade, sempre haverá uma fase inicial de habilitação preliminar, na qual a documentação habilitatória de todos os licitantes será analisada, para em seguida apurar-se a melhor proposta.

Ademais, no tocante à ampla publicidade da modalidade, na concorrência deverá transcorrer, em regra, um prazo de no mínimo 30 dias, entre a

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 498.

publicação dos avisos dos editais e a data fixada para recebimento das propostas, entretanto, o prazo será de 45 dias, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, nos termos do art. 22, I e II, da Lei 8.666/1993.

### **1.3.2 Tomada de preços**

Por outro lado, a tomada de preço é a modalidade que antecede contratações de vulto médio, haja vista que poderá ser utilizada tanto para obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), quanto para compras e demais serviços no valor de até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Diferentemente da concorrência, que possui maior amplitude, da tomada de preços somente poderão participar os interessados previamente cadastrados ou aqueles que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, conforme disposição do Art. 22, § 2º, do estatuto.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho destaca sobre o cadastramento de interessados, *in verbis*:

A finalidade da tomada de preços é tornar a licitação mais sumária e rápida. O prévio cadastramento corresponde à fase de habilitação. No cadastramento, a habilitação é antecipada para um momento anterior à licitação. Os requisitos de idoneidade e de capacitação, em vez de serem examinados no curso da licitação e com efeitos para o caso concreto, são apurados previamente, com efeitos gerais. A Administração, independentemente de uma licitação específica, examina se estão presentes os pressupostos de idoneidade necessários a que uma pessoa contrate com ela. A aprovação corresponde ao cadastramento do interessado. No momento posterior, quando deliberar a realização da licitação na modalidade

de tomada de preços, a Administração não necessita promover uma fase de habilitação específica.<sup>13</sup>

Verifica-se, portanto, que, por se tratar de uma modalidade destinada a contratações de vulto médio e por permitir a habilitação prévia dos licitantes, a tomada de preço possui menos formalidades que a concorrência.

Na tomada de preços, assim como na concorrência, também há obrigatoriedade de publicar os avisos de edital, no entanto, os prazos serão menores: 15 ou 30 dias, a depender do tipo da licitação, conforme disposto no art. 22, II e III, da Lei 8.666/1993.

Por fim, há que se destacar outra característica relevante da tomada de preço que é a “substituição”, pois ainda que o valor econômico da futura contratação comporte a tomada de preço, a modalidade poderá ser substituída pela concorrência, o que não poderá ocorrer em caso contrário. Assim, poderá ser escolhida uma modalidade mais formal do que a que seria apropriada, mas nunca uma modalidade mais informal.<sup>14</sup>

### **1.3.3 Convite**

O convite é a modalidade licitatória destinada às licitações que envolvam valores mais baixos, conforme o disposto no Art. 22, § 3º, da Lei 8.666/1993, será utilizado para obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e nas compras e demais serviços até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Ademais, será pertinente nas licitações internacionais, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país.

---

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 293-294.

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 274.

Nessa modalidade, o instrumento convocatório é a “carta-convite”, da qual constam as regras da licitação. A modalidade não comporta, portanto, a publicação de edital como nas demais modalidades licitatórias. A Administração, por meio das cartas-convite, convocará para a disputa, pelo menos três interessados, cadastrados ou não, do ramo pertinente ao objeto da licitação.

Não obstante o envio da carta-convite, o Estatuto das Licitações determina que, para possibilitar uma maior participação no certame, deverá ser afixado em local adequado cópia do instrumento convocatório. Insta destacar que o prazo de publicidade na modalidade convite é de no mínimo 5 dias do convite ou da disponibilidade da carta até o recebimento das propostas.

Previu-se, no Art. 22, § 7º, que na hipótese de não se atingir o número mínimo de três licitantes, seja por limitações do mercado ou por manifesto desinteresse dos convidados, o confronto poderá ser realizado com duas licitantes, ou, se apenas uma licitante se apresentar, poderá ser diretamente contratada. Para tanto, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas, sob pena de repetição do convite.

Diferentemente da concorrência e da tomada de preços, o convite é uma modalidade que não apresenta muito formalismo, em razão da mitigação da exigência documental para a fase de habilitação e do próprio curto prazo de publicidade.

#### **1.3.4 Concurso**

O concurso, com previsão no art. 22, §4º, do Estatuto, é uma modalidade de caráter eminentemente intelectual, utilizada para a escolha de trabalho técnico ou artístico, com a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme critérios estabelecidos pelo edital.

O edital do concurso deverá ser publicado pela imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. Poderão participar quaisquer interessados.

### **1.3.5 Leilão**

Por fim, o leilão é a modalidade licitatória adequada para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou, ainda, para a alienação de bens imóveis, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento (Art. 22, §5º).

Qualquer interessado poderá participar do certame, mas será vencedor e terá direito de compra aquele que oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Verifica-se, assim, que a avaliação dos bens, antes da abertura do certame, é, portanto, requisito essencial da modalidade, por força do chamado “princípio da preservação patrimonial dos bens públicos”<sup>15</sup> (art. 53, §1º).

O prazo para publicação do edital do leilão até a data de sua ocorrência é de 15 dias, no entanto, apesar do curto prazo previsto, o Estatuto ressalta que o leilão deverá ser amplamente divulgado, especialmente no município em que será realizado.

## **1.4 Procedimento Ordinário**

Conforme já analisado, a licitação é um procedimento administrativo que visa a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração. Assim, a

---

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 277.

Lei 8.666/1993 estabelece as seguintes fases do procedimento: (i) formação do processo administrativo; (ii) edital; (iii) documentos e propostas; (iv) habilitação; (v) julgamento das propostas; e (vi) homologação e adjudicação.

Passa-se a analisar sumariamente cada uma das fases da licitação.

#### **1.4.1 Formação do processo administrativo**

O processo licitatório tem início com a abertura do processo administrativo que, nos termos do art. 38, do Estatuto geral, será autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização para a licitação, a indicação de seu objeto, a indicação dos recursos próprios para a futura despesa e os demais documentos indicados no mencionado artigo, como atas, relatórios, publicações, ato de designação da comissão de licitação, pareceres e edital.

Insta destacar que para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas de grande vulto econômico, com valor estimado superior a 100 vezes o limite previsto no art. 23, I, “c”, da Lei 8.666/1993 (R\$ 1.500.000,00), o processo licitatório será iniciado obrigatoriamente com uma audiência pública, que será designada pela autoridade competente com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital e divulgada com a antecedência mínima de 10 dias úteis da data de sua realização.

Ressalte-se que o próprio Art. 39, do Estatuto, conceitua as licitações simultâneas – aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a 30 dias – e as licitações sucessivas, que também possuem objetos similares, em que o edital subsequente tenha uma data anterior a 120 dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.

A audiência tem a finalidade de divulgar a licitação pretendida, inclusive para tornar mais clara à comunidade interessada a conveniência da obra ou do serviço. A população tem o direito de se manifestar e de ter acesso a todos os

aspectos da contratação futura, até mesmo para legitimar as decisões administrativas.<sup>16</sup>

Por fim, convém destacar que, como já decidiu o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 715/2004 – Plenário<sup>17</sup>, a ausência da realização de audiência pública é causa de nulidade do procedimento administrativo.

#### 1.4.2 Edital

O edital é o ato por meio do qual a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos licitantes e das propostas, regula os critérios segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser assinado.<sup>18</sup>

Observe-se que o edital é uma espécie de instrumento convocatório, utilizado na concorrência, tomada de preços, leilão e concurso, enquanto, na modalidade convite o instrumento convocatório é a “carta-convite”, que, na realidade, cumpre o papel do edital, pois também fixa sucintamente algumas das regras e condições do convite.

O edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação. Assim, ao descumprir as normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação, além de violar os princípios que direcionam a atividade administrativa, notadamente aquele que dispõe sobre a vinculação ao instrumento convocatório. Nesse sentido, o art. 41, da Lei 8.666/1993, é expresso: “A Administração não pode descumprir as normas e as condições do edital, a qual se acha estritamente

---

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 280.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 006.493/2000-9. Acórdão 715/2004 – Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 18 de junho de 2004. Disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).

<sup>18</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 522.

vinculada”. Por outro lado, para o participante, o descumprimento ou o não atendimento à norma editalícia resulta, conforme o caso, em sua não-aceitação, em sua desclassificação, na anulação de seus atos ou em sua penalização, sem prejuízo do resultado natural (resultar “vencido”) que pode advir, também, do não-atendimento.

Em caso de irregularidade no edital, qualquer cidadão poderá impugná-lo, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação. A Administração deverá julgar e responder às impugnações em até três dias úteis, nos termos do art. 41, §1º, do Estatuto.

O licitante também poderá impugnar os termos do edital, mas deverá protocolar seu pedido até o segundo dia que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação, quando se tratar de concorrência, ou, a abertura dos envelopes contendo as propostas, no convite, tomada de preços ou concurso, ou, ainda, a realização do leilão (art. 41, § 2º).

### **1.4.3 Habilitação**

Na data e horário previamente designados no edital, os licitantes deverão apresentar a documentação de habilitação exigida pelo instrumento convocatório, além da proposta, em envelopes opacos e lacrados, a fim de assegurar sua indevassabilidade.<sup>19</sup> Ressalte-se que a documentação e as propostas serão entregues em envelopes distintos, haja vista que serão abertos em fases sucessivas do procedimento licitatório.

A habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica se os candidatos reúnem as condições indispensáveis, nos termos do instrumento convocatório e do Estatuto, para participar do processo e apresentar

---

<sup>19</sup> PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 360.



sua proposta. Portanto, na hipótese de inabilitação do licitante, este não participará da fase de julgamento das propostas.

