Número 27 – agosto/setembro/outubro - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) E A ADMINISTRAÇÃO DE RESULTADOS

Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-RJ, Pós-graduado em Direito do Estado pela UERJ, Procurador do Município do Rio de Janeiro, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e dos cursos de Pós-Graduação da FGV/RJ e UCAM, membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Consultor jurídico.
www.professorrafaeloliveira.com.br.

Rafael Véras de Freitas
Especialista em Direito do Estado e da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV – Rio. Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial da Universidade Candido Mendes – UCAM. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Sócio do escritório Juruena & Associados – Advogados.

1) Introdução

A instituição do regime de contratações públicas pautado no excesso de formalismos procedimentais não trouxe o benefício esperado, quando da substituição do Decreto-Lei nº 2.300/86 pela Lei nº 8.666/93, que era, à época, diminuir a corrupção no bojo dos procedimentos licitatórios, por meio da redução da discricionariedade do Administrador e da ampliação dos mecanismos de controle.

Muito ao contrário. A instituição do procedimento licitatório burocrático trouxe uma série de consequências indesejáveis para as contratações da Administração Pública, dentre as quais, destacam-se as seguintes: (i) O Estado acaba *pagando preços superiores ao de mercado*, tendo em vista que os licitantes embutem o custo de participar dessa procedimentalização – permeada por exigências, cada vez mais, complexas e detalhistas, sendo,

muitas vezes, restritivas da competitividade –, o que gerou um incremento nos *custos de transação* nas contratações com o poder público; (ii) a *morosidade* tem sido a tônica desses procedimentos, na medida em que são intermináveis as contendas entre os licitantes – tanto em sede administrativa, como no âmbito do Poder Judiciário –, principalmente nas fases de habilitação e de julgamento; (iii) toda essa lógica do *processo pelo processo*, considerando o procedimento licitatório como um fim em si mesmo, contribuiu para a *onerosidade* de todo o procedimento, acarretando *contratações antieconômicas* para o Estado.

Não era isso que se esperava de um procedimento de contratação administrativa que, anos mais tarde, iria orientar a implementação da Reforma do Estado, especialmente a partir da EC nº 19/98, pautada nos ganhos de eficiência por meio da melhoria da qualidade dos resultados no relacionamento entre os setores públicos e privados, como ferramenta de abertura da economia e do mercado à competição. Em consequência, evidencia-se a necessidade de sua alteração.

Entretanto, não se desconsidera que existe um "custo político" em alterar, diretamente, a Lei nº 8.666/93. A modificação do Estatuto de Licitações e Contratos, instrumento de contratação tão caro às Administrações Públicas do país afora, geraria um tormentoso trâmite legislativo no Congresso Nacional.

Tanto é verdade que, desde o projeto enviado pelo Ministério do Planejamento, nos idos de 1993 (PL nº 146/03), até o projeto de lei enviado, recentemente, pelo Governo Federal (PLC nº 32/07), no contexto do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, não tivemos avanços na reformulação completa da Lei Geral de Licitações e Contratos.

Por tal razão, optou-se por alterar o regime de contratações administrativas de forma setorial, sem modificar, diretamente, a Lei nº 8.666/93. Assim ocorreu com a criação da modalidade pregão (Lei nº 10.520/02), com a instituição do Sistema de Registro de Preços (Decreto nº 3.931/01), com as normas relativas às licitações sustentáveis (Instrução Normativa nº 01/10, expedida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), com o novo regramento para licitações de publicidade (Lei nº 12.232/10), dentre tantos outros exemplos.

É, pois, nesse contexto, que se inserem as alterações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, introduzidas pela Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011.

Afinal, o que poderia motivar mais a instituição de um novo regime de contratações públicas – orientado por parâmetros de *eficiência*, *agilidade* e *economicidade* – do que a necessidade de viabilizar a execução das obras de infraestrutura para realização dos eventos desportivos que serão realizados no país (a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016)?

O objetivo, portanto, do presente estudo é destacar as principais inovações desse regime diferenciado de contratações administrativas, de modo a contribuir para o aprimoramento do referido regime, bem como para que as inovações positivas, que, por ora, são transitórias e emergenciais, possam se tornar, ao final desses eventos desportivos, definitivas.

2) A Discussão quanto à constitucionalidade da Lei nº 12.462/11

O denominado Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) foi instituído pela MP nº 527/11, convertida na Lei nº 12.462/11, com o principal objetivo de alterar as regras tradicionais de licitação, notadamente para as contrações relativas aos eventos esportivos (Copa de Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016).

As regras aplicáveis ao RDC incorporam inovações previstas em legislações especiais (ex: normas do pregão e da Petrobras) de forma a desburocratizar o processo de contratação pública e reduzir os custos de sua realização.[1]

Entretanto, a constitucionalidade da Lei nº 12.462/11, que estabelece normas sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), tem sido questionada no âmbito acadêmico, bem como no âmbito do Supremo Tribunal Federal.[2]

Em resumo, os vícios de inconstitucionalidade do referido diploma legal podem ser divididos em duas categorias: vícios formais e vícios materiais.

Os vícios formais, em síntese, seriam os seguintes: a) ausência de relevância e urgência (art. 62 da CRFB) para edição da MP nº 527/11, convertida posteriormente na Lei nº 12.462/11; e b) abuso do poder de emenda parlamentar, tendo em vista que a redação original da MP nº 527/11 não tratava do RDC e o tema foi inserido no Congresso por emenda parlamentar (arts. 2º, 59 e 62 da CRFB).[3]

Por outro lado, os alegados vícios materiais da Lei nº 12.462/11 podem ser assim sintetizados: a) excesso de vagueza da norma e ampla margem de discricionariedade para regulamentação por parte de entidades administrativas, como a Autoridade Pública Olímpica (APO), o que violaria os arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da CRFB; b) contratação integrada, com a elaboração do projeto básico pelo licitante vencedor, inexistindo critérios objetivos prévios para tratamento isonômico entre os interessados; c) remuneração variável; d) restrição à publicidade de determinados atos (sigilo) em afronta aos princípios da publicidade e da moralidade; e) pré-qualificação permanente, com a possibilidade de licitação restrita aos pré-qualificados, ofendida a competitividade e a isonomia (art. 37, XXI da CRFB); e f) relativização de exigências ambientais, com a previsão compensações ambientais e aparente

