

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

RANIERE DOS SANTOS DA SILVA

AS VANTAGENS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES:
UMA ANÁLISE CRÍTICO-COMPARATIVA ENTRE O RDC E O
REGIME GERAL DE LICITAÇÕES DA LEI n.º 8.666/93

Recife
2014

RANIERE DOS SANTOS DA SILVA

AS VANTAGENS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES:
UMA ANÁLISE CRÍTICO-COMPARATIVA ENTRE O RDC E O
REGIME GERAL DE LICITAÇÕES DA LEI n.º 8.666/93

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Dr. Breno G. Valadares Lins

Recife
2014

Silva, R. S.

As vantagens do regime diferenciado de contratações: uma análise crítico-comparativa entre o RDC e o regime geral de licitações da Lei nº 8666/93. Raniere dos Santos da Silva. Recife: o Autor, 2014.

73 folhas.

Orientador (a): Profº Breno G. Valadares Lins

Monografia (graduação) – Bacharel em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Licitações 3. RDC 4. Lei nº 12.462/11 5. Lei nº 8666/93 6. Análise Comparativa.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2014 – 286

Raniere dos Santos da Silva

AS VANTAGENS DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES:
UMA ANÁLISE CRÍTICO-COMPARATIVA ENTRE O RDC E O
REGIME GERAL DE LICITAÇÕES DA LEI n.º 8.666/93

DEFESA PÚBLICA em 11 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Breno Gustavo Valadares Lins (Orientador), Doutor – FADIC

1º Examinador: Prof. Paulo Roberto Cerqueira, Mestre – FADIC

AGRADECIMENTOS

Agradeço a **DEUS**, princípio e fim de todas as coisas, por seu amor, por sua misericórdia e por conceder-me tantas graças imerecidas (*“Aquele que me oferece ofertas de gratidão me glorifica; e àquele que bem ordena o seu caminho, eu mostrarei a salvação”* - Salmos 50:23).

Agradeço à **minha família** pela paciência e incentivo a mim dispensados durante mais esta etapa da minha vida.

Agradeço aos **colegas, professores e funcionários** da Faculdade Damas por terem, cada um à sua maneira, contribuído para a consecução deste objetivo.

A **todos**, os meus mais sinceros agradecimentos.

Enquanto perdurar uma concepção argentária, de prevalência do ter sobre o ser, com a fortuna material alçada a valor supremo, ainda quando obtida por meios ilegítimos, a corrupção será apenas um dos atalhos para conquistar sucesso na vida. (Antônio Evaristo de Moraes Filho, jurista brasileiro)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a realização de estudo comparativo entre o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei n.º 12.462/11) e a Lei n.º 8.666/93. Neste sentido, e a partir da minuciosa descrição dos procedimentos licitatórios previstos nos citados diplomas normativos, realizou-se o cotejo dos seus principais dispositivos com vistas à resolução da seguinte questão-problema: sob os aspectos da *celeridade*, da *competitividade*, da *eficiência/redução de custos* e da *responsabilidade ambiental*, quais as vantagens do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) com relação às previsões normativas da Lei n.º 8.666/93? Este trabalho tem como justificativas, por um lado, a necessidade de discussão dos regramentos de um regime novel e, por outro, a envergadura financeira das obras de engenharia licitadas por meio do RDC. Quanto aos procedimentos de coleta e análise de dados, este estudo monográfico valeu-se da pesquisa bibliográfica e legal. Isso posto, e após a realização de análise comparativa com relação ao Regime Geral da Lei n.º 8.666/93, pode-se concluir que o RDC configura-se em importante instrumento de melhoria do procedimento licitatório, na medida em que mostra-se mais célere (inversão de fases e etapa recursal única), mais competitivo (orçamento sigiloso e oferecimento de lances sucessivos), mais eficiente (contratação integrada e contrato de eficiência) e mais responsável ambientalmente (detalhamento de obrigações ambientais e possibilidade de vinculação do contratado à prática de ações sociais). Trata-se, pois, de um regime muito mais consentâneo com as novas demandas e prioridades da sociedade brasileira, deveras distintas daquelas que imperavam quando da edição da Lei n.º 8.666/93, há mais duas décadas.

Palavras-chave: Licitações. RDC. Lei n.º 12.462/11. Lei n.º 8666/93. Análise comparativa.