Para a habilitação dos licitantes, deverão ser comprovados os seguintes requisitos: (i) habilitação jurídica; (ii) qualificação técnica; (iii) qualificação econômico-financeira; (iv) regularidade fiscal e trabalhista; e (v) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (regularidade do menor trabalhador).

A *habilitação jurídica* diz respeito “à comprovação de existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas pelos licitantes. Somente pode formular proposta aquele que possa validamente contratar.”<sup>20</sup> A comprovação dos requisitos de habilitação jurídica, poderá ocorrer pela exibição e fornecimento de alguns documentos, conforme o caso, como carteira de identidade, atos constitutivos (contrato social ou estatuto), registro comercial etc.

A qualificação técnica correspondente à comprovação da aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do que vier a ser contratado poderá ser genérica, específica e operativa.<sup>21</sup>

A qualificação técnica genérica, com previsão no art. 30, I, do Estatuto, serve para comprovar que o licitante possui registro ou inscrição na entidade profissional competente; a específica (inciso II) diz respeito à apresentação de atestados de capacidade técnica, com registro no órgão competente, que comprovam que o licitante já executou atividade idêntica ou similar àquela que é licitada; por fim, a capacitação técnica operativa é a comprovação de que o licitante possui estrutura física compatível com o vulto e a complexidade do contrato.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 293-294.

<sup>21</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 281.

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 281.

A *qualificação econômico-financeira* é a prova de que o licitante possui disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto do contrato.<sup>23</sup> Isso porque, em regra, o particular executa o objeto do contrato com recursos próprios, para, após, perceber o pagamento.

São requisitos para comprovar a capacidade econômico-financeira do licitante: (i) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; (ii) certidão negativa de falências e concordatas; e (iii) garantia de, no máximo, 1% do valor estimado para o contrato.

Ademais, conforme os §§ 2º e 3º, do art. 31, a Administração poderá estabelecer no instrumento convocatório, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, desde que, não exceda a 10% do valor estimado da contratação, ou, ainda as garantias previstas no § 1º, do art. 56 (caução, seguro-garantia e fiança bancária).

Há, ainda, a comprovação da *regularidade fiscal e trabalhista* do licitante. A regularidade fiscal é a prova de que a licitante está em dia com as suas obrigações fiscais federais, estaduais e municipais, até mesmo porque representaria violação ao princípio da moralidade administrativa o fato de um particular em débito com o Poder Público poder contratar com a Administração.

Para comprovar a sua regularidade fiscal, o licitante deverá comprovar sua inscrição nos cadastros fazendários cabíveis, além de comprovar que está quite com a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

No tocante à regularidade trabalhista, instituída pela Lei 12.440/2001, o licitante deverá apresentar a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), que comprova a inexistência de débitos não solvidos perante a

---

<sup>23</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 537.

justiça do trabalho. Também se admite a apresentação de certidões positivas com efeitos negativos, quando os débitos estiverem garantidos por penhora ou com a exigibilidade suspensa.

O último requisito de habilitação demonstra a preocupação do legislador com o trabalho do menor, na medida em que o licitante deverá comprovar, pelos meios adequados, o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, ou seja, o particular deverá comprovar que não emprega menores de 18 anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nem menores de 16 anos para qualquer trabalho, salvo na condição de menor aprendiz, a partir de 14 anos.

#### **1.4.4 Julgamento das propostas**

Após a análise dos documentos de habilitação dos licitantes, serão separados aqueles licitantes considerados habilitados, que atendam aos requisitos de habilitação, e os inabilitados.

Aos inabilitados, que não participarão da fase de análise das propostas, a Comissão de Licitação devolverá os envelopes, ainda lacrados, contendo as propostas, como preceitua o art. 43, II, da Lei 8.666/1993.

Ato contínuo, desde que tenha transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou desde que tenha havido desistência expressa, ou ainda após o julgamento dos recursos interpostos, serão abertos os envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados.

Ressalte-se que como bem ensina José dos Santos Carvalho Filho<sup>24</sup>, a habilitação dos candidatos tem dois efeitos importantes, o primeiro reside em que após superada a fase de habilitação, a proposta obriga o proponente, que

---

<sup>24</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 287.

somente poderá desistir da adjudicação por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão de Licitação. O segundo é que ultrapassada a fase de habilitação e abertos os envelopes contendo as propostas, não poderá mais haver desclassificação fundamentada na habilitação, a não ser que os fatos tenham ocorrido supervenientemente ou que só tenham sido conhecidos após o julgamento, como dispõem os §§ 5º e 6º, do art. 43, do Estatuto.

É na fase de julgamento das propostas que a licitação alcançará seu maior objetivo: a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

O julgamento das propostas, como já mencionado, será realizado por critérios objetivos, ou seja, para afastar a discricionariedade do administrador, o julgamento deve levar em conta os critérios estabelecidos e os fatores referidos no instrumento convocatório, nos termos do art. 45, da Lei 8.666/1993.

Além dos critérios e fatores de julgamento, o Estatuto geral das licitações indica os tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta (adotado exclusivamente para alienação de bens ou concessão de direito real de bens públicos), que também devem ser levados em conta no momento de julgamento das propostas.

No tipo menor preço o critério para seleção da proposta mais vantajosa é a proposta de menor preço, segundo as especificações do instrumento convocatório.

Quando institui licitação de menor preço, a Administração Pública selecionará como vencedora a proposta de *melhor* preço. O ato convocatório deverá estabelecer o critério de determinação do melhor preço, que não pode ser confundido com o menor valor monetário nominal.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 343.

Apesar de o preço ser o critério mais relevante deste tipo de licitação, um “mínimo de qualidade técnica é sempre indispensável à satisfação do interesse estatal”<sup>26</sup>.

As licitações de melhor técnica e de técnica e preço, nos termos do art. 46, da Lei 8.666/1993, serão utilizadas exclusivamente para serviços de natureza intelectual. Nesses tipos de licitação, a seleção da proposta vencedora será resultado da avaliação conjunta de atributos de qualidade e preço.

Na licitação do tipo melhor técnica serão apresentadas duas propostas: a técnica e a comercial. Em um primeiro momento, a proposta técnica será julgada, observando-se os critérios previamente estabelecidos no edital. Uma vez classificadas as propostas técnicas, far-se-á o julgamento das propostas de preço.

Se a proposta melhor qualificada tecnicamente for a de menor preço, o licitante será declarado vencedor. Se assim não for, o licitante melhor classificado tecnicamente será chamado para reduzir o valor de sua proposta comercial pelo preço mínimo oferecido pelos participantes. Caso o candidato se recuse a diminuir o preço, o segundo classificado será convocado, e assim sucessivamente.

Na licitação de técnica e preço, o procedimento adotado será o da melhor técnica, com uma diferença: o resultado do certame é encontrado por uma média ponderada das notas técnicas e de preço, de acordo com os critérios objetivos estabelecidos no instrumento convocatório (art. 46, § 2º, do Estatuto).

O julgamento das propostas pela Administração resultará na classificação dos licitantes que atenderam aos termos e condições do edital ou aos termos da carta-convite. As propostas que não atenderem às exigências constantes do edital e aquelas que apresentarem preços excessivos ou manifestamente inexeqüíveis serão desclassificadas.

---

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 343.

Assim, dentre os licitantes classificados, aquele que apresentar a melhor proposta, será proclamado “vencedor” pela Comissão de Licitação, quando do pronunciamento do resultado do certame.

#### **1.4.5 Homologação e adjudicação**

Com o encerramento da fase de julgamento e dos recursos cabíveis, o procedimento será submetido à autoridade competente, hierarquicamente superior à Comissão de Licitação, que verificando ter, o certame, atendido às exigências e atingido o resultado prospectado, tem o dever de promover sua conclusão efetiva.

A homologação do certame corresponde a etapa em que se reconhece formalmente a legalidade, a adequação dos atos praticados e a conveniência de seu resultado, reconhecendo-se que a licitação atingiu sua finalidade.

Segundo Marçal Justen Filho, “a homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação. Possui eficácia constitutiva quanto à proclamação da conveniência da licitação e exaure a competência discricionária sobre esse tema”.<sup>27</sup>

Após a homologação do certame, a adjudicação do objeto da licitação é o ato final do procedimento licitatório e consiste na confirmação do julgamento, em que a autoridade atribui ao vencedor, autor da proposta mais vantajosa, o objeto da licitação. Ressalte-se que o que se adjudica ao vencedor é o objeto da licitação, não o contrato. Ademais, a adjudicação do objeto não garante necessariamente ao vencedor a assinatura do contrato.

---

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 696.

Da adjudicação do objeto da licitação ao vencedor surtem os seguintes efeitos jurídicos<sup>28</sup>: (i) direito do vencedor de contratar com a Administração Pública, se houver contratação; (ii) impedimento da pessoa licitante de contratar o objeto licitado com terceiro; (iii) liberação dos demais proponentes de todos os encargos da licitação; (iv) direito dos demais licitantes de desentranhar os documentos apresentados, desde que sejam mantidas cópias no processo administrativo; (v) proibição de a Administração realizar novo certame enquanto em vigor a adjudicação; (vi) responsabilidade do vencedor de assinar o contrato no prazo assinado pela administração; (vii) vinculação do vencedor aos encargos, termos e condições fixados no instrumento convocatório e estabelecidos na proposta.