[1] Com o mesmo pensamento otimista acerca da nova sistemática de contratação, confira-se Carlos Ari Sundfeld e Mario G. Sapiro: "Enfim, o RDC é imune a riscos e blindado contra a corrupção? Não. Mas a aposta em uma lei menos formalista não parece ser uma aventura. As suas inovações decorrem de boas experiências da administração pública e também das más experiências proporcionadas pela lei 8.666. A atual configuração das contratações públicas não é satisfatória. Bem por isso, projetos piloto como RDC são bem vindos. Que a Copa sirva ao menos como uma janela de oportunidade para uma boa reforma da gestão pública." "Oportunidade para uma necessária reforma da lei 8.666 por Carlos Ari Sundfeld e Mario G. Shapiro. - Uma Copa para uma nova licitação." In: *Jornal Valor Econômico* de 27 de outubro de 2011.

[2] Até a edição do presente livro, constavam duas ADIs que questionavam o RDC no STF, ambas de relatoria do Min. Luiz Fux, pendentes de julgamento: a) ADI nº 4645, proposta pelo PSDB, DEM e PPS; e b) ADI nº 4655, apresentada pela Procuradoria Geral da República.

[3] O texto inicial da MP nº 527/11 limitava-se a instituir a Secretaria de Aviação Civil, a promover as correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal e a autorizar a prorrogação de contratos temporários para exercício de funções no controle de tráfego aéreo. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei de Conversão inseriu as normas sobre o RDC.

facultatividade no cumprimento dos requisitos de sustentabilidade ambiental (art. 225 da CRFB).

Quanto ao primeiro vício formal apontado, não nos parece possível concluir pela inconstitucionalidade da Lei nº 12.462/11, tendo em vista a configuração da relevância e urgência para edição da MP nº 527/11, especialmente pela proximidade dos eventos esportivos. Vale ressaltar que, apenas em situações muito excepcionais, o STF ingressa no controle do binômio da relevância e urgência das MPs.

Ainda que seja configurada, eventualmente, desídia por parte de alguns administradores públicos no planejamento e na execução dos projetos necessários aos referidos eventos esportivos, naquilo que se convencionou denominar de "urgência fabricada", certo é que não pode a sociedade ser prejudicada pela não realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no país, devendo, no entanto, ser aplicadas sanções aos administradores responsáveis.

O segundo vício formal é bastante forte, uma vez que a jurisprudência do STF admite o poder de emenda parlamentar às MPs e aos Projetos de Lei de iniciativa do Executivo, desde que adimplidos dois requisitos básicos: a) pertinência temática e b) não pode haver aumento de despesa (salvo nos casos de projetos orçamentários). Da mesma forma, a eventual sanção presidencial não convalida o vício formal.[4]

Na hipótese, o RDC não possui, em princípio, pertinência temática com a matéria inicialmente prevista na MP nº 527/11, o que levaria à inconstitucionalidade do diploma legislativo.

Não há dúvida de que a eventual declaração de inconstitucionalidade do RDC acarretará efeitos negativos para o país, praticamente inviabilizando os mega eventos esportivos.

Nesse contexto, o Judiciário não pode se afastar da necessidade de ponderação das consequências (econômicas, políticas e sociais) de suas decisões.[5] Daí porque se defende que, caso aquela Egrégia Corte Constitucional entenda como insuperável a inconstitucionalidade formal deste diploma normativo (pelo alegado "abuso do poder de emenda"), seja deferido os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, com fulcro no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, de forma a não inviabilizar a realização dos referidos eventos desportivos.

Muito embora se defenda que essa pertinência temática só seria exigível nas matérias sujeitas à iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, elencadas no artigo 61, inciso II, da Constituição da República. No caso, o tema relativo à licitação, por não estar inserido na competência legislativa privativa do Chefe do Executivo, poderia ser inserido por emenda parlamentar.

Por fim, os alegados vícios materiais imputados ao RDC não devem prevalecer, conforme será destacado nos próximos itens.

---

[4] Nesse sentido, por exemplo: STF, ADI nº 2.113/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe-157 21/08/09, p. 130.

[5] Sobre a importância do pragmatismo e do consequencialismo no Direito Administrativo, vide trabalho de nossa autoria: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. "A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico". In: *RDA*, vol. 256, jan../abr. 2011, p. 129-163.

3) Objeto e finalidades do RDC

O RDC somente poderá ser aplicado às licitações e contratos necessários à realização (art. 1º Lei nº 12.462/11): a) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); b) da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo - GECOPA 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e c) de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

Os objetivos do RDC encontram-se enumerados no art. 1º, §1º da Lei nº 12.462/11: a) ampliação da eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; b) promoção da troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; c) fomento à inovação tecnológica; e d) garantia de tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Como se pode perceber, tratam-se de previsões que guardam compatibilidade com a tendência legislativa de implementar uma relação de sinergia na troca de experiências entre o poder público e a iniciativa privada na promoção de inovações tecnológicas, já veiculada tanto pelo regime instaurado pela Lei nº12.349/10, que estipulou o dever de a licitação fomentar o desenvolvimento nacional sustentável, como na Lei nº10.973/04, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

A opção pela utilização do RDC deve constar, expressamente, do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/93, exceto nos casos previstos nesta Lei (art. 1º, §2º da Lei nº 12.462/11).[6]

Isto significa dizer que, na omissão do instrumento convocatório, a licitação deverá observar as regras tradicionais de licitação. A utilização do RDC, portanto, depende de previsão expressa no instrumento convocatório, bem como de decisão administrativa devidamente motivada.

Em relação ao afastamento das regras previstas na Lei nº 8.666/93, poder-se-ia cogitar de eventual inconstitucionalidade, sob o argumento de que

[6] No primeiro edital realizado sob o RDC publicado, no Brasil, pela Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária (INFRAERO), foi expressa a sua submissão a esse novo regime de contratação. Transcreva-se o item 3.1 do referido edital: "3.1. A presente licitação reger-se-á pelo disposto neste Edital e seus Anexos, pela Lei nº 12.462, de 05 de Agosto de 2011, pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011." Disponível em: <http://licitacao.infraero.gov.br/arquivos_licitacao/2011/SRNE/001_ADNE_SBJP_2011_RDC/Edital_RDC_Projeto.pdf>. Acesso: 01/11/11.

as regras do RDC seriam específicas e deveriam respeitar as normas gerais de licitação.