ABSTRACT

The present work has as its scope the comparative study between the Differentiated Regime of Signings – DRC (Law No. 12,462/11) and law No. 8,666/93. In this sense, and from the thorough description of the bidding procedures stipulated in normative acts cited, the collation of their main devices with a view to resolving the question-problem: under the aspects of *speed, competitiveness, efficiency/cost savings* and *environmental responsibility*, what are the advantages of a Differentiated Regime of Signings – DRC with respect to the regulatory provisions of the law No. 8,666/93? This work has as justifications, on the one hand, the need for discussion of specific regulations to a novel scheme and, on the other hand, the magnitude of financial engineering works auctioned through the DRC. As regards the procedures for data collection and analysis, this monographic study thanks to the bibliographical research and legal. That said, and after conducting comparative analysis with respect to the General Regime of law No. 8,666/93, it can be concluded that the RDC configures itself in important instrument for improving the tendering procedure, in that it shows more quickly (phase reversal and appellate stage only), more competitive (confidential budget and providing successive bids), more efficient (integrated procurement and contract efficiency) and more environmentally responsible (detailing environmental obligations and the possibility of binding the contractor to the practice social action). This is therefore a system more in line with the new demands and priorities of the Brazilian society, indeed other than those that prevailed when the edition of the law No. 8,666/93, for over two decades.

Keywords: Bids. DRC. Law No. 12462/11. Law No. 8666/93. Comparative analysis.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - Modalidade licitatória versus Valor da licitação	41
---	----

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - Esquema comparativo entre a Lei n.º 8.666/93 (Regime Geral) e a Lei n.º 12.462/11 (RDC).....	68
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

APO: Autoridade Pública Olímpica

CF/88: Constituição Federal de 1988

CPB: Código Penal Brasileiro

DEM: Partido Democratas

DF: Distrito Federal

FIFA: Federação Internacional de Futebol (do francês, **Fédération Internationale de Football Association**)

GECOPA: Grupo Executivo da Copa

MP: Medida Provisória

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

RDC: Regime Diferenciado de Contratação

PIB: Produto Interno Bruto

PGR: Procurador-Geral da República

PPS: Partido Popular socialista

PSDB: Partido Social da Democracia Brasileira

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPITULO 1 A LICITAÇÃO E O SEU ARCABOUÇO LEGAL E DOUTRINÁRIO	18
1.1 A licitação	18
1.1.1 Definições	18
1.1.2 Princípios da licitação	19
1.1.2.1 Princípio da isonomia	20
1.1.2.2 Princípio da seleção da proposta mais vantajosa	21
1.1.2.3 Princípio do desenvolvimento nacional sustentável	21
1.1.2.4 Princípio da legalidade	22
1.1.2.5 Princípio da impessoalidade	23
1.1.2.6 Princípio da moralidade	24
1.1.2.7 Princípio da publicidade	24
1.1.2.8 Princípio da probidade administrativa	26
1.1.2.9 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	26
1.1.2.10 Princípio do julgamento objetivo	27
1.1.2.11 Princípio da eficiência	28
1.2 O regime geral de licitações da Lei n.º 8.666/93	28
1.2.1 Modalidades licitatórias segundo a lei n.º 8.666/93	30
1.2.1.1 Concorrência	30
1.2.1.2 Tomada De Preço	32
1.2.1.3 Convite	33
1.2.1.4 Concurso	34
1.2.1.5 Leilão	35
1.2.2 Do procedimento licitatório previsto na Lei n.º 8.666/93	36
1.2.3 Licitação dispensada, dispensável e inexigível	38
1.2.3.1 Licitação dispensada	38
1.2.3.2 Licitação dispensável	39
1.2.3.3 Licitação inexigível	40
1.2.4 Modalidades licitatórias x valor da licitação	41
1.3 O regime diferenciado de contratações – RDC	42
1.3.1 Considerações iniciais	42
1.3.2 Das alegadas inconstitucionalidades do RDC	45
1.3.3 As principais novidades do RDC em relação à Lei n.º 8.666/93	46
1.3.4 Do procedimento licitatório do RDC	49
1.3.4.1 A denominada “inversão de fases”	49
1.3.4.2 Da disputa	50
1.3.4.3 Da análise das propostas	51
CAPÍTULO 2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES versus A LEI n.º 8.666/93	54
2.1 Celeridade	55
2.2 Competitividade	56
2.3 Eficiência/Redução de custos	59
2.4 Responsabilidade ambiental	60
CAPÍTULO 3 ANÁLISES E DISCUSSÕES	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

No Brasil, por força de preceito constitucional, *e excetuados os casos legalmente previstos*, as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública devem ser obrigatoriamente precedidas de licitação. Assim aduz o inciso XXI do art. 37, da Constituição Federal de 1998 (CF/88).