## 1.5 Pregão

A esse modelo tradicional, de algum modo seguido, ainda que de forma primária e simplificada, desde o Decreto-Lei 200/1969, o legislador vem procurando agregar formas mais céleres, mais seguras e mais efetivas de garantir lisura e equidade, no processo de aquisição e de gestão da missão hercúlea de “publicizar” a aquisição de bens e a efetivação de gastos. A proclamação da república, diga-se de passagem, não significou o imediato transporte dessa atividade para o primado do princípio republicano. Por inúmeras décadas e até o início das três últimas, a confusão feita pelo Administrador entre a coisa pública e seu patrimônio pessoal era – podemos dizer sem medo de errar – a regra.

Uma vez consolidado esse modelo tornado obrigatório e universal pelo Constituinte de 88, chegou, com o início do século XXI, a necessidade de buscar seu aperfeiçoamento também no tocante à eficácia, à eficiência e à celeridade, valores tão caros à atividade pública quanto à lisura e probidade.

---

<sup>28</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 611.

Assim, como forma de superar as dificuldades práticas das modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/1993, foi instituído, pela Lei Federal 10.520/2002, o pregão como nova modalidade de licitação, visando acelerar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas.<sup>29</sup> Tão efetivas e adequadas foram as mudanças propiciadas pela nova modalidade, que seu emprego veio a ser paulatinamente transformado em regra.

Nesse diapasão, a Lei 10.520/2002 traz regras claras sobre as normas atinentes a essa modalidade de licitação, inclusive no tocante à aplicação subsidiária das normas e princípios gerais insculpidos na Lei 8.666/1993.

O pregão foi inicialmente normatizado em nosso ordenamento jurídico pela Medida Provisória 2.026, de 04 de maio de 2000, que, inicialmente restringiu a utilização da modalidade à esfera da União Federal. Logo isso foi alterado com a conversão em lei e, assim, atualmente, o pregão é uma modalidade de licitação que abrange a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes conceitua o pregão da seguinte forma:

Procedimento administrativo por meio do qual a Administração, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos.<sup>30</sup>

O pregão possui algumas características relevantes: (i) limitação do uso a compras e serviços comuns; (ii) possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante o certame; (iii) inversão das fases de proposta (fase de lances) e

---

<sup>29</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 300.

<sup>30</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 3. ed. Belo Horizonte, 2008, p. 409.



de habilitação; e (iv) redução dos recursos a apenas um, que deve ser apresentado no final da licitação.<sup>31</sup>

O art. 1º da Lei 10.520/2002 dispõe que a licitação na modalidade de pregão poderá ser adotada para a contratação de bens e serviços comuns. Portanto, a modalidade não é de uso obrigatório, trata-se de uma atuação discricionária da Administração na escolha da modalidade nas hipóteses permitidas pela lei. No entanto, é vedada a utilização do pregão para as demais contratações, ou seja, aquelas incomuns. A esse respeito, há precedentes do Tribunal de Contas da União, como o Acórdão nº 1615/2008 – Plenário<sup>32</sup>. Ainda assim, é possível verificar que na prática muitas vezes se elastece o conceito de bem comum ou sucede que o administrador frequentemente conduz o modo de comprar de modo a que o formato da aquisição se adeque à idéia geral de bem ou de “serviço comum”.

Ressalte-se que a própria lei tratou de definir o que são bens e serviços comuns, “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 1º, parágrafo único).

Assim, diferentemente das modalidades previstas no Estatuto, que em regra são adequadas para determinada faixa de preço, no pregão não há qualquer restrição quanto ao valor da futura contratação, como explica José dos Santos Carvalho Filho: “Ressalvada a hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a contratação de bens e serviços comuns pode ser precedida de pregão, independentemente de seu custo”<sup>33</sup>.

No que tange à sistemática do pregão, uma de suas principais características procedimentais reside na explícita inversão das fases de julgamento.

---

<sup>31</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 3. ed. Belo Horizonte, 2008, p. 409.

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 008.256/2008-9. Acórdão 1615/2008 – Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 18 de agosto de 2008. Disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 304.

Assim, diferentemente do procedimento ordinário, no pregão inicialmente serão examinadas as propostas, para, em seguida, realizar-se apenas a habilitação daquele que ofertou a proposta vencedora.

Dessa forma, somente serão avaliados os documentos de habilitação daquele que formular a melhor proposta, o que, sem dúvida, torna as contratações mais ágeis e eficientes, como já destacou Renato Monteiro de Rezende, *in verbis*:

O julgamento das propostas previamente à habilitação, aplicável atualmente apenas à modalidade pregão, tem produzido excelentes resultados para a Administração. Ele redundou em economia de tempo e de recursos, além de desarticular estratégias protelatórias de licitantes mal intencionados, que se valem de todos os recursos para excluir do certame, ainda na fase de habilitação, concorrentes capazes de apresentar propostas mais vantajosas para a Administração, inclusive pela via judicial.<sup>34</sup>

Outra característica essencial do pregão é a unificação da fase recursal, pois enquanto, na licitação convencional, existem pelo menos duas fases recursais, no pregão só há possibilidade de interposição de recurso ao final do certame, logo após a declaração do vencedor, o que também propicia celeridade para a modalidade.

A propósito, outra característica do pregão é a possibilidade de reduzir, no momento pertinente, o valor da proposta durante a sessão. Depois de verificado se as propostas entregues pelas licitantes atendem aos requisitos previstos no instrumento convocatório, tem início a etapa de lances: o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços de até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a declaração do vencedor (art. 4º, VIII, da Lei 10.501/2002).

---

<sup>34</sup> REZENDE, Renato Monteiro de Rezende. In *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à lei 12.462, de 2011*. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf). Acesso em: 27/03/2013.

O inciso IV do mencionado artigo dispõe ainda que se não houver pelo menos três propostas nas condições indicadas acima, será permitido que os autores das melhores propostas, até o máximo de três, ofereçam novos lances verbais e sucessivos, independentemente dos preços oferecidos.

Ademais, além da oferta dos lances durante a sessão, depois de escolhido o vencedor, o pregoeiro poderá ainda negociar diretamente com o licitante vencedor, com a finalidade de obter um preço ainda melhor.<sup>35</sup>

O pregão poderá ser realizado de duas formas: presencial (comum) ou eletrônica. O pregão presencial é aquele processado em um ambiente físico, na presença física dos sujeitos interessados em sessão pública. Por outro lado, o pregão eletrônico, regulado pelo Decreto 5.450/2005, produz-se em um ambiente virtual, com a utilização da Internet, todas as propostas e manifestações de vontade são remetidas eletronicamente.

Por fim, insta destacar que assim como nas modalidades licitatórias previstas no Estatuto geral de licitações, o instrumento convocatório (edital) também deverá ser publicado, no entanto, tendo em vista a celeridade da modalidade, o prazo para a apresentação das propostas será de, no mínimo, oito dias úteis, contados da publicação do aviso (art. 4º, V, da Lei 10.520/2003), portanto, o prazo para publicação na modalidade pregão é superior apenas àquele previsto na modalidade convite (5 dias úteis).

---

<sup>35</sup> Art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002.

## **2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Feitas as devidas considerações sobre o formato procedimental do modelo tradicional de contratações públicas, destacados os principais elementos que o consolidam no cenário público brasileiro, temos, assim retratado o formato que se pretendeu ver implementado a partir desse assim chamado “regime diferenciado”.

A ideia geral desse novo regime, é preciso dizer, não deixa de guardar alguma correlação com a ideia potencial de uma certa deficiência estrutural no planejamento público, na medida em que o primeiro e mais importante alvo desse novo modelo, como veremos adiante, foram os chamados “grandes eventos” e a necessidade de fazer face, com agilidade e efetividade, às aquisições e contratações que atenderão a essa imensa demanda espalhada no tempo, circunstância que se fará presente convivendo com o gestor público, na vida nacional, por pelo menos sete anos, se considerados todos os acontecimentos de grande convergência humana, no referido período: Copa das Confederações, Copa do Mundo e Jogos Olímpicos.

Se tais contratações não poderiam ser feitas pelo regime regular, demandando, isto sim, algo mais ágil e efetivo, tal circunstância não deixa de estar correlacionada ao fato de que o tempo representou, na prática, um problema pelos métodos tradicionais. Mesmo considerando a morosidade do ordenamento tradicional, tiveram-se quatro anos de antecedência para a gestão das aquisições relativas à Copa do Mundo. Desde a definição das Olimpíadas, em 2009, haverá sete anos até a efetividade do evento.

Um processo licitatório extremamente complexo pode durar de seis a oito meses, contando com recursos e intervenções dos concorrentes, razão pela qual, o procedimento tradicional seria teoricamente viável para que as respectivas autoridades promovessem o regular procedimento licitatório ou os procedimentos excepcionais de aquisição, nos eventuais casos de contratação direta regular.

Sendo certo, contudo, que os grandes eventos não foram as únicas razões e os exclusivos fundamentos para a reformulação, e que há, também, como tratado adiante, outras razões relacionadas a uma maior agilidade e maior efetividade do procedimento excepcional ora analisado e, sendo certo, por outro lado, que a prática demonstrou, até o presente momento, que o aperfeiçoamento e agilidade do processo têm sido verificados, o que informa que o ambiente de crítica e defesa do RDC cuja avaliação merece ser aqui desenvolvida.

## **2.1 Aspectos gerais da Lei 12.462/2011**

Em 05 de agosto de 2011, a Medida Provisória nº 527 foi convertida na Lei Federal nº 12.462, que institui um novo regime de licitação e contratação: o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Atualmente, a lei é regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.581/2011.