Não nos parece haver qualquer vício de constitucionalidade neste ponto, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) as normas gerais de licitações e contratos não são exclusividade da Lei nº 8.666/93, existindo, atualmente, diversos exemplos de leis que consagram normas gerais, sem qualquer relação com aquele diploma legal (ex: Lei nº 10.520/02 que estabelece as normas gerais sobre o pregão);

b) existem precedentes do STF no sentido da viabilidade constitucional de instituição de normas gerais para determinados setores econômicos, com afastamento das normas da Lei nº 8.666/93, como ocorreu, por exemplo, na confirmação da constitucionalidade do art. 210 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de telecomunicações) que dispõe: "Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofreqüência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis n° 8.666, de 21 de junho de 1993, n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n° 9.074, de 7 de julho de l995, e suas alterações"; [7]

c) da mesma forma, o STF já afirmou a constitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2745/98 que estipulam regras próprias de licitação para a PETROBRAS em detrimento das normas da Lei nº 8.666/93;[8]

É possível concluir, desta forma, que o legislador poderia instituir novas normas gerais, sem qualquer relação de subordinação ou deferência com a Lei nº 8.666/93.

Todavia, outra questão poderá ser suscitada: como suprir as eventuais lacunas apresentadas na Lei do RDC ?

Em relação ao tema, o art. 1º, §2º da Lei nº 12.462/11 dispõe que a Lei nº 8.666/93 somente seria aplicável nos casos expressamente previstos na própria Lei do RDC.

Entendemos, contudo, que as omissões normativas devem ser superadas, especialmente pela necessidade de segurança jurídica e sistematicidade do ordenamento.

Não vislumbramos qualquer prejuízo na aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 ou de outros diplomas legais, nas situações de lacuna, ao RDC, desde que tais normas sejam compatíveis com àquelas previstas na Lei nº 12.462/11.

Na hipótese de aquisição de bens e serviços comuns, o ideal, em caso de lacuna normativa, seria a aplicação subsidiária da legislação do pregão, modalidade de licitação disciplinada pela Lei nº 10.520/02, em virtude de sua celeridade, mais compatível com necessidade de viabilizar a contratação de bens e serviços comuns para a realização dos eventos desportivos que ocorrerão no país.

4) Princípios e diretrizes do RDC: a função regulatória da licitação

[7] Nesse sentido: STF, ADI 1.668 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16.04.2004, p. 52 (Informativo de Jurisprudência do STF nº 119).

[8] Nesse sentido: STF, AC-MC-QO 1193/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 30/06/06, p. 18 (Informativo de Jurisprudência do STF nº 426).

Os princípios que regem o RDC são essencialmente os mesmos aplicáveis às licitações em geral: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo (art. 3º da Lei nº 12.462/11).

As diretrizes do RDC, conforme dispõe o art. 4º da Lei nº 12.462/11, podem ser assim enumeradas:

a) padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;[9]

b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;[10]

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

d) condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei;

e) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

f) parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

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

É possível perceber, ainda, que o RDC consagra a tendência da denominada "função regulatória da licitação", segundo a qual a licitação não tem por objetivo apenas a busca pela economicidade nas contratações públicas, mas também a efetivação de outros valores constitucionais.[11]

---

[9] A padronização também é exigida para as compras no art. 15, I da Lei n° 8.666/93.

[10] O TCU tem admitido a utilização de minuta-padrão, previamente aprovada pela assessoria jurídica, quando houver identidade de objeto e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas. TCU, Acórdão nº 873/11, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, 06/04/11 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU nº 57).

[11] Sobre o tema, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86-89; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6, p. 105, 328 e 424; FERRAZ, Luciano. "Função Regulatória da Licitação". In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 37, p. 133-142,

Nesse sentido, a contratação por meio do RDC deve promover os seguintes valores:

a) preservação do meio ambiente ("licitações verdes"): preocupação com a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; estipulação de condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; e possibilidade de exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental para fins de habilitação na licitação (arts. 4º, §1º, I, II, III, e 14, parágrafo único, II, da Lei nº 12.462/11);[12]

b) respeito à ordem urbanística: as contratações devem ser precedidas de avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística (art. 4º, §1º, IV, da Lei nº 12.462/11);

c) proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas, com estipulação de medidas compensatórias aos impactos negativos sobre o referido patrimônio (art. 4º, §1º, V, e §2º da Lei nº 12.462/11); e

d) promoção da acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 4º, §1º, VI, da Lei nº 12.462/11).

Com base nessas perspectivas, pode-se afirmar que os instrumentos convocatórios que forem formatados de acordo com normas do RDC regularão os mercados fornecedores de bens e serviços, de forma a adequá-los ***ao princípio do desenvolvimento sustentável,*** previsto no artigo 170, inciso VI, da CRFB, com redação modificada pela EC nº 43/03.

5) Aquisição de bens: peculiaridades

O RDC estabelece regras próprias para aquisição de bens por parte da Administração, com destaque para as seguintes: a) possibilidade de indicação de marca por meio de decisão fundamentada; b) exigência da amostra do bem a ser adquirido; c) apresentação de certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada; e d) declaração do fabricante no sentido de ser solidariamente responsável pela execução do

---

2009; GARCIA, Flávio *Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73-75.

[12] A preocupação com a sustentabilidade ambiental é uma das principais tendências nas contratações públicas naquilo que se convencionou chamar de "licitações verdes". Mencione-se, por exemplo, o art. 6º, XII da Lei nº 12.187/09, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC): "art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: (...) XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos".

contrato, na hipótese em que o licitante for revendedor ou distribuidor (art. 7º, I da Lei nº 12.462/11).

5.1) Indicação de marca

A indicação de marca na aquisição de bens por meio do RDC, acompanhada das respectivas justificativas, é admitida expressamente nas seguintes hipóteses: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão "ou similar ou de melhor qualidade" (art. 7º, I da Lei nº 12.462/11).