Em decorrência desta previsão, o volume de compras da Administração Pública Brasileira, em todas as suas esferas e Poderes, constitui-se como um dos mais pujantes instrumentos de incentivo à produção em nosso país. A título de exemplo, vale mencionar que, durante o ano de 2013, e considerada apenas a União Federal, foram gastos mais de 68 bilhões de reais na aquisição de bens e serviços, conforme informa o site do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG.

Vale ressaltar que, ao contrário do que prevê o art. 37 com relação às obras, serviços etc., a CF/88 veda qualquer exceção quanto à obrigatoriedade de realização de licitação com relação aos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos. Vale dizer, nestes casos, a licitação apresenta-se sempre cogente, nos termos do art. 175, o qual afirma que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, *sempre* através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Ademais, também por preceito constitucional (art. 22, inciso XXVII), é competência privativa da União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Impende ressaltar que a Carta Magna apenas atribuiu competência à União para editar normas gerais, ficando a cargo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, regularem a matéria segundo as especificidades locais e regionais, desde que não fossem desrespeitados os ditames previstos em lei nacional.

Em obediência à previsão constitucional, o Congresso Nacional, em 1993, editou a Lei n.º 8.666/93, a qual “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”. No referido diploma legislativo, o Parlamento dispôs sobre os princípios dos procedimentos licitatórios, as condutas vedadas, as modalidades e tipos de licitação, dentre inúmeros outros aspectos relacionados à matéria – inclusive tipificando crimes e cominando penas.

Neste panorama legislativo, estão subordinados à sobredita lei nacional, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É o que afirma o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 8.666/93.

Naturalmente, em se tratando de um tema tão recorrente e complexo, não demorou muito para que os agentes públicos ou privados envolvidos nos procedimentos licitatórios, identificassem pontos que mereceriam ser revistos e/ou atualizados, como forma de adequar o normativo às demandas “reais”. Assim, logo no ano de 1994, por meio da Lei n.º 8.883/94, foi feita a primeira alteração. Desde então, várias outras atualizações se seguiram: Lei 9.032/95, 9.648/98 etc. Foi, inclusive, em 2002, editada a Lei 10.520/02, a qual criou mais uma modalidade de licitação: o Pregão Eletrônico.

Em 2011, porém, foi promulgada aquela que certamente configura-se como o mais contundente e polêmico diploma legislativo relacionado à seara das licitações no Brasil: a Lei n.º 12.462/11. A referida norma instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, o qual trouxe inúmeras inovações aos procedimentos previstos pela Lei n.º 8.666/93, bem como por suas alterações.

O RDC foi instituído em 2011 com vistas à contratação das grandes obras de infraestrutura previstas para os anos seguintes, haja vista a realização dos eventos de grande porte previstos para o Brasil, mormente a Copa do Mundo da FIFA, em 2014, e as Olimpíadas do Rio de Janeiro, em 2016.

Trata-se de um novo e peculiar regime licitatório criado com os alardeados objetivos de, nos termos do § 1º do art. 1º da Lei n.º 12.462/11: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica e; assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Estruturalmente, o presente trabalho foi dividido nas partes/capítulos a seguir delineados.

A INTRODUÇÃO traz as considerações iniciais acerca do tema em estudo, a justificativa, a discussão do problema de pesquisa, as hipóteses, os objetivos Geral e Específicos, bem como os procedimentos metodológicos que caracterizam o presente estudo.

O CAPÍTULO 1, cujo título é “A LICITAÇÃO E O SEU ARCABOUÇO LEGAL E DOCTRINÁRIO”, traz o arcabouço científico, legal e doutrinário que fundamentou o presente trabalho, além de apresentar a descrição dos objetos de estudo.

O CAPÍTULO 2, intitulado de “O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES VERSUS A LEI N.º 8.666/93”, teve por objetivo realizar a análise comparativa entre os dois regimes licitatórios abordados.

O CAPÍTULO 3, denominado “ANÁLISES E DISCUSSÕES”, apresenta a análise do autor acerca do estudo comparativo empreendido, bem como traz comentários pertinentes à matéria.

Por fim, as “CONSIDERAÇÕES FINAIS” trazem as derradeiras observações do autor acerca do presente estudo.

Quanto à formulação do problema, tem-se que o verbete “*problema*” tem, dentre outros, as seguintes acepções: “*Questão não resolvida*” ou, ainda, “*Qualquer questão que enseja hesitação ou perplexidade, por ser de difícil explicação ou resolução*”. Vê-se, pois, está ínsita a ideia de questão a ser respondida; de dúvida acerca de um determinado assunto.