O novo regime apresenta inovações em relação ao Estatuto Geral das Licitações e propõe a utilização de conceitos já utilizados em outras legislações, como na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e no Decreto nº 2745, que prevê o procedimento licitatório no âmbito da Petrobrás.

A Lei 12.462/2011, no art. 1º, § 2º, prevê claramente que a opção pelo RDC resulta no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/1993, com exceção dos casos em que a aplicação do Estatuto Geral for expressa na Lei do RDC.

O RDC, nos termos do disposto no Art. 1º, § 1º, da Lei 12.462/11, tem por objetivos: (i) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; (ii) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para a Administração Pública; (iii) incentivar a inovação tecnológica; e (iv) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa.

Verifica-se, assim, que o novo regime foi criado especialmente em prol da desburocratização dos procedimentos licitatórios, visando instrumentalizar de maneira mais célere, econômica e eficiente as contratações públicas.

A Lei, como já dito, foi inicialmente criada para atender às demandas das licitações dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, e de obras de infraestrutura e contratação de serviços em aeroportos próximos às cidades que sediarão esses eventos esportivos.

Entretanto, o Governo Federal tem aumentado o alcance do novo regime. Já foram incluídas as licitações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), por meio da Lei 12.688/2012, as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e dos sistemas públicos de ensino, por meio da Lei 12.722/2012.

Portanto, o regime diferenciado se baseia na natureza do objeto, não no valor da licitação, como ocorre na diferenciação de modalidades da Lei 8.666/1993.

Poderão aplicar o RDC nas licitações e contratos os órgãos ou entidades públicas da Administração Direta ou Indireta dos Poderes Executivos de quaisquer dos entes da federação, desde que reste comprovada a pertinência da licitação e da avença com o disposto no art. 1º da Lei do RDC.<sup>36</sup>

A propósito, a adoção do regime diferenciado de contratações é uma opção do administrador, e, quando tiver ocasião, deverá constar de registro expresso do instrumento convocatório, conforme disposto no Art. 1º.

---

<sup>36</sup> ANDRADE, Ricardo Barreto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 60, fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em julho de 2013.

No que tange aos princípios aplicados ao RDC, o art. 3º da Lei 12.462/11 praticamente repetiu o art. 3º da Lei 8.666/1993, incluindo apenas mais dois princípios que não constam expressamente previstos na Lei Geral das Licitações, a saber, o princípio da eficiência e da economicidade.

Segundo o princípio da eficiência, a Administração deve adotar a escolha mais eficiente para a exploração dos recursos econômicos, ou seja, a licitação visa a obtenção da proposta economicamente mais vantajosa para a Administração Pública.<sup>37</sup> O princípio da economicidade conduz à eficiência e exige que o Estado desembolse o menor preço e obtenha o máximo e o melhor, obtendo, assim, o maior retorno econômico.<sup>38</sup>

Portanto, a eficiência no RDC, além de constituir objetivo do novo regime, é princípio que norteia a atuação administrativa, o que parece indicar que a maior preocupação do novo regime é a busca por interesse público qualificado pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos econômicos disponíveis.<sup>39</sup>

## **2.2 Principais inovações trazidas pela Lei 12.462/2011**

Passa-se a analisar as principais inovações trazidas pela Lei 12.462/2011 em detrimento do Estatuto Geral das Licitações (Lei 8.666/1993):

---

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento Nacional Sustentável: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 50, abril de 2011. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em julho de 2013.

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento Nacional Sustentável: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 50, abril de 2011. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em julho de 2013.

<sup>39</sup> ANDRADE, Ricardo Barreto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 60, fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em julho de 2013.

### **2.2.1 Preferência do uso RDC eletrônico**

O art. 13, da Lei do RDC determina que “as licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial”.

A Lei 12.462/2011, como já mencionado, busca trazer celeridade ao procedimento licitatório visando, assim, a maximização da eficiência. A nova legislação prevê como regra que as licitações sejam realizadas pelo meio eletrônico, como o que ocorre atualmente com o pregão. Verifica-se a todo momento o estímulo à informatização dos procedimentos regrados.

A propósito, nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração Pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

### **2.2.2 Sigilo do orçamento estimado**

A Administração Pública tem o dever de atuar com transparência e de forma respeitosa às exigências de publicidade de seus atos e de moralidade administrativa, assim, deve estimar o valor dos contratos que pretende celebrar, sejam eles precedidos ou não de licitações.<sup>40</sup>

O orçamento estimado, também denominado preço estimado, é uma referência, de uma estimativa da Administração Pública do quanto ela planeja desembolsar com o contrato que vier a ser firmado, prestando-se a orientar os licitantes na formulação das propostas.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei 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 12.462/11; Decreto 7.581/11); aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p 36.

<sup>41</sup> NIEBUHR, JOEL DE MENEZES. Orçamento estimado. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 165, p. 1065, nov. 2007, seção Doutrina.



Não é por outra razão que, no procedimento licitatório tradicional previsto na Lei 8.666/1993, a publicação do orçamento estimado, como documento anexo ao edital, é obrigatória, como consta no art. 6º, IX, f, art. 7º, §2º, II e art. 40, §2º, II, todos do Estatuto Geral das Licitações.

Em contrapartida, a Lei 12.462/2011 prevê que nas licitações regidas pelo RDC há a possibilidade de não divulgação do orçamento previamente estimado pela Administração até o encerramento da licitação, como dispõe o art. 6º:

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

Portanto, o orçamento poderá, em algumas hipóteses, ser mantido em sigilo até o encerramento da licitação, ou seja, até o ato de adjudicação do objeto, nos termos do art. 9º, do Decreto 7.581/2011.

Essa é uma das diferenciações mais importantes, na medida em que tal sigilo, a despeito da transparência do modelo tradicional, confere ao certame possibilidade de um concorrente oferecer proposta mais vantajosa (baixa) que a estimativa oficial.

Neste particular, destaca-se que o sigilo do orçamento estimado não impede a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, como dispõe o próprio art. 6º, da Lei do RDC.

A Lei do RDC prevê duas hipóteses em que a apresentação do orçamento estimado com o instrumento convocatório é obrigatória: quando o critério de julgamento adotado for o por “maior desconto” ou por “melhor técnica ou conteúdo artístico” (neste caso, o valor do prêmio ou da remuneração constarão no edital).

Ao que parece, a Lei 12.462/2011 determinou o sigiloso do orçamento estimado da contratação por duas finalidades. A primeira consiste na ampliação da competitividade no certame, visando à redução dos valores a serem contratados. A segunda refere-se a uma minimização dos riscos de os licitantes participarem do certame em conluio.<sup>42</sup>

Ressalta-se que o sigilo não é absoluto, na medida em que os órgãos de controle interno e externo, como os Tribunais de Contas, o Ministério Público e a Controladoria-Geral da União (quando possível), poderão ter acesso irrestrito e permanente a todas as informações relativas à licitação, inclusive ao orçamento previamente estimado.

Por fim, convém destacar que apesar de presente na Lei do RDC a possibilidade de não divulgação do orçamento no instrumento convocatório, a elaboração do orçamento é obrigatória, não podendo ser dispensada pela Administração, na medida em que o orçamento é necessário para a caracterização do objeto a ser licitado e para a definição dos parâmetros do certame.

### **2.2.3 Contratação integrada**

A Lei 8.666/1993, em seu art. 7º, impôs a obrigatoriedade do projeto básico, sob pena de nulidade do procedimento licitatório e conseqüente responsabilização do agente público.

Com efeito, o projeto básico é a definição prévia<sup>43</sup> da obra a ser contratada. Nesse sentido, deve: caracterizar a obra ou serviço de engenharia, com base em estudos técnicos preliminares; assegurar a viabilidade técnica e o

---

<sup>42</sup> O sigilo do orçamento estimado no RDC. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 233, p. 735-737, jul. 2013, seção Orientação Prática.

<sup>43</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 180.

adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e, possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e do prazo de execução.

A elaboração do projeto básico é uma obrigatoriedade da Administração Pública, assim, é dever da Administração produzi-lo, seja por seus próprios meios, seja mediante contratação de serviço.

Portanto, à luz do regime de licitações tradicional, o projeto básico é imprescindível para a realização de qualquer obra pública, pois visa a resguardar a Administração Pública de atrasos em licitações, superfaturamentos, aditamentos contratuais desnecessários, modificações no projeto original, entre outras ocorrências indesejáveis que geram conseqüências e entraves à execução das obras, como já decidiu o Tribunal de Contas da União no Acórdão 2.157/2010 – Plenário.<sup>44</sup>

Ocorre que o art. 9º, caput, da Lei 12.462/2011, dispõe que “nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada”.

Na contratação integrada<sup>45</sup>, o licitante deverá elaborar e desenvolver o projeto básico e executivo, e, ainda, executar as 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.

Isso significa que a Lei 12.462/2011 permite que uma só empresa seja contratada para a elaboração do projeto básico da obra e da sua execução<sup>46</sup>,

---

<sup>44</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 000.291/2010-2. Acórdão 2157/2010 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 1º de setembro de 2010. Disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).

<sup>45</sup> A contratação integrada foi instituída, de forma similar, pelo Decreto 2.745/1998, que aprovou o procedimento licitatório simplificado da Petrobrás.

<sup>46</sup> MORANO, Cintia Barudi. O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei 12.462/2011. *Revista do Direito Público*. Londrina, v. 8, n.1, p. 74.

enquanto que o Estatuto Geral das Licitações determina que o projeto básico deve ser feito por uma empresa e a execução da obra por outra<sup>47</sup>.

Verifica-se que a Lei do RDC exigiu ainda mais do licitante em relação ao que é admitido pelo regime de empreitada integral<sup>48</sup>, no qual o empreendimento é contratado em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação (art. 2º, I, Lei 12.462).