É oportuno notar que, tradicionalmente, a indicação de marca é vedada, em regra, nas compras efetuadas pelo Poder Público (art. 15, § 7°, I da Lei n° 8.666/93). Todavia, em situações excepcionais, devidamente justificadas, a indicação de marca sempre foi considerada viável, especialmente pela necessidade de padronização,

.

5.2) Amostras

Em relação à aquisição de bens pela Administração, além da indicação de marca, é possível fixar exigência de amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação (art. 7º, I da Lei nº 12.462/11). Andou bem, neste particular, a referida norma ao não prever a exigência de amostras como requisito de habilitação, pois tal previsão, segundo o entendimento do TCU, impõe ônus excessivo aos licitantes, encarece o custo de participação em licitações e desestimula a presença de potenciais interessados.[13]

5.3) Certificados de qualidade

Na aquisição de bens, a Administração pode solicitar a apresentação pelos interessados de certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada (art. 7º, III da Lei nº 12.462/11).

Ressalte-se que o TCU fixou entendimento de que a exigência de certificações técnicas (ex: certificação ISO, registro no INPI etc), tal como a

[13] Transcreva-se a ementa do julgado: "REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. OITIVA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS ANTES DA FASE DE JULGAMENTO. ILEGALIDADE. POSSÍVEL RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PREJUDICADA ANTE A PERDA DE OBJETO. DETERMINAÇÕES CORRETIVAS. A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados." TCU, Acórdão nº 1.113/08 Plenário, Rel. Min. André Luís, DOU 13/06/08.

exigência de amostras, não pode ser empregada como critério de habilitação em licitação, mas apenas como critério classificatório.[14]

5.4) Solidariedade do fabricante

Por fim, a Administração pode solicitar, motivadamente, a apresentação de carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor (art. 7º, IV da Lei nº 12.462/11).

A exigência tem por objetivo garantir a execução do contrato e o atendimento do interesse público.

Vale lembrar que as aquisições de bens pelo Estado não são submetidas, em regra, ao CDC, uma vez que o Estado não é considerado, normalmente, consumidor, razão pela qual é afastada a solidariedade prevista nos arts. 12, 18, 19 e 25 do CDC.

Todavia, conforme já tivemos a oportunidade de mencionar em estudo sobre o tema,[15] o Estado pode ser considerado consumidor em situações excepcionais, o que atrairia a responsabilidade solidária e objetiva de todos aqueles que participaram da cadeia de consumo, independentemente da "carta de solidariedade" prevista na Lei nº 12.462/11.

Em virtude da possibilidade de existir vulnerabilidade técnica por parte dos agentes públicos em relação ao fornecedor do bem ou do serviço, o Estado pode ser considerado, em determinados casos, consumidor, na forma do art. 2° do CDC.[16]

De qualquer forma, a partir da exigência da "carta de solidariedade" no RDC, o Estado assegura a solidariedade entre o fabricante e o revendedor/distribuidor.[17] Com isso, supera-se o óbice tradicionalmente apontado pelo TCU que era justamente a ausência de fundamento legal para exigência do referido compromisso de solidariedade.[18]

6) O regime da Contratação integrada

---

[14] TCU, Acórdão nº 512/09, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU 31/03/09; TCU, Acórdão nº 1.832/11, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, DOU 18/07/11 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU nº 71); TCU, Acórdão nº 1.085/11. Plenário, Rel. Min. José Múcio, 27/04/11 (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU nº 60).

[15] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. "Os serviços públicos e o Código de Defesa do Consumidor: Limites e Possibilidades". In: *BDA*, v. 2, p. 172-188, 2010.

[16] Nesse sentido: GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 243-250. Em sentido contrário, não admitindo a figura do "Estado consumidor", pois inexistente a vulnerabilidade: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 520.

[17] Em sentido favorável à exigência de carta de solidariedade, vide: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. REOLON, Jaques Fernando. "Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)". In: *FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, nº 117, setembro, 2011, p.25.

[18] Sobre o tema, o TCU decidiu: "REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO. Para habilitação de licitantes em pregão eletrônico, deve ser exigida, exclusivamente, a documentação disposta no art. 14 do Decreto nº 5.450/2005. Dessa forma, indiscutível é a falta de amparo legal para exigência de declaração de compromisso de solidariedade do fabricante do produto como condição para habilitação, o que conduz à anulação do processo licitatório." TCU, Acórdão nº 1729/08, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU 22/08/08.

Outra importante inovação em relação à licitação tradicional é a previsão do regime de "contratação integrada" de obras e serviços de engenharia.

De acordo com o art. 8º da Lei nº 12.462/11, a execução indireta de obras e serviços de engenharia pode ser implementada por meio dos seguintes regimes: a) empreitada por preço unitário; b) empreitada por preço global; c) contratação por tarefa; d) empreitada integral; ou e) contratação integrada.

Os quatro primeiros regimes (empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, contratação por tarefa e empreitada integral) já constavam do art. 10, II da Lei nº 8.666/93, havendo previsão de utilização, ainda, do quinto regime (contratação integrada) no RDC. O Poder Público deverá adotar, preferencialmente, os regimes de empreitada por preço global, de empreitada integral ou de contratação integrada, sendo certo que a utilização dos demais regimes dependerá de motivação (art. 8º, §§1º e 2º da Lei nº 12.462/11).

A contratação integrada, que deve ser justificada sob o aspecto técnico e econômico, envolve compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 9º, *caput* e §1º, da Lei nº 12.462/11). Trata-se de contratação na modalidade *turn key* ou *EPC* (*Engineering, Procurement and Construction*), similar ao que ocorre na empreitada integral, na qual o contratado fica obrigado a entregar a obra em condições de pleno funcionamento.

É possível constatar que uma das principais diferenças entre o regime de contratação integrada e os demais regimes é a desnecessidade de elaboração prévia do projeto básico devidamente aprovado pela autoridade competente. No caso da contratação integrada, o licitante vencedor será o responsável por sua elaboração (arts. 8º, §5º, e 9º, §1º da Lei nº 12.462/11).[19]

Isto não significa dizer que o Poder Público não possui qualquer parâmetro para definir o objeto da contratação e fixar os critérios objetivos de julgamento.