Se uma dada matéria é incontroversa, se sobre ela não pairam incertezas, não se justifica o seu estudo. Se todas as questões foram solvidas, por mais relevante que seja o assunto em tela, resta esvaziada a sua análise. Não é esta a situação que se apresenta no presente estudo. Se o tema “licitações” já se mostra deveras tormentoso no dia a dia, tal assertiva mostra-se ainda mais pertinente quando o estudioso encontra-se diante de um novo paradigma, ou, como no caso em apreço, diante de um novo diploma legal: a Lei n.º 12.462/11 – a denominada Lei do Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

Muitas são as críticas feitas pelos que lhe são contrários, muitas são as promessas pelos que lhe são favoráveis, mas, principalmente, inúmeras são as perguntas ainda não adequadamente respondidas.

E é neste contexto de dissenso doutrinário e legislativo que se apresenta o presente trabalho. Seu intento foi tornar o tema em estudo mais palatável para aqueles que querem conhecer com mais detalhe o RDC, por meio de estudo comparativo entre o “velho” e o “novo” regimes.

Destarte, dada a complexidade do tema, bem como a conseqüente impossibilidade temporal de esgotamento da matéria no curso da presente Monografia, fez-se imperiosa a delimitação do espectro de análise da pesquisa, sob pena de o trabalho acabar por abordar o que não deveria ou, ainda pior, olvidar de abordar o que se mostrasse imprescindível.

Assim, diante do que tudo acima fora exposto, e parecendo-nos premente a necessidade, para fins de quaisquer análises posteriores, da realização de consistente cotejo entre os dispositivos das Leis n^{os}. 8.666/93 e 12.462/11, este trabalho responde à seguinte questão-problema: sob os aspectos da *celeridade*, da *competitividade*, da *eficiência/redução de custos* e da *responsabilidade ambiental*, quais as vantagens do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) com relação às previsões normativas da Lei 8.666/93?

No que concerne ao lastro hipotético, e diante da problemática apresentada retro, este trabalho levanta, discute e confirma, conforme demonstrar-se-á, uma das seguintes hipóteses a seguir explicitadas: A Hipótese h_1 aduz que “Considerados os aspectos da *celeridade*, da *competitividade*, da *eficiência/redução de custos* e da *responsabilidade ambiental*, consubstancia-se o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) em um avanço normativo com relação às previsões normativas da Lei n.º 8.666/93”. Por sua vez, a Hipótese h_2 afirma que “Considerados os aspectos da *celeridade*, da *competitividade*, da *eficiência/redução de custos* e da *responsabilidade ambiental*, **não** se consubstancia o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) em um avanço normativo com relação às previsões normativas da Lei n.º 8.666/93”.

No que concerne à Justificativa do presente trabalho, registre-se que o RDC configura-se, como já dito, em um novel regime licitatório, tendo como alegada finalidade tornar as licitações mais céleres, sem prejuízo aos princípios da transparência e do controle estatal acerca da lisura do processo.

O RDC teve seus fundamentos retirados dos normativos respectivos vigentes na União Européia, nos Estados Unidos, bem como nas bases da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. No âmbito interno, o RDC foi fortemente inspirado na legislação do Pregão, o qual fora instituído no Brasil em 2002, por meio da Lei 10.520/02.

Inegavelmente, o modelo do RDC teve como destinatárias imediatas as obras relacionadas à Copa do Mundo FIFA 2014, bem como às Olimpíadas 2016. E os valores envolvidos nas intervenções planejadas para fins de realização dos citados eventos são deveras expressivos: oficialmente, mais de 26 bilhões de dólares, segundo estudo da Consultoria Legislativa do Senado (SENADO, 2014).

Ademais, desde o princípio o RDC foi alvo de severas críticas. Foi neste contexto que foram apresentadas as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIs) n.ºs 4645 e 4655, de iniciativa, respectivamente, do Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB) e do Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Gurgel. Os vícios inquinados seriam tanto de origem formal quanto de natureza material.

Por outro lado, os defensores do novo regime afirmavam que os dispositivos da Lei n.º 8.666/93 estariam ultrapassados, sendo urgente uma grande reformulação do modelo licitatório nacional e a instituição do regime em tela seria um primeiro e importante passo no sentido da modernização legislativa da seara licitatória. O RDC, segundo eles, daria celeridade e eficácia às contratações, sem olvidar da necessidade de transparência e isonomia que devem permear todos os processos de contratação pública. Alegam ainda que o RDC é um regime fortemente caracterizado pela utilização de procedimentos modernos e desburocratizados, bem como pela valorização da sustentabilidade ambiental, social e econômica.

Assim, vê-se que a Lei do RDC já foi promulgada sob os holofotes da polêmica doutrinária, jurídica e política. Tais discrepâncias parecem estar longe de serem dirimidas, posto que ainda não há consenso sobre os alegados retrocessos nem tampouco acerca dos supostos benefícios trazidos pelo RDC ao macro-sistema licitatório brasileiro.