Assim, diferentemente do procedimento comum, nas contratações de obras e serviços de engenharia regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, na hipótese de contratação integrada, o instrumento convocatório deverá conter somente o anteprojeto de engenharia, contemplando todos os itens previstos no art. 9º da Lei do RDC, enquanto que no procedimento tradicional, além do anteprojeto, deverá conter obrigatoriamente o “projeto básico”.

Por fim, insta destacar que nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, em regra, a celebração de termos aditivos aos contratos é vedada, exceto nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito e força maior e por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erro ou omissão por parte do contratado.

---

<sup>47</sup> Art. 9º, da Lei 8.666/1993.

<sup>48</sup> 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 12.462/11; Decreto 7.581/11); aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 76.

#### 2.2.4 Da publicação do instrumento convocatório

A Lei 12.462/2011 – já dito e reiterado – buscou conferir maior celeridade aos processos licitatórios. Nesse aspecto, todos os prazos em que pese sejam contados em dias úteis foram reduzidos, se comparados com os prazos do Estatuto Geral das Licitações, tudo para reduzir o tempo necessário a que se efetivem as contratações.<sup>49</sup>

Para a aquisição de bens, o Art. 15, I, estabelece o prazo de 5 dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto, e o prazo de 10 dias úteis nos demais casos. Para a contratação de serviços e obras, o prazo será de 15 dias úteis, quando a licitação for do tipo menor preço ou maior desconto, e de 30 dias úteis, para os demais tipos licitatórios, nesse caso, apenas o critério de maior retorno econômico.

Ademais, para as licitações que adotem o critério de julgamento pela maior oferta, o prazo será de 10 dias úteis, e para as licitações em que se adotem os critérios de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico, o prazo será de 30 trinta dias úteis.

Ressalta-se que todos os prazos indicados são mínimos e serão contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório até a data da entrega das propostas.

A publicação dos procedimentos licitatórios realizados pelo RDC será feita pela veiculação de extrato do edital na imprensa oficial, sem prejuízo da possibilidade de publicação em jornal diário de grande circulação. A publicidade também será obrigatoriamente realizada por meio da divulgação em sítio eletrônico

---

<sup>49</sup> BARIANI JÚNIOR, Percival José. Da publicidade dos instrumentos convocatórios das licitações pelo RDC, dos modos de disputa e dos critérios de julgamento. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei 12.462/11; Decreto 7.581/11); aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p 97.

oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado da licitação na internet.

Verifica-se, assim, que enquanto na Lei 8.666/1993, a publicação em jornal de grande circulação também é obrigatória, na lei do RDC passa a ser uma faculdade da Administração, o que não ofende o princípio da publicidade.<sup>50</sup>

A Lei prevê ainda que nas licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, está dispensada a publicação na imprensa oficial (art. 15, §2º).

No que se refere à disposição contida no §2º, repetida pelo Decreto 7.581/2011, o princípio da publicidade é mitigado, sem qualquer justa motivação, o que foi inclusive questionado perante o Supremo Tribunal Federal, como será analisado em momento oportuno.

Ora, a publicidade dos atos administrativos é condição de consolidação do exercício do poder democrático, portanto, não se revela uma faculdade do administrador, como fez o legislador ao dispensar a publicação de determinadas licitações na imprensa oficial.

### **2.2.5 Da inversão de fases da licitação**

Nos termos do art. 12, da Lei 12.462/2011, o RDC tem um procedimento específico, com as seguintes fases: (i) preparatória; (ii) publicação do instrumento convocatório; (iii) apresentação de propostas ou lances; (iv) julgamento; (v) habilitação; (vi) recursal; e (vii) encerramento.

---

<sup>50</sup> BARIANI JÚNIOR, Percival José. Da publicidade dos instrumentos convocatórios das licitações pelo RDC, dos modos de disputa e dos critérios de julgamento. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei 12.462/11; Decreto 7.581/11); aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99.

Portanto, no novo regime de contratações públicas há inversão de fases, pois a apresentação de propostas ou lances é anterior à fase de habilitação, a exemplo do que ocorre no procedimento do Pregão, também para manter a agilidade do procedimento licitatório.

Ressalta-se que a lei (art. 12, parágrafo único) admite, mediante ato motivado e previsão expressa no instrumento convocatório, que a fase de habilitação anteceda a fase de julgamento das propostas.

A fase de habilitação tem bastante similaridade com a fase habilitatória da Lei 8.666/1993, e será aplicado ao novo regime, no que couber, o disposto nos arts. 27 e 33 do Estatuto Geral das Licitações.

Há duas inovações significativas na fase de habilitação no RDC. A primeira, prevista no art. 14, IV, consiste na possibilidade de os documentos relativos à regularidade fiscal serem exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante melhor classificado.

A segunda diz respeito à possibilidade de substituição dos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira pelo recolhimento de determinada quantia, como dispõe o art. 48, do Decreto 7.581/2011, *in verbis*:

Art. 48. Quando utilizado o critério de julgamento pela maior oferta de preço, nas licitações destinadas à alienação, a qualquer título, dos bens e direitos da administração pública, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira poderão ser dispensados, se substituídos pela comprovação do recolhimento de quantia como garantia, limitada a cinco por cento do valor mínimo de arrematação.

Parágrafo único. O disposto no **caput** não dispensa os licitantes da apresentação dos demais documentos exigidos para a habilitação.

As demais disposições aplicadas ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, no que tange à fase de habilitação, são, em regra, aquelas previstas na Lei Geral das Licitações.

Veja, assim, o leitor, que as novidades especificadas até aqui voltam-se, todas para o aspecto da celeridade e desburocratização do certame, eliminando diversos fatores de emperramento do processo e trazendo à administração contratante exequibilidade do certame com observância geral de seus princípios e preceitos gerais.

Presentes, essas modificações no vestibulo do certame até a fase da habilitação, veja-se de que forma o processo demanda comportamento diferenciado no tocante ao aspecto da disputa.

#### **2.2.6 Dos modos de disputa**

Na fase de apresentação de propostas ou de lances, a Lei 12.462/2011 apresenta dois modos de disputa, aberto e fechado, com a possibilidade de serem combinados entre si, nos termos do Art. 16.

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

O Decreto 7.581/2011 estabelece que, na forma presencial da licitação de modo de disputa aberto, as propostas iniciais dos licitantes serão entregues e classificadas. Em seguida, individual e sucessivamente os licitantes serão chamados, para apresentar lances verbais a partir do autor da proposta menos vantajosa. O instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances (Art. 18, parágrafo único, do Decreto).

Por outro lado, no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a hora e data designadas para que sejam divulgadas. Nesse caso, a sistemática de julgamento é a mesma da Lei Geral de Licitações.



Os modos de disputa “aberto” e “fechado” poderão ainda ser combinados entre si em uma mesma licitação, como será a seguir analisado.

Se o procedimento licitatório se iniciar pelo modo de disputa fechado, ou seja, com a apresentação das propostas lacradas, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas serão classificados, iniciando-se, a partir daí, a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos.<sup>51</sup>

Iniciando-se o certame pelo modo de disputa aberto, após a fase de lances públicos, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, ofertarão as propostas finais lacradas.<sup>52</sup>

### **2.2.7 Dos critérios de julgamento**

No Regime Diferenciado de Contratações Públicas as propostas também serão julgadas segundo critérios objetivos definidos no instrumento convocatório, como consta no Art. 18, § 2º. Portanto, a nova lei reafirmou o princípio do julgamento objetivo, já previsto na Lei 8.666/1993, impedindo que opere a subjetividade do administrador, na análise das propostas.

As licitações conduzidas segundo o RDC poderão adotar os seguintes critérios de julgamento, nos termos do art. 18: (i) menor preço ou maior desconto; (ii) técnica e preço; (iii) melhor técnica ou conteúdo artístico; (iv) maior oferta de preço; ou (v) maior retorno econômico.

Convém destacar que, assim como no procedimento comum<sup>53</sup>, o edital deverá indicar expressamente o critério de julgamento adotado.

---

<sup>51</sup> Art. 24, inciso I, Decreto 7.581/2011.

<sup>52</sup> Art. 24, inciso II, Decreto 7.581/2011.

<sup>53</sup> Art. 40, inciso VII, da Lei 8.666/1993.

Assim como na Lei Geral das Licitações, no RDC o julgamento pelo critério *menor preço ou maior desconto* é regra **geral**. Nesses casos o critério é baseado no menor dispêndio para a Administração Pública, observados os parâmetros mínimos de qualidade estabelecidos no edital.<sup>54</sup>

Outra inovação importante da Lei do RDC é a inclusão do tipo “maior desconto”, que terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, ou seja, a proposta vencedora será a que apresentar o maior desconto em relação ao preço global. Ressalte-se que o desconto oferecido pelo vencedor deverá prevalecer durante toda a contratação, sendo estendido inclusive aos eventuais termos aditivos (Art. 19, §2º).

O tipo “*melhor combinação de técnica e preço*” será utilizado nos casos em que o aspecto técnico for mais relevante que o preço pago pela Administração.<sup>55</sup>

Apesar de o Art. 20, §1º, da Lei do RDC estabelecer hipóteses de cabimento do critério de melhor combinação de técnica e preço bastante semelhantes às previstas na Lei 8.666/1993 (art. 46, caput e § 3º), amplia a possibilidade de utilização do critério, pois admite o seu uso para todos os serviços de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica, ou para todos os objetos que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado.