É exigida a apresentação, no instrumento convocatório, do denominado "anteprojeto de engenharia" que deverá conter as seguintes informações: a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; c) a estética do projeto arquitetônico; e d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade (art. 9º, §2º, I, da Lei nº 12.462/11).

A fixação do valor estimado da contratação será definida com apoio nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica (art. 9º, §2º, II, da Lei nº 12.462/11).[20]

---

[19] No entanto, a Lei veda a realização de obras e serviços de engenharia por meio de RDC sem o projeto executivo art. 8º, §7º, da Lei nº 12.462/11).

[20] O art. 8º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 12.462/11 estabelecem: "art. 8º (...) § 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou

Aliás, as principais críticas direcionadas à contratação integrada residem justamente na eventual indefinição do objeto licitado e do valor orçado pela Administração.

Daí a importância dos atos praticados na fase interna da licitação, especialmente na definição técnica e com o máximo de objetividade, no anteprojeto de engenharia, do objeto a ser licitado.

No tocante ao tipo de licitação, a lei impõe que, na contratação integrada, seja adotado o critério de julgamento de técnica e preço (art. 9º, §2º, III, da Lei nº 12.462/11).

Interessante mencionar que o Decreto nº 7.581/11, que Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462/11, com o objetivo de implementar o controle acerca do cumprimento dos requisitos presentes no termo de engenharia no âmbito das contratações integradas, prevê, em seu art. 70, §4º, a vinculação entre a remuneração do contratado à observância dos requisitos técnicos previstos nesses instrumentos.

É vedada a celebração de termos aditivos aos contratos celebrados com fundamento no RDC, salvo em duas hipóteses: a) para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e b) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no §1º do art. 65 da Lei no 8.666/93 (art. 9º, §4º, da Lei nº 12.462/11).

É importante mencionar que a "contratação integrada" não é, verdadeiramente, uma grande novidade no ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante a ausência de previsão na legislação tradicional de licitações, o referido regime encontra-se previsto no item 1.9 do Decreto 2.745/98, que aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS, que dispõe:

> "1.9 Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas."

---

iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários. § 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado."

Não resta dúvida de que esse formato trará ganhos de eficiência para as contratações administrativas, uma vez que abre ao contratado a oportunidade de inovação e de proposição de técnicas e soluções para o desenvolvimento do objeto, reduzindo riscos e custos para os entes públicos.

7) O Contrato de desempenho e a remuneração variável dos contratados

Em virtude da necessidade de maior eficiência nas contratações públicas, com ênfase nos resultados, que devem ser efetivados pelos contratados, o legislador estabeleceu a possibilidade de remuneração variável, na contratação das obras e serviços, vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato (art. 10 da Lei nº 12.462/11).

A estipulação da remuneração variável dependerá de motivação e de adequação aos limites orçamentários fixados pela Administração para a contratação (art. 10, parágrafo único, da Lei nº 12.462/11).

A previsão de metas na execução de atividades de interesse do Estado representa uma tendência do Direito Administrativo atual, voltado para a busca de resultados eficientes, mormente a satisfação dos interesses constitucionalmente tutelados. No cenário da "Administração de Resultados",[21] os instrumentos jurídicos que flexibilizam a gestão administrativa representam uma importante ferramenta para garantir a eficiência administrativa.

A remuneração variável, prevista no RDC, foi influenciada pela experiência consagrada nas Parcerias Público-Privadas (PPPs). Nesse sentido, o art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 11.079/04 dispõe que o contrato de PPP poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Trata-se, a rigor, de transformar os tradicionais contratos por prazo determinado e por escopo da Lei nº 8.666/93 em contratos de *performance*.[22]

Não se trata, a rigor, de uma sanção por inexecução contratual, mas de um estímulo para o seu melhor cumprimento. A remuneração a ser efetuada pela Administração Contratante fica vinculada ao desempenho do contratado, o que servirá de incentivo para que estes prestem, em níveis desejados de qualidade, os serviços relacionados à infraestrutura que dará suporte aos eventos desportivos que serão realizados no país.

Da mesma forma, em âmbito federal, a Instrução Normativa nº 02/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão prevê o denominado "Acordo

[21] Sobre a "Administração de resultados", vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107-110; SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di resultato*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di resultado*. Torino: Giappichelli, 2003; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

[22] RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP: fundamentos econômicos– jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 193.

de Níveis de Serviços" com a estipulação de remuneração variável de acordo com o cumprimento das metas fixadas pela Administração.[23]

8) Inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento

O procedimento de licitação do RDC, seguindo a tendência legislativa e as recomendações doutrinárias, consagra a inversão de fases da habilitação e de julgamento (art. 12, IV e V, da Lei nº 12.462/11).

Em regra, a fase de julgamento antecederá a fase de habilitação, o que acarreta, por certo, maior celeridade à licitação, uma vez que a Administração, após o julgamento, analisará apenas os documentos formais de habilitação do licitante vencedor.

Excepcionalmente, a habilitação poderá anteceder a fase do julgamento, hipótese que dependerá de expressa previsão no instrumento convocatório e de motivação (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 12.462/11).

Trata-se, como já assinalado, de tendência da legislação atual que já havia consagrado a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, por exemplo, para o pregão (art. 4º, XII, da Lei nº 10.520/02 – inversão obrigatória) e para as PPPs (art. 13 da Lei nº 11.079/04 – inversão facultativa).

Essa tendência legislativa tem se mostrado salutar na gestão dos procedimentos licitatórios.[24] Afinal, o dispêndio de tempo e recursos para o exame dos requisitos de habilitação de um licitante que, ao final do certame, não apresentará a melhor proposta à Administração Púbica vai de encontro às diretrizes emanadas dos princípios da Eficiência (artigo 37 da CRFB) e da Economicidade (artigo 70 da CRFB).[25]

---

[23] Vide art. 11 da referida Instrução Normativa: "Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho. § 1º Excepcionalmente poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço quando houver inviabilidade da adoção do critério de aferição dos resultados. § 2º Quando da adoção da unidade de medida por postos de trabalho ou horas de serviço, admite-se a flexibilização da execução da atividade ao longo do horário de expediente, vedando-se a realização de horas extras ou pagamento de adicionais não previstos nem estimados originariamente no instrumento convocatório. § 3º Os critérios de aferição de resultados deverão ser preferencialmente dispostos na forma de Acordos de Nível de Serviços, conforme dispõe esta Instrução Normativa e que deverá ser adaptado às metodologias de construção de ANS disponíveis em modelos técnicos especializados de contratação de serviços, quando houver. § 4º Para a adoção do Acordo de Nível de Serviço é preciso que exista critério objetivo de mensuração de resultados, preferencialmente pela utilização de ferramenta informatizada, que possibilite à Administração verificar se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas, e adequar o pagamento aos resultados efetivamente obtidos."