Na prática, porém, pode-se afirmar que a instituição do novo regime – via a Medida Provisória (MP) n.º 527/2011 – parece apenas ter sido o meio mais rápido que o Executivo Federal encontrou de responder às demandas relacionadas às obras da Copa do Mundo de Futebol (2014), bem como das Olimpíadas do Rio de Janeiro (2016). Uma vez mais, a alegada letargia do Congresso Nacional serviu de pseudo-justificativa para o Executivo optar pelo “atalho” proporcionado pela adoção de uma MP, ao invés de utilizar-se da via normal, a qual consubstanciar-se-ia na apresentação do respectivo Projeto de Lei. Vale frisar que o Brasil foi escolhido como sede da “Copa do Mundo de Futebol de 2014” no dia 30 de outubro de 2007, tendo, pois, decorridos mais de 3,5 anos (três anos e meio) desde a referida data até que o Executivo editasse a MP 527/11, em 18 de março de 2011.

Ex positis, justifica-se o presente trabalho diante da necessidade de se discutir os regramentos do RDC, identificando e discutindo seus alegados benefícios, sempre à luz do cotejo do novo normativo com a tão criticada Lei n.º 8.666/93. Trata-se, pois, de tema deveras atual e de grande relevo para as finanças públicas nacionais, merecendo, por conseguinte, novéis estudos acerca da matéria.

Assim, seja pela envergadura e pela atualidade das obras a serem licitadas por meio do RDC, seja pelo dissenso que permeia a presente matéria, apresenta-se pertinente uma análise comparativa entre o regime em tela e os dispositivos da Lei n.º 8.666/93.

Nesse diapasão, este trabalho analisou, de forma detida, o teor da Lei do RDC, tendo como foco a identificação de suas vantagens e avanços, sempre sendo considerada como parâmetro comparativo a Lei n.º 8.666/93, denominada como Lei Geral de Licitações.

Assim, foi estabelecido o objetivo geral do trabalho, qual seja: realizar estudo comparativo entre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e a Lei n.º 8.666/93, com ênfase nos aspectos relacionados à *celeridade*, à *competitividade*, à *eficiência/redução de custos* e à *responsabilidade ambiental*. Analogamente, foram também definidos os objetivos específicos, a saber: descrever o regime licitatório previsto na Lei n.º 8.666/93, apontando seus elementos característicos; descrever o regime licitatório previsto na Lei n.º 12.462/11 (Lei do RDC), apontando seus elementos característicos e; apresentar um quadro comparativo entre os regimes das duas leis supracitadas, com ênfase nos seguintes aspectos: *celeridade*, *competitividade*, à *eficiência/redução de custos* e *responsabilidade ambiental*.

No que concerne aos procedimentos metodológicos aqui adotados, e resguardadas as polêmicas doutrinárias acerca da matéria, o presente trabalho foi do tipo *exploratório-descritivo*, posto que ao passo que visou proporcionar uma maior familiaridade com a matéria e, conseqüentemente, possibilitar o aprimoramento de ideias e a descoberta de intuições (aspecto exploratório), também intentou descrever e analisar as características dos objetos analisados (neste caso, a Lei n.º 8.666/93 e o RDC) por meio da correlação de suas características (aspecto descritivo).

Quanto aos *procedimentos de coleta e análise de dados*, este estudo monográfico valeu-se unicamente da pesquisa bibliográfica, não tendo aqui sido utilizadas informações prestadas diretamente por pessoas (por meio de entrevistas, questionários etc.).

A *pesquisa bibliográfica* fez-se necessária para enriquecer o substrato teórico da pesquisa. Este rastreamento trouxe à baila conhecimentos e questionamentos que se mostraram deveras úteis no desenrolar do estudo. Durante esta fase foram consultados livros, artigos científicos e doutrinários etc.

Frise-se que a 1ª Etapa do presente estudo, denominada Fase Exploratória, consubstanciou-se na realização da Pesquisa Bibliográfica.

No que concerne ao tratamento das informações colhidas durante a 1ª Etapa acima mencionada, e a partir de toda a gama de dados ali coletados, o estudo penetra em uma 2ª e decisiva fase, a qual contempla a descrição dos objetos, o estudo comparativo entre eles e as considerações finais da pesquisa. Esta 2ª etapa, denominada Fase Descritiva, foi operacionalizada por meio do cotejo entre os dois regimes analisados (RDC *versus* Lei n.º 8.666/93), mister este que fora alcançado através da comparação entre as características basilares de cada modalidade, bem como por meio da descrição e da análise das vantagens e dos avanços do RDC com relação aos dispositivos da Lei n.º 8.666/93.