Há ainda o tipo “*melhor técnica ou conteúdo artístico*”, utilizado quando a necessidade da Administração somente for atendida com a contratação de um objeto que, dentro dos limites econômico-financeiros fixados, possa ser satisfeito não apenas com padrões mínimos de qualidade, mas mediante a utilização da melhor técnica possível.

---

<sup>54</sup> Como já foi explicado no subitem 1.4.4, relativo ao julgamento das propostas na Lei 8.666/1993.

<sup>55</sup> Vide subitem 1.4.4, sobre o tipo técnica e preço.

A Lei 12.462/2011 inseriu a expressão “conteúdo artístico”, especificando as hipóteses de cabimento do critério de julgamento. Ademais, a lei também inova no procedimento adotado no julgamento deste tipo de licitação, na medida em que os licitantes somente apresentam propostas técnicas ou artísticas e a remuneração ou o prêmio será previamente definido no edital.<sup>56</sup>

O critério “*maior oferta*” foi mantido pela lei do RDC, sem, no entanto, fazer referência ao “maior lance” e vinculação aos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, como consta na Lei Geral das Licitações.<sup>57</sup>

Por outro lado, a nova legislação vincula a utilização da maior oferta de preço a qualquer contrato que resulte em receita para a Administração Pública, inclusive, os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Quando o critério de julgamento adotado for o de maior oferta de preço, nos termos do § 1º, do Art. 22, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira poderão ser dispensados, como dispuser o regulamento. No entanto, a Administração poderá exigir que o licitante preste uma garantia, limitada a 5% do valor ofertado.

Por fim, a maior inovação da Lei do RDC quanto aos critérios de julgamento da proposta, foi a inclusão do critério pelo *maior retorno econômico*, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, que tem como objeto a prestação de serviços, com a finalidade de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

---

<sup>56</sup> No procedimento previsto na Lei Geral de Licitações, os licitantes apresentam as propostas técnicas e de preço. O vencedor será aquele que apresentar a melhor proposta técnica e concordar em reduzir seu preço ao valor da proposta de menor preço apresentada dentre os licitantes classificados.

<sup>57</sup> NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no regime diferenciado de contratações públicas. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.o 58, dezembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em julho de 2013.

Verifica-se, assim, que o novo critério envolve risco, pois a remuneração do particular será proporcional ao ganho propiciado pela Administração<sup>58</sup>. Sem contar com a possibilidade de que as metas previstas no contrato, fixadas com base na proposta vencedora, não serem cumpridas, hipótese na qual o particular poderá sofrer as sanções previstas no § 3º, do Art. 23.

Ultrapassada a fase de julgamento do certame, a Administração Pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro classificado, o que poderá ocorrer com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação, se a proposta do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado.

### **2.2.8 Fase única de recurso**

Como já é de conhecimento, no procedimento licitatório tradicional, a interposição de recursos pode ocorrer a cada decisão administrativa, seja na fase de habilitação, seja na fase de classificação.<sup>59</sup>

Por outro lado, no Regime Diferenciado de Contratações Públicas a inversão das fases de habilitação e julgamento proporciona, assim como no pregão, a existência de **uma única fase recursal**, ou seja, nos termos do Art. 27, nas contratações regidas pela Lei 12.462, só há possibilidade de interposição de recurso, após a habilitação do vencedor.

Mais uma vez, a ideia do legislador ao diminuir as fases recursais, foi a de aumentar a rapidez do procedimento licitatório, sem, contudo, causar prejuízos para o licitante na unificação das fases recursais, pois resta preservado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

---

<sup>58</sup> NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no regime diferenciado de

Convém destacar que na hipótese de as fases do procedimento respeitarem a ordem convencional da lei 8.666/1993, ou seja, na precedência da fase de habilitação à fase de classificação, os licitantes poderão apresentar recursos após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas (art. 58, Decreto 7.581).

Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior que poderá, semelhantemente ao que ocorre no procedimento licitatório tradicional: (i) determinar o retorno dos autos para saneamento de eventuais irregularidades capaz de serem supridas; (ii) anular o procedimento licitatório no todo ou em parte, em razão de vício insanável; (iii) revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou (iv) adjudicar o objeto e homologar a licitação.

### **3 CRÍTICA À ADOÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO**

Como analisado no capítulo anterior, a Lei 12.462/2011 trouxe várias inovações ao prever o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, algumas, inclusive vedadas pela Lei 8.666/93, Estatuto Geral das Licitações Públicas, com a precípua finalidade de desburocratizar as contratações públicas, tornando-as mais ágeis e eficientes.

No entanto, apesar de a primeira vista o novo procedimento inspirar um modelo positivo, ainda há dúvidas sobre ser, realmente, eficiente ou sobre se se trata apenas de um procedimento que visa a escapar das amarras do procedimento ordinário, seja em razão da falta de planejamento da Administração, tipo de falha que de fato existe e é frequentemente apontada pelos órgãos de controle, ou de má-fé do administrador, em casos específicos.

#### **3.1 As alegações de inconstitucionalidade**

A Lei 12.462/2011 trouxe algumas inovações para o ordenamento jurídico que geraram polêmicas, não por outra razão que, logo após a publicação da lei, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal duas ações diretas de inconstitucionalidade, de relatoria do Ministro Luiz Fux. A primeira, ADI 4645, de autoria dos partidos políticos PSDB, DEM e PPS, e, a segunda, ADIN 4655, foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República. Ambas alegam haver vícios formais e materiais no corpo da Lei 12.462/2011.

Conforme já mencionado, a Lei 12.462/2011 é fruto da conversão da medida provisória nº 527, que tinha como objeto basicamente a modificação da estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios e a reestruturação do sistema nacional de aviação. O regime diferenciado de contratações públicas não foi objeto original de matéria da citada

medida provisória, tendo sido incluído ao texto somente após o prazo para apresentação de emendas pelos parlamentares.

Nesse ponto, reside a inconstitucionalidade formal apontada nas ações de inconstitucionalidade, em que os autores sustentam que a inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória importa na violação ao devido processo legislativo e ao princípio da separação dos Poderes, haja vista que as medidas provisórias são de iniciativa exclusiva do presidente da República.

Assim como afirmou o Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, *in verbis*:

Portanto, como a Lei 12.462/11, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela presidente da República, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida.<sup>60</sup>

Por outro lado, as ações diretas de inconstitucionalidade questionam ainda vícios materiais da Lei 12.462/2011, que serão a seguir analisados.

As ações ajuizadas objetivam a declaração de inconstitucionalidade integral da Lei 12.462/2011, em especial, a dos artigos relativos ao sigilo do orçamento estimado, à contratação integrada, à remuneração variável e à publicação do instrumento convocatório.

No tocante ao sigilo do orçamento estimado<sup>61</sup>, a Lei 12.462/2011, no art. 6º, determina que o orçamento previamente estipulado para a contratação somente será tornado público imediatamente após o encerramento da licitação. Antes disso, somente os órgãos de controle interno e externo terão acesso ao orçamento estimado da contratação. A inconstitucionalidade é fundamentada

---

<sup>60</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188758&caixaBusca=N>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

<sup>61</sup> Vide item 2.2.2, relativo ao sigilo do orçamento estimado.

essencialmente na violação do princípio da publicidade (Art. 37, da Constituição Federal).

No entanto, também há quem defenda a constitucionalidade do artigo que dispõe sobre o sigilo do orçamento estimado, como defendido por Mauricio Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto Júnior:

(...) não há de se falar em ferimento ao princípio da publicidade, pois o sigilo é apenas temporário e assim se faz para atender a outro princípio, igualmente constitucional, qual seja, o da eficiência, pois a regra tende a gerar contratações mais vantajosas para a Administração, desde que, evidentemente, o sigilo seja efetivamente mantido.<sup>62</sup>

Ademais, insta destacar que a própria Constituição Federal, no art. 5º, XXXIII, apresenta restrições à publicidade dos atos administrativos, quando o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, o que também serve fundamento a favor da constitucionalidade do mencionado dispositivo.

Assim, o sigilo do orçamento seria viável em contratações de altíssimo vulto, como no caso das contratações realizadas para os eventos esportivos, com a finalidade de se evitar que a publicação do orçamento estimado sirva de parâmetro de oferta de preço dos próprios licitantes, o que aumentaria ainda mais o valor das contratações, podendo comprometer o princípio constitucional da eficiência, que é o maior fim da Lei 12.462/2011.<sup>63</sup>

Outra questão discutida diz respeito à possibilidade de contratação integrada<sup>64</sup>. Para aqueles que sustentam a inconstitucionalidade da lei, a adoção preferencial da contratação integrada (e da empreitada integral) prevista no Art. 8º, § 1º, ferem a finalidade competitiva essencial de qualquer licitação, na medida em que

---

<sup>62</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

<sup>63</sup> MORANO, Cintia Barudi. O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei 12.462/2011. *Revista do Direito Público*. Londrina, v. 8, n.1, p. 71.



a elaboração do projeto e a execução das obras ficam concentradas em um único contratante.<sup>65</sup>

Mais um ponto de questionamento deste regime diferenciado introduzido pela legislação diz respeito à publicidade do edital.

Conforme já mencionado no capítulo relativo às inovações trazidas pela Lei 12.462/2011<sup>66</sup>, poderá haver dispensa da publicação do instrumento convocatório em diário oficial, mantendo-se apenas a publicação em sítio eletrônico, quando a contratação for de valor inferior a R\$ 150.000,00 para obras e a R\$ 80.000,00 para bens e serviços.