[24] Em sentido oposto, confira-se MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*, 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 67.

[25] No mesmo sentido, Leonardo Coelho Ribeiro, ao analisar o artigo 12 da MP nº 489/10, que disciplinava o regime diferenciado, mas que perdeu a sua eficácia, assim se posicionou: "A medida propicia diversos efeitos positivos, a saber: (i) economia procedimental, uma vez que a inversão pode ser capaz de exonerar a Administração Pública de analisar a habilitação de todos os concorrentes; (ii) mitiga a litigiosidade relativa aos documentos de habilitação que costuma ocorrer entre os licitantes nas licitações tradicionais, impedindo ou, ao menos, dificultando que isso sirva de barreira à entrada de outros licitantes; (iii) reforça a celeridade e a eficiência do procedimento licitatório." RIBEIRO, Leonardo Coelho. "O regime de

Destaque-se que esta inovação legislativa trazida pelo RDC, diferentemente da sua previsão nos demais instrumentos legislativos que o antecederam, prevê uma lógica diversa para essa inversão procedimental.

Há, à luz do sistema consagrado no RDC, o ***dever de motivação*** para o administrador público, caso este pretenda adotar o sistema convencional de exame dos documentos de habilitação antes da abertura das propostas, além da necessidade de previsão expressa desta opção no instrumento convocatório.

Esses requisitos criam um ônus para o gestor público, caso opte pela adoção do procedimento convencional consagrado na Lei nº 8.666/93. Entende-se como salutar a referida inovação legislativa, uma vez que se, por um lado, essa faculdade permite que, excepcionalmente, seja utilizado o procedimento convencional, de modo a melhor atender, em concreto, o interesse público, de outro, dificulta que o administrador adote, injustificadamente, procedimentos ineficientes e burocráticos que militam em desfavor de parâmetros mundialmente consagrados de eficiência nas contratações administrativas.

9) Regras especiais sobre publicidade: orçamento sigiloso e publicação dos atos

Nas contratações com a utilização do RDC a publicidade dos atos praticados é restringida em duas hipóteses: a) orçamento estimado para a contratação não será divulgado aos licitantes (art. 6º da Lei nº 12.462/11); e b) o procedimento licitatório e de pré-qualificação, em determinados casos, serão divulgados apenas em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores (art. 15, §2º, da Lei nº 12.462/11).

Em relação ao orçamento sigiloso, trata-se de regra distinta daquela consagrada no art. 40, § 2º, II, da Lei n° 8.666/93, que exige a apresentação, no anexo do edital de licitação, do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

A necessidade de modificação da regra tradicional de licitação, com a previsão do orçamento sigiloso, sempre foi defendida por parcela da doutrina, especialmente para evitar que a divulgação do orçamento influenciasse a elevação dos valores constantes das propostas e a formação de cartel entre os licitantes, já que, sem a ciência do preço estimado pela Administração, fica mais difícil de fazer combinações entre concorrentes.

Nesse sentido, por exemplo, Marcos Juruena Villela Souto, antes da introdução do RDC, sustentava:

> "Outro tema dos mais polêmicos diz respeito à necessidade de divulgar ou não a estimativa de preços em que se calca a Administração para realizar ou não a despesa. (...)

licitações e contratos administrativos para Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016." In: *Boletim de Licitações e Contratos*, mai., 2011, p. 450.

> Ocorre que, se divulgados esses valores, reduz-se em muito a margem de competição, retornando aos mesmos problemas que levaram à supressão da licitação por preço-base, que era o grande número de empates.
>
> Logo, é preciso interpretar a norma também de acordo com o método histórico, além de utilização do princípio da competitividade.
>
> Destarte, para evitar tais problemas, não deve haver publicação de valores, adotando como critério de aceitabilidade a ser divulgado no edital 'os valores mínimos e máximos constantes dos cadastros de preços da Administração, calcados em pesquisas de mercado e em contratos da Administração, os quais estarão disponíveis para fins de recurso em caso de desclassificação por eventual incompatibilidade'; é possível, também, esclarecer que tai disponibilidade da estimativa dar-se-á na sessão de julgamento."[26]

Esta também é a recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), contida no *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas):

> "Use um preço máximo somente quando ele for baseado em minuciosa pesquisa de mercado e os funcionários estejam convencidos de que ele é muito competitivo. Não publique o preço, mas o mantenha confidencial, em arquivo, ou o deposite junto a outra autoridade pública."[27]

Da mesma forma, o TCU já decidiu que admitiu a restrição da divulgação do orçamento da licitação na modalidade pregão, conforme demonstra o trecho da ementa a seguir mencionado:

> "Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao

[26] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo contratual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149.

[27] No original: "*Use a maximum reserve price only if it is based on thorough market research and officials are convinced it is very competitive. Do not publish the reserve price, but keep it confidential in the file or deposit it with another public authority*." OCDE, *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas). Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf>, p. 7. Acesso em: 17/09/11

> certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo."[28]

Em suma: no RDC exige-se a fixação do orçamento estimado para contratação, restringindo-se apenas a sua divulgação aos licitantes. Com o intuito de evitar eventuais arbitrariedades, o orçamento deverá ser disponibilizado permanentemente aos órgãos de controle externo e interno, na forma do art. 6º, §3º, da Lei nº 12.462/11.

Quanto à segunda hipótese de restrição da publicidade no RDC, nos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação, nas licitações cujo valor não ultrapasse R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação de extrato do edital no Diário Oficial ou em jornal diário de grande circulação.