Registre-se que todas as etapas acima mencionadas foram devida e plenamente realizadas durante o transcurso do presente trabalho, fato este que muito contribuiu para a sua exitosa conclusão. Destarte, espera-se que os resultados e as discussões aqui suscitadas possam servir de útil subsídio para aqueles que intencionem conhecer um pouco mais da tão importante e polêmica seara licitatória.

CAPÍTULO 1 A LICITAÇÃO E O SEU ARCABOUÇO LEGAL E DOUTRINÁRIO

1.1 A Licitação

1.1.1 Definições

Nos dizeres de Justen Filho (2010, p. 11),

[...] a licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com a observância de todos os requisitos legais.

No mesmo sentido, Mello (2008, p. 516) afirma que a licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente estatal, objetivando alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou uso exclusivo de bem, nos termos das condições por ele estipuladas de forma prévia, convoca interessados na apresentação de propostas, com o objetivo de selecionar aquela que se revele mais conveniente em função de critérios antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A licitação afigura-se, pois, em um procedimento administrativo formal através do qual a Administração Pública contrata com terceiros a execução de obras, a prestação de serviços, a aquisição de bens etc. Seu objeto, pois, é a celebração de contratos com particulares, e sempre deve ter como finalidade primordial e última o melhor atendimento do interesse público no tocante à aquisição dos insumos que se mostrem necessários e/ou úteis para que o Estado possa melhor desenvolver as suas atividades.

Segundo Mazza (2013, p. 303), o procedimento licitatório somente pode ser instaurado acaso presentes 3 (três) pressupostos fundamentais, a saber:

Pressuposto Lógico

Existência de pluralidade de objetos e de ofertantes, posto que, havendo apenas um objeto disponível, ou apenas um fornecedor possível, deverá ser realizada contratação direta, sem licitação (inexigibilidade do art. 25, I).

Pressuposto Jurídico

Deve ser conveniente e oportuna a realização da licitação; do contrário, a Administração deve abster-se de realizar o procedimento, devendo optar pela dispensa ou pela inexigibilidade (arts. 24 ou 25)

Pressuposto fático

O procedimento deve despertar o interesse de licitantes potenciais, sob pena de a licitação ser declarada deserta; ou seja, sem licitantes não há como, faticamente, a licitação lograr êxito.

1.1.2 Princípios da licitação

A partir das definições doutrinárias supra mencionadas, logo infere-se que a licitação deve ser processada e julgada em estrita conformidade com determinados princípios gerais, os quais, segundo Silva (2005, p. 92) são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”. São, pois, as diretrizes magnas que norteiam um dado ordenamento jurídico e que lhes servem de parâmetros indutores e interpretativos. E complementa Mello apud Silva (2005, p. 91): “Princípio...exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema”.

Neste sentido, aduzindo os princípios que devem nortear a licitação, o art. 3º da Lei n.º 8.666/93 informa que

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do **desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da **impeccabilidade**, da **moralidade**, da **igualdade**, da **publicidade**, da **probidade administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. (**grifamos**)

Além destes, por óbvio não há de se olvidar também os preceitos gerais da Administração Pública plasmados no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), dispositivo este que afirma que

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, **impeccabilidade**, **moralidade**, **publicidade** e **eficiência**. (**destacamos**)

Conforme Mendes (2011, p. 52), além dos princípios previstos na CF/88 e na própria Lei n.º 8.666/93, existem inúmeros outros aplicáveis: alguns deles são explícitos, ou seja,

constam expressamente de textos normativos; outros, são implícitos, isto é, podem ser deduzidos dos valores que dão forma ao sistema jurídico-legal.

A seguir, são analisados os princípios mais relevantes da seara licitatória.

1.1.2.1 Princípio da isonomia

Este princípio tem como objetivo garantir que os interessados em contratar com a Administração Pública disputem, em condições de igualdade com seus concorrentes, o objeto da licitação. Veda-se, pois, a previsão de quaisquer favorecimentos não previstos em lei. Em nome deste princípio, e nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, veda-se aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Impende ressaltar, entretanto, que este mesmo art. 3º também dispõe acerca de situações excepcionais nas quais o próprio legislador entendeu por bem privilegiar determinados licitantes, em nome do favorecimento ao atendimento de normas técnicas brasileiras e do incentivo ao desenvolvimento tecnológico nacional. Tais situações são previstas nos §§ 5º a 12 do citado art. 3º. Dentre elas, pode-se, exemplificativamente, mencionar que:

§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. (Incluído pela Lei n.º 12.349, de 2010)

[...]