Nesse sentido, a inconstitucionalidade do Art. 15, § 2º é fundamentada no fato de que a imprensa oficial é o meio mais usual e tradicional de divulgação dos atos administrativos. Além disso, o Brasil é um país que ainda possui regiões que não possuem recursos tecnológicos, o que impossibilitaria a dispensa da publicação no diário oficial.

Por outro lado, aqueles que defendem a constitucionalidade<sup>67</sup> do dispositivo afirmam que os valores referidos no § 2º correspondem aos valores previstos no Estatuto Geral das Licitações para a modalidade convite, em que também não há divulgação do instrumento convocatório na imprensa oficial, mas apenas afixação de cópia do instrumento em local adequado. Assim, a dispensa de publicidade em imprensa oficial antes mesmo de ser prevista pela Lei do RDC, teve previsão na Lei 8.666/1993.

Apesar de todas as inconstitucionalidades alegadas da Lei 12.2462/11, convém destacar que as ações diretas de inconstitucionalidade ainda

---

<sup>64</sup> A contratação integrada foi detalhadamente exposta no Capítulo 2, item 2.2.3.

<sup>65</sup> MORANO, Cintia Barudi. O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei 12.462/2011. *Revista do Direito Público*. Londrina, v. 8, n.1, p. 69.

<sup>66</sup> Vide item 2.2.4 do Capítulo 2.

aguardam julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, mas enquanto isso, a legislação está vigente e produzindo todos os seus efeitos legais.

Dada a natureza das aquisições, pode-se, desde já, antecipar que o STF, ao julgar as referidas ações, ainda que decida pela inconstitucionalidade, provavelmente aplicará os efeitos modulantes, já que os estádios, serviços, materiais e equipamentos não permitem, na prática, um desfazimento das contratações firmadas nesses moldes.

### **3.2 A falta de planejamento da Administração Pública**

A Administração Pública tem buscado cada vez mais investir em procedimentos licitatórios mais céleres, como o que ocorreu com a criação da modalidade pregão (Lei 10.520/2002), a adoção da ata de registro de preços (Decreto 7.892/2013) e a própria instituição do regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011).

No entanto, por mais que se reconheçam os avanços advindos dos novos procedimentos, é preciso também reconhecer que a “facilitação” nas contratações públicas muitas vezes ocorre por falta de planejamento e controle da Administração Pública.

Não é possível se falar em Administração Pública, sem falar em planejamento, organização, coordenação e controle, haja vista que “administrar é planejar, organizar, dirigir, controlar e coordenar recursos e pessoas na busca de objetivos organizacionais e sociais”<sup>68</sup>, premissas essas intrínsecas às atividades e

---

<sup>67</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei no 12.462/2011, Decreto no 7.581/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 385 p. 197.

<sup>68</sup> ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de. *Teoria geral da administração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 3.

funções do gestor público, que desempenha papel fundamental na busca de tais objetivos.

Nesse contexto, tendo em vista que a Administração está vinculada ao princípio da legalidade, nos termos do Art. 37 da Constituição Federal, o planejamento, a coordenação e o controle não são simples deveres, mas princípios, expressamente previstos no Art. 6º do Decreto-Lei 200/1967<sup>69</sup>, que devem pautar a atuação administrativa.

O planejamento é a primeira função administrativa e consiste na elaboração e no estabelecimento de um conjunto de providências, assim como define o professor Idalberto Chiavenato:

O planejamento é a função administrativa que determina antecipadamente quais são os objetivos a serem atingidos e como se deve fazer para alcançá-los. Trata-se, pois, de um modelo teórico para a ação futura. Começa com a determinação dos objetivos e detalha os planos necessários para atingi-los da melhor maneira possível. Planejar é definir os objetivos e escolher antecipadamente o melhor curso de ação para alcançá-los. O planejamento define onde se pretende chegar, o que deve ser feito, quando, como e em que sequência.<sup>70</sup>

Verifica-se assim que para que a licitação atinja o seu principal objetivo, qual seja, a seleção da proposta mais vantajosa, observado o princípio da isonomia e outros princípios que norteiam as licitações públicas, é preciso que haja planejamento. Para que a Administração Pública tenha sucesso nas contratações e gastos que realiza será sempre necessário prever, orientar e controlar as suas necessidades.

Nesse contexto, convém destacar que, como já mencionado, a Lei do RDC foi editada com a precípua finalidade de tornar as contratações públicas

---

<sup>69</sup> Art. 6º, Decreto-Lei 200/1967: As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento; II – Coordenação; III – Descentralização; IV – Delegação de Competência; V – Controle.

<sup>70</sup> CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 167.

mais eficientes e ágeis, principalmente aquelas relativas aos grandes eventos esportivos a serem realizadas no Brasil, como a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos.

Assim, surge o seguinte questionamento: se a Lei do RDC foi editada justificando-se notadamente o aspecto cronológico da execução de contratações vultosas, a nova legislação decorreria da falta de planejamento da atuação estatal?

Em uma primeira análise, não se pode afastar do fato de que a gênese da Lei 12.462/2011 localiza-se, em seu nascedouro, na falta de planejamento da Administração ou até mesmo, em alguns casos tradicionais, da desídia administrativa, na medida em que se houvesse um melhor planejamento não haveria necessidade da edição de uma lei para contratações em casos específicos. A própria Lei 8.666/1993 poderia ser aplicada.

No entanto, aprofundando o exame fático de sua aplicação no tempo, verifica-se que a Lei 12.462/2011 não foi editada apenas em razão dos aspectos “efetividade” e “tempestividade” (agilidade nas contratações) e da falta de planejamento estatal, haja vista que também se admite a adoção da nova legislação para eventos eletivos conforme a natureza (e não conforme a urgência) tal é o caso dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos que serão sediados pelo Brasil apenas em 2016 (5 anos após a edição da Lei 12.462/2011), ou seja, a Lei do RDC também será adotada em contratações nas quais haverá tempo para planejar e executar as licitações e contratos pela legislação geral (Lei 8.666/1993). Como dito, o que pesa em tais casos é a própria natureza e importância do evento geral.

Ademais, convém destacar que a Lei 12.462/2011 apesar ter sido editada inicialmente apenas para atender as demandas das licitações dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, posteriormente teve seu alcance aumentado para as licitações do PAC e das obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS e dos

sistemas públicos de ensino, o que torna seu uso coerente com o entendimento de que não fora editada apenas em razão da falta de planejamento da Administração Pública, mas de fato para que as contratações públicas fossem mais eficientes e as expectativas internacionais se vissem atendidas.

### **3.3 A Lei 12.462/2011 em face da Lei 8.666/1993**

O Estatuto Geral das Licitações Públicas (Lei 8.666/1993) foi editado há 20 anos e apresenta de forma explícita e amarrada o procedimento licitatório. No entanto, a legislação foi historicamente bastante questionada sob o argumento de que a sua burocracia excessiva não permite celeridade às licitações públicas.

Assim, para fugir da burocracia e da ineficiência trazida pelo procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/1993, muitos diplomas legais foram e ainda estão sendo editados, como a Lei do Pregão, a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), a Lei das Concessões (Lei 8.987/1995 alterada pela Lei 11.196/2005) e a própria Lei do RDC.

Entre as principais críticas feitas atualmente ao Estatuto Geral das Licitações, destacam-se as seguintes: a necessidade de analisar a documentação habilitatória de todos os licitantes, a previsão de várias fases recursais e a definição de valores monetários completamente defasados.

Apesar de todas as críticas à Lei 8.666/1993, convém destacar que a Lei foi editada em um momento em que a realidade vivenciada pelo Brasil era outra, assim, de fato, o procedimento licitatório ordinário, regulado pela lei, não reflete a tramitação mais célere. No entanto, como já bem se manifestou Gabriela Verona Pércio, a morosidade nas licitações públicas não decorre exclusivamente do Estatuto Geral, *in verbis*:

Muito embora existam pontos que possam e devam ser melhorados, pela obsolescência do trato legislativo de algumas questões ou por imperfeições que, com o tempo, puderam ser percebidas, a Lei nº 8.666/1993 não é, por si, causa de entraves nas contratações. Pode não refletir a tramitação mais célere, mas, certamente, é um modelo cuidadoso e compatível com as características que a Administração Pública brasileira apresenta ainda hoje. Infelizmente, a sua aplicação por servidores públicos despreparados e inseguros e por autoridades que não conhecem a lei e não reciclam seu conhecimento tornaram-na uma ferramenta ineficiente. Isso, aliado à corrupção de bastidores, cria um ambiente propício para fraudes e outras ilegalidades.<sup>71</sup>

Resta claro, portanto, que, como não cabe julgar a Lei 8.666/1993 por todos os percalços que acometem as licitações e contratações públicas, a criação de mecanismos, como a Lei do Pregão e a própria Lei do RDC podem não constituir a solução para o sucesso das contratações públicas.

Assim, melhor que a edição de leis esparsas para atender situações específicas, seria culminar esforços para o aperfeiçoamento, preservando sua essencialidade, da Lei 8.666/1993, que é a legislação geral aplicada às licitações e contratações públicas.

Nesse sentido, convém ressaltar que existem vários projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, há já alguns anos, para o aprimoramento do Estatuto Geral das Licitações, como o Projeto de Lei 1292/1995, que visa tornar o processo de contratações públicas mais rápido, transparente e menos sujeito a fraudes e irregularidades. No entanto, o que se verifica é que existe um forte *lobby* em torno da questão, que impede o andamento dos projetos de lei.

---

<sup>71</sup> PÉRCIO, Gabriela Verona. Lei nº 8.666/93 – O que mudar? Por que mudar? *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 233, p. 686-692, julho 2013.