Nessas hipóteses, a publicidade do edital se resume à divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores (art. 15, §2º, da Lei nº 12.462/11).

Entendemos, contudo, que a restrição à publicidade dos editais, apesar de ganhos de economicidade, coloca em risco o princípio da impessoalidade e a possibilidade de controle social dos atos do Poder Público.

Isto porque o Brasil ainda sofre do problema da "exclusão digital", sendo certo que grande parte da população não tem acesso aos computadores e/ou à internet.

Não se defende, aqui, a tese ingênua e irreal de que a publicação nos Diários Oficiais confere efetiva publicidade aos atos do Poder Público. No máximo, este procedimento garante a "publicidade formal", mas não a "publicidade material", uma vez que a imensa maioria da população não tem acesso ou o hábito (ou tempo) da leitura Diário oficial.

Por esta razão, entendemos que a publicidade do edital deve ser a mais ampla possível, evitando-se restrições que diminuam a competitividade e a efetivação do controle social. Talvez, no futuro, com a inserção da população no mundo digital, a publicidade por meio da internet seja suficiente para efetivação das mencionadas finalidades.

10) Lances verbais e intermediários

No RDC, as licitações podem adotar os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento (art. 16 da Lei nº 12.462/11).

Ressalte-se que a combinação de lances escritos e verbais foi consagrada em algumas normas recentes, como, por exemplo, as relativas ao

[28] TCU, Acórdão nº 114/07, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU 09/02/07.

pregão (art. 4º, VII e VIII, da Lei nº 10.520/02) e às PPPs (art. 12, III, "b", da Lei nº 11.079/04).

A inovação no RDC é a possibilidade de apresentação de "lances intermediários" na disputa aberta, assim considerados aqueles iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta, ou iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento (art. 17, §2º da Lei nº 12.462/11).

Por fim, é admitido, na forma a ser estabelecida em regulamento, o reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente (art. 17, §1º, II da Lei nº 12.462/11).

11) Critérios de julgamento

As licitações no RDC serão pautadas pelos seguintes critérios de julgamento: a) menor preço ou maior desconto; b) técnica e preço; c) melhor técnica ou conteúdo artístico; d) maior oferta de preço; ou e) maior retorno econômico (art. 18 da Lei nº 12.462/11).

O critério de julgamento e os respectivos parâmetros objetivos deverão ser definidos no instrumento convocatório, desconsiderando as vantagens não previstas no edital, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido (art. 18, §§§1º, 2º e 3º da Lei nº 12.462/11).

Na utilização do critério "menor preço ou maior desconto" será considerado o menor dispêndio para a administração pública, incluindo os custos indiretos, quando objetivamente mensuráveis, observados os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório (art. 19, *caput* e §1º, da Lei nº 12.462/11).

O critério do maior desconto terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos, e, no caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório (art. 19, §§2º e 3º, da Lei nº 12.462/11).

Em relação ao critério "técnica e preço", a sua utilização é indicada para as seguintes contratações: a) objeto de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou b) que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução (art. 20, §1º da Lei nº 12.462/11).

O Poder Público indicará no instrumento convocatório os fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70% (setenta por cento), conforme dispõe o art. 20, §2º da Lei nº 12.462/11.

Quanto ao critério "melhor técnica ou conteúdo artístico", que poderá ser utilizado para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia, o instrumento convocatório definirá o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores (art. 21, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 12.462/11).

O critério "maior oferta de preço", por sua vez, será utilizado no caso de contratos que resultem em receita para a administração pública, admitindo-se a dispensa de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira, conforme dispuser o regulamento (art. 22, *caput* e §1º, da Lei nº 12.462/11).

Da mesma forma, no julgamento pela maior oferta de preço, o Poder Público poderá exigir a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia, como requisito de habilitação, limitada a 5% (cinco por cento) do valor ofertado. Nesse caso, o mencionado valor será perdido em favor da Administração se o licitante vencedor não efetivar o pagamento no prazo estipulado (art. 22, §§2º e 3º, da Lei nº 12.462/11).

Por fim, o critério "maior retorno econômico" será utilizado exclusivamente nos "contratos de eficiência" e o objetivo é selecionar a proposta que proporcione a maior economia para a Administração decorrente da execução do contrato (art. 23 da Lei nº 12.462/11).

Considera-se contrato de eficiência aquele que tem por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (art. 23, §1º da Lei nº 12.462/11).

No contrato de eficiência, os riscos são assumidos pelo contratado e influenciam diretamente na respectiva remuneração, uma vez que a ausência da economia prevista contratualmente acarretará as seguintes consequências: a) a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; b) se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e c) a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato (art. 23, §3º da Lei nº 12.462/11).

11.1) Critérios de desempate

Tradicionalmente, o critério utilizado para desempate entre duas ou mais propostas nas licitações é o sorteio (art. 45 § 2º da Lei nº 8.666/93).

No entanto, em relação às licitações submetidas ao regime do RDC, a legislação procurou estabelecer outros critérios de desempate, que devem ser adotados preferencialmente, tendo em vista a necessidade de se ampliar a competitividade entre os licitantes, garantindo a obtenção da melhor proposta.

Nesse sentido, o art. 25 da Lei nº 12.462/11 dispõe que, em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: a) disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação; b) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído (Administração Pública de Resultados); c) critérios de preferência para os seguintes bens e serviços: produzidos no País, produzidos ou prestados por empresas brasileiras com tecnologia desenvolvida no País, produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País ou produzidos de acordo com processo produtivo básico (art. 3º, §2º da Ler nº 8.666/93 c/c art. 3º da Lei nº 8.248/91); e d) sorteio.

11.2) Pré-qualificação permanente

As licitações no RDC poderão ser antecedidas da pré-qualificação permanente que tem por objetivo identificar: a) fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e b) bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública (art. 30 da Lei nº 12.462/11).

O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados (art. 30, §1º da Lei nº 12.462/11).

É permitida a realização de licitações direcionadas à participação exclusiva dos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento (art. 30, §2º da Lei nº 12.462/11).

A pré-qualificação, que terá validade de até um ano, poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores, bem como poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes (art. 30, §§§3º, 4º e 5º da Lei nº 12.462/11).