§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001. (Incluído pela Lei n.º 12.349, de 2010)

Ademais, a Lei Complementar (LC) n.º 123/2006, também prevê tratamento diferenciado para as Micro e Pequenas Empresas que desejam contratar com a Administração, em razão da importância econômica e social de tais entes para a economia nacional, bem como em função de sua hipossuficiência frente às grandes empresas.

Vê-se, pois, que a isonomia deve ser sempre um princípio norteador da licitação, de forma que o favorecimento de determinado(s) licitante(s) deve dar-se de maneira excepcional, fundamentada e sempre previsto em lei.

1.1.2.2 Princípio da seleção da proposta mais vantajosa

O Princípio da Seleção da proposta mais vantajosa relaciona-se direta e indissociavelmente com a necessidade de a Administração zelar pelo estabelecimento de contrato que, em dadas circunstâncias, seja o mais benéfico e vantajoso para a Administração.

Vale ressaltar que, muitas vezes, tal benefício não está relacionado ao menor preço, posto que pouca (ou nenhuma) utilidade teria a celebração de um contrato que se mostrasse financeiramente atrativo, mas que não lograsse êxito quanto ao adequado atendimento das necessidades do ente estatal contratante. Diz o adágio popular: “às vezes, o barato sai caro”.

Neste sentido, o inciso II, do art. 48, da Lei n.º 8.666/93, dispositivo este que aduz que serão desclassificadas:

Art. 48. (...)

II- propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994) **(grifamos)**

1.1.2.3 Princípio do desenvolvimento nacional sustentável

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável refere-se à necessidade de o gestor público apenas celebrar avenças que levem em consideração não apenas os benefícios de

curto prazo para a Administração, mas também as implicações de médio e longo prazos, tanto para o próprio Estado quanto para a sociedade em geral. Tal princípio foi inserido no texto do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 por meio da Lei 12.349/2010.

Não mais se admite que, a pretexto de obter contratos financeiramente menos onerosos, a Administração 1) contribua para o aumento da degradação ambiental e/ou 2) celebre contratos que impliquem desperdício de recursos naturais.

Nos dizeres de Mendes (2011, p. 52) citando a definição trazida pelo Relatório Brundtland, publicado em 1987, o desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades presentes, sem que isso implique o comprometimento da capacidade das gerações futuras de suprir as suas próprias necessidades.

Vale registrar que, no ano de 1992, a ONU (Organizações das Nações Unidas) promoveu a Conferência Mundial sobre Meio Ambiente, na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. Durante o referido encontro, Chefes de Estado e/ou de Governo de mais de uma centena de países assinaram diversos acordos multilaterais relacionados à preservação do meio ambiente e à busca do desenvolvimento sustentável.

1.1.2.4 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, segundo Silva (2005, p. 420), é “nota essencial do Estado de Direito”. Ademais, afirma o referido autor que o Estado deve sujeitar-se ao império da lei; a lei que vise a realizar o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais.

Segundo Mendes e Branco (2012, p. 1162), o princípio da legalidade implica a observância da supremacia da lei sobre a vontade do administrador, de forma que apenas podem ser estabelecidas restrições aos direitos individuais ou coletivos por meio de disposição legal.

A própria CF/88 traz o referido princípio, de forma expressa, em seu art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A vinculação estrita à lei é, pois, também um dos mais basilares princípios do procedimento licitatório. Não por acaso, aduz o art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.666/93 que

Art. 4º 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. **(grifo nosso)**

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Destarte, percebe-se que a licitação encontra-se indissolúvelmente vinculada às previsões constitucionais e legais, de modo que não é lícito ao Administrador Público, sob nenhum pretexto, ampliar, restringir, alterar etc. as condições do procedimento licitatório, se não autorizado expressamente por lei. E entenda-se aqui *lei* em seu sentido formal (instrumento normativo aprovado pelo legislativo e promulgado pelo Executivo), não havendo que se falar em disposições restritivas ou ampliativas estabelecidas por meio de decretos, regulamentos, portarias etc.

Isso não implica afirmar, entretanto, que ao Administrador Público não resta nenhuma margem discricionária no transcurso do procedimento. Pode (e deve!) o Administrador estabelecer critérios, definir prioridades, decidir controvérsias etc., mas sempre adstrito aos limites e aos permissivos legais.

1.1.2.5 Princípio da impessoalidade

O referido princípio impõe ao Administrador a obediência a critérios objetivos e previamente definidos, esquivando-se este de pautar sua conduta funcional em valores e/ou preferências pessoais, bem como olvidando os interesses e anseios dos particulares interessados. Ao revés, deve o Gestor Público sempre fundamentar suas decisões em critérios técnico-legais.

Vale frisar, entretanto, que isto não significa que os interesses de particulares tenham de ser, necessariamente, contrapostos aos da Administração. Ao contrário, é muito comum que haja interesses recíprocos e simultâneos entre a Administração e terceiros. O que resta vedado pelo Princípio da Impessoalidade, pois, é a supremacia dos anseios destes últimos com relação aos do Estado.

Este critério também é chamado por alguns doutrinadores de Princípio da Finalidade, posto que a licitação, independentemente de seu objeto, deve possuir apenas um único fim: o atendimento às finalidades e aos interesses públicos.

Di Pietro (2012, p. 68) lembra que, também em razão do princípio da impessoalidade, os atos administrativos são imputáveis não ao servidor que eventualmente os pratique, mas ao próprio órgão ao qual o servidor está vinculado. Trata-se da Teoria do Órgão, segundo a qual a vontade e a finalidade são da Administração, jamais do servidor.

1.1.2.6 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade exige do Administrador que o seu proceder não se pautе apenas pela legalidade, na licitude. Elas são necessárias, mas não suficientes. O referido princípio exige que a sua conduta seja moral, ética e condizente com os bons costumes.

Neste sentido, já afirmava Paulo, eminente jurista romano: “Nem tudo que é lícito é honesto. Nem tudo que é legal é moral. O permitido pelo direito nem sempre está de acordo com a moral”. É este *plus* que exige-se do ocupante do cargo público: a observância não somente das leis, mas, cumulativamente, da moral e da ética.

Referindo-se ao mencionado princípio, afirma Mello (2008, p. 119) que a Administração tem o dever de atuar na conformidade de princípios éticos, posto que violá-los implicará a violação do próprio Direito e tornará a conduta passível de invalidação, administrativa e/ou judicialmente.

Vale lembrar que tamanho é o relevo deste princípio que o legislador constituinte alçou-o à categoria de preceito fundamental de toda a Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88).

1.1.2.7 Princípio da publicidade

Analogamente ao que ocorreu com relação ao princípio anterior, também a *publicidade* foi erigida à condição de preceito fundamental de toda a Administração Pública (v. *caput* do art. 37 da Carta Magna vigente).

Em complemento à previsão constitucional, também a Lei n.º 8.666/93 dispôs, em vários de seus dispositivos, que o princípio da publicidade deveria permear o procedimento licitatório, e. g.,

Art.5^o Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, **devidamente publicada. (grifo nosso)**

Art.15. As compras, sempre que possível, deverão:

§ 2^o Os preços registrados serão **publicados** trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial. **(grifo nosso)**

Art.16. Será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação. **(destacamos)**

Art.21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, **deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: [...]** **(grifamos)**

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2^o e 4^o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8^o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e **publicação na imprensa oficial**, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. **(grifo nosso)**

Este princípio apresenta-se sob duas vertentes, justapostas e complementares. A primeira delas diz respeito aos licitantes, ou seja, aos interessados diretos de uma determinada contratação. Estes, na medida em que podem ter amplo conhecimento dos atos estatais, têm maiores possibilidades de fiscalizar/denunciar a ocorrência de inadequações, tais como favorecimentos ilegais a seus concorrentes. A segunda vertente, por sua vez, relaciona-se com o dever de informar a sociedade em geral, posto que se entende que a preocupação do gestor quanto à obediência aos ditames legais tende a ser diretamente proporcional às possibilidades de fiscalização de seus atos pelos cidadãos e pelos órgãos de controle interno e externo.

Neste sentido, afirma Mendes e Branco (2012, p. 1167) Constituição de 1998 abriu novas perspectivas para a ampliação do exercício do controle social da atuação do Estado, com destaque para a contribuição da imprensa livre, das organizações não-governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão.

1.1.2.8 Princípio da probidade administrativa

A defesa da probidade administrativa tem sede constitucional, visto que o art. 37, § 4º da Carta Magna afirma que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Neste sentido, foi promulgada a Lei n.º 8.429/92, que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. O referido diploma prevê, em seu art. 9.º, que constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades ali referidas. Aduz também que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das mesmas entidades (art. 10). Afirma ainda que também constitui ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (art. 11).

1.1.2.9 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O referido princípio está insito no art. 41, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, o qual afirma que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Em regra, portanto, as regras do edital são inalteráveis. Frise-se, contudo, que em caso de necessidade imperiosa de alteração, a Administração deve dar plena publicidade dos dispositivos modificados, devolvendo os prazos aos interessados para que se adequem às novas condições e, possibilitando que, eventuais terceiros que ainda não estejam participando da licitação, possam habilitar