### 3.4 Os resultados obtidos pela Lei do RDC

O procedimento licitatório do Regime Diferenciado de Contratações Públicas ainda é bem recente, mas, levando-se em consideração que a Lei 12.462/2011 foi editada especialmente para as contratações relativas aos jogos desportivos que já têm data marcada para abertura, algumas licitações já foram realizadas pelo novo procedimento.

Analisa-se, assim, as primeiras experiências dos entes públicos, no âmbito do governo federal, que adotaram o procedimento licitatório previsto na Lei 12.462/2011, bem como os efetivos resultados que o novo procedimento já trouxe, segundo dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG.

A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) foi pioneira na utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, para contratações de obras, projetos, supervisão e fiscalização, nos termos do art. 1º, III, da Lei 12.462/2011. Nesse contexto, já foram realizadas pela Infraero 41 (quarenta e uma) licitações pelo RDC, das quais 31 (trinta e uma) foram homologadas<sup>72</sup>. Esses são valores significativos que pesam não em favor das críticas, mas da defesa desse novel modelo legal de contratação.

Com efeito, o MPOG verificou que o novo processo se apresenta mais ágil e menos burocrático. No caso da Infraero, por exemplo, o procedimento licitatório que levava, pela modalidade concorrência pública, o prazo médio de 120 (cento e vinte) dias para sua conclusão, tem levado em média, pelo RDC, 69 (sessenta e nove) dias para ser finalizado<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Regime Diferenciado de Contratação*: Lei 12.462/2011 e Decreto n. 7.5811/2011. Disponível em: <http://gestaopublica.planejamento.gov.br/jornada/inscricao/sites/default/files/apresentacoes/OF%20Sa%20la01-SEPAC%20MP%20-z20Apresentação%20Regime%20Diferenciado%20de%20Contratacoes.ppt>. Acesso em 04.08.2013.

<sup>73</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Regime Diferenciado de Contratação*: Lei 12.462/2011 e Decreto n. 7.5811/2011. Disponível em:

Ademais, além da celeridade e da agilidade dos procedimentos licitatórios regidos pela Lei 12.462/2011, foi constatado que o novo regime trouxe ainda redução de gastos públicos, tendo ocorrido, em média, um desconto de 12% (doze por cento) em relação ao valor que a Infraero pretendia contratar.<sup>74</sup>

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) foi mais além e já realizou 81 (oitenta e uma) licitações pelo procedimento previsto na Lei 12.462/2011, tendo sido averiguado pelo MPOG uma redução de em média 206 dias entre uma licitação realizada pela modalidade concorrência pública (aproximadamente 285 dias), regida pela Lei 8.666/1993, e a licitação regulada pelo RDC (aproximadamente 79 dias).<sup>75</sup>

De igual forma, também foi verificado um desconto de em média 12% nos gastos públicos pela adoção do novo regime pelo DNIT.<sup>76</sup>

Além da Infraero e do DNIT, já foram realizadas contratações públicas pela Lei 12.462/2011 em outros órgãos públicos do governo federal, como no Ministério da Integração, no Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e na Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A, nas quais também se constatou a maior celeridade dos certames e a redução de gastos.

Concluí-se, assim, que apesar de sofrer críticas severas e de ter sua sobrevivência ameaçada, na prática, o novo procedimento também possui aspectos positivos, pois, em apenas dois anos, a Lei 12.462/2011 já tem sido bastante utilizada, especialmente pelo Governo Federal, e tem apresentado redução

---

<http://gestaopublica.planejamento.gov.br/jornada/inscricao/sites/default/files/apresentacoes/OF%20Sa%20la01-SEPAC%20MP%20-z20Apresentação%20Regime%20Diferenciado%20de%20Contratacoes.ppt>. Acesso em 04.08.2013.

<sup>74</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Oficina RDC*. Disponível em: [www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/7da20669](http://www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/7da20669). Acesso em 04.08.2013.

<sup>75</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Regime Diferenciado de Contratação*: Lei 12.462/2011 e Decreto n. 7.5811/2011. Disponível em: <http://gestaopublica.planejamento.gov.br/jornada/inscricao/sites/default/files/apresentacoes/OF%20Sa%20la01-SEPAC%20MP%20-z20Apresentação%20Regime%20Diferenciado%20de%20Contratacoes.ppt>. Acesso em 04.08.2013.

<sup>76</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Oficina RDC*. Disponível em: [www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/7da20669](http://www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/7da20669). Acesso em 04.08.2013.



numérica expressiva, no que tange à duração do procedimento licitatório e à redução de gastos públicos, que constituem os principais objetivos da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

## CONCLUSÕES

Como ficou amplamente demonstrado, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, inserido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei 12.462/2011, foi criado com a precípua finalidade de tornar as contratações públicas mais ágeis e eficientes, notadamente aquelas relativas aos Jogos Olímpicos e à Copa do Mundo. Esse novo regime, que se encontra em vigência há apenas dois anos, tem sido objeto de severas críticas.

Além das discussões acerca da inconstitucionalidade da lei, que ainda não foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, existem discussões em torno da falta de planejamento do Poder Público nas contratações como causa da criação da legislação específica, e, ainda, debates sobre os efetivos resultados práticos da nova legislação.

Os elementos aqui alinhavados permitem verificar que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas inseriu inovações que, de fato, contribuem para maior eficiência e redução de gastos públicos, como o que aconteceu com as licitações pioneiras realizadas pelo Governo Federal até o presente momento.

A inversão das fases de habilitação e julgamento, já prevista na Lei do Pregão (Lei 10.520/2002), que resulta na possibilidade de uma única fase recursal, e a simplificação da sistemática de publicações, por exemplo, são características que certamente tornam os procedimentos licitatórios mais céleres.

Além da eficiência e agilidade nas licitações, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas inova na reflexão para um aperfeiçoamento dos procedimentos tradicionais licitatórios, especificamente a Lei 8.666/1993, que com freqüência é alvo de críticas.

O que se verifica, na realidade, é: em face da opção de se editar uma lei para tornar as contratações mais ágeis em casos específicos, como os

previstos na Lei 12.462/2011, melhor seria o aprimoramento da Lei 8.666/1993, utilizada pela Administração Pública para as contratações públicas em geral, inclusive, com a inclusão de aspectos constantes na Lei 12.462/2011. Por outro lado, incluir na pauta quotidiana da Administração Pública uma cultura do planejamento teria o duplo condão de acelerar processos de contratação e de aperfeiçoar os processos de trabalho – inclusive com maior celeridade de procedimentos.

Por fim, convém ressaltar que a necessidade de revisão e alteração da sistemática seguida pela Lei 8.666/1993, já em vigência há 20 anos, é consequência natural do tempo, cujo decurso faz de qualquer lei um instrumento arcaico e da conduta decorrente de seus comandos exemplos de morosidade e inflexibilidade, podendo até mesmo implicar o engessamento da Administração Pública. Assim, até mesmo para não violar princípios como o da eficiência, da celeridade e da economicidade, o Estatuto Geral das Licitações deverá ser aprimorado, para incorporação dos novos elementos, com sua extensão a todos os tipos de contratação, além da adoção de estruturado modelo de planejamento de aquisições de bens e serviços.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barreto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 60, fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 06 jul. 2013.

ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de. *Teoria geral da administração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BARIANI JÚNIOR, Percival José. Da publicidade dos instrumentos convocatórios das licitações pelo RDC, dos modos de disputa e dos critérios de julgamento. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC* (Lei 12.462/11; Decreto 7.581/11); aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 008.256/2008-9. Acórdão 1615/2008 – Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 18 de agosto de 2008. Disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 006.493/2000-9. Acórdão 715/2004 – Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 18 de junho de 2004. Disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 000.291/2010-2. Acórdão 2157/2010 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Diário Oficial da União, Brasília – DF, 1º de setembro de 2010. Disponível no site [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).

CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei 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 12.462/11; Decreto 7.581/11); aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito Administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2004.

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 12.462/11; Decreto 7.581/11); aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 3. ed. Belo Horizonte, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento nacional sustentável: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 50, abril 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=50&artigo=528>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Oficina RDC*. Disponível em: <[www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/7da20669](http://www.pac.gov.br/sobre-o-pac/apresentacoes/v/7da20669)>. Acesso em: 04 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. *Regime Diferenciado de Contratação: Lei 12.462/2011 e Decreto n. 7.581/2011*. Disponível em: <<http://gestaopublica.planejamento.gov.br/jornada/inscricao/sites/default/files/apresentacoes/OF%20Sala01-SEPAC%20MP%20-z20Apresentação%20Regime%20Diferenciado%20de%20Contratacoes.ppt>>. Acesso em: 04 ago. 2013..

MORANO, Cintia Barudi. O Regime Diferenciado de Contratação e a Lei 12.462/2011. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 8, n.1, p. 74.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. *RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei no 12.462/2011, Decreto no 7.581/2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NESTER, Alexandre Wagner. Os critérios de julgamento previstos no regime diferenciado de contratações públicas. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.o 58, dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 05 jul. de 2013.

NIEBUHR, JOEL DE MENEZES. Orçamento estimado. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 165, p. 1065, nov. 2007, seção Doutrina.

PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PÉRCIO, Gabriela Verona. Lei nº 8.666/93 – O que mudar? Por que mudar? *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 233, p. 686-692, julho 2013.

O sigilo do orçamento estimado no RDC. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 233, p. 735-737, jul. 2013, seção Orientação Prática.

REZENDE, Renato Monteiro de Rezende. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à lei 12.462, de 2011*. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2013.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188758&caixaBusca=N>>. Acesso em: 29 jul. 2013.