Mencione-se, por oportuno, que a pré-qualificação também é permitida nas licitações reguladas pela Lei nº 8.666/93, restringindo-se a sua utilização, no entanto, às concorrências quando o objeto da licitação recomendar análise mais detida da qualificação técnica dos interessados (art. 114 da Lei nº 8.666/93).

É oportuno o registro de que a pré-qualificação nas licitações tem por objetivo identificar interessados numa futura competição, não representando, pois, a competição em si ou mesmo uma etapa de habilitação, que define o universo de competidores.[29]

[29] Nesse sentido, confira-se os sempre atuais ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: "Pré-qualificação (art. 114) é a verificação prévia das condições das firmas, consórcios ou profissionais que desejam

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

Daí a vantagem de se introduzir este procedimento de forma permanente, pois a Administração, ao mesmo tempo em que já estipula *standards* para suas futuras contratações, o faz sem a necessidade de identificação dos recursos orçamentários que financiarão tal ou qual empreendimento.[30]

12) Registros cadastrais

A habilitação no RDC, assim como ocorre nas licitações tradicionais, poderá ser comprovada por meio de certificados cadastrais.

Os registros cadastrais, quando existentes, serão válidos por até um ano e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados (art. 31, *caput* e §1º, da Lei nº 12.462/11).

A inovação, em relação às licitações tradicionais, é a anotação do desempenho contratual do licitante no respectivo registro cadastral. A intenção do legislador é incrementar as informações constantes do registro para que passe a ser utilizado como fonte de consulta para as futuras contratações.

12.1) Sistema de registro de preços (SRP)

No RDC, o Sistema de Registro de Preços (SRP), que será definido por regulamento, observará as seguintes condições: a) efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado; b) seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento; c) desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados; d) definição da validade do registro; e e) inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais (art. 32, *caput* e §2º, da Lei nº 12.462/11).

---

participar de determinadas e futuras concorrências de um mesmo empreendimento. Não se confunde com a habilitação preliminar nas concorrências, porque esta se faz em cada concorrência e aquela se realiza para todas as concorrências de um empreendimento certo, que pode exigir uma única ou sucessivas concorrências. Também não se confunde com pré-classificação das propostas, mesmo porque na pré-qualificação os interessados não apresentam proposta, mas tão-somente documentação comprobatória das condições técnicas, econômicas e jurídicas pedidas no edital como necessárias à execução do objeto do futuro contrato." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95-97.

[30] Nesse sentido, vide: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 783-784.

A existência do SRP não obriga a Administração a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo facultada a realização de licitação específica, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições (art. 32, §3º, da Lei nº 12.462/11).

12.2) Catálogo eletrônico de padronização

O denominado "catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras" no RDC consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação (art. 33 da Lei nº 12.462/11).

O referido catálogo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterá toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento (art. 33, parágrafo único, da Lei nº 12.462/11).

13) Recursos administrativos

O art. 45 da Lei nº 12.462/11 trata dos pedidos de esclarecimento/impugnações, dos recursos administrativos e das representações nas licitações promovidas pelo RDC.

De acordo com a sobredita norma, o sistema genérico de impugnações pode ser assim resumido:

a) pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de: a.1) até dois dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; ou a.2) até cinco dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços;

b) recursos, no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face: b.1) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados; b.2) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante; b.3) do julgamento das propostas; b.4) da anulação ou revogação da licitação; b.5) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; b.6) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/93; b.7) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; e

c) representações, no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico.

Vale ressaltar que, nas licitações tradicionais, os recursos administrativos interpostos contra decisões de habilitação/ inabilitação do licitante e de julgamento das propostas possuem efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva aos demais recursos.

No entanto, a legislação do RDC silenciou a respeito do efeito suspensivo, valendo, portanto, a regra de que os recursos serão recebidos exclusivamente com efeito devolutivo.

Por fim, o recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de cinco dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão do recurso ser proferida dentro do prazo de cinco dias úteis, contados do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade (art. 45, §6º da Lei nº 12.462/11).

14) Sanções administrativas

Além das sanções previstas na Lei nº 8.666/93, o art. 47 da Lei nº 12.462/11 estabelece o impedimento de participação em licitações e contratações promovias pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que: a) convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato; b) deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso; c) ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; d) não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado; e) fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato; f) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou g) der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

Ademais, a referida sanção administrativa acarretará o descredenciamento do licitante, pelo prazo de até cinco anos, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica (APO).[31]

Deve-se registrar que andou bem o legislador nesse ponto, uma vez que, ao estipular as condutas que ensejam a aplicação da penalidade de impedimento de contratar com o poder público, restringiu a discricionariedade do administrador em aplicar penalidades administrativas, o que evita a prática de arbitrariedades no gerenciamento de contratos administrativos, previsão que encontra amparo nos alicerces de um Estado Democrático de Direito.

[31] A Autoridade Pública Olímpica (APO) é formada pela União, Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro, na forma do protocolo de intenções previsto na Lei nº 12.396/11.

15) Conclusões

Conclui-se que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462/11, estabelece normas inspiradas, preponderantemente, em orientações consagradas no âmbito do TCU, bem como em inovações previstas em leis especiais.

A partir de experiências legislativas anteriores e de práticas de governança, o RDC acabou por representar um marco importante para o futuro das licitações e dos contratos administrativos no Brasil.

Com a desburocratização do processo de licitação, a preocupação com os resultados da ação administrativa, a busca por economicidade e eficiência, sem abdicar do tratamento isonômico conferidos aos interessados em contratar com o Poder Público, o RDC tem potencial para servir de modelo para um novo – e necessário – Estatuto de Licitações e Contratos administrativos que substituirá a Lei nº 8.666/93.

Por um lado, o excesso de formalismos da Lei nº 8.666/93 não é suficiente para afastar abusos praticados por administradores públicos e, por outro lado, acarreta ineficiência e lentidão administrativa, o que demonstra a conveniência e a oportunidade de um novo Estatuto.

É importante perceber, no entanto, que o sucesso ou o fracasso do RDC dependerá, necessariamente, da forma de aplicação de suas normas pelos administradores públicos e da eficiência dos instrumentos de controle.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

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

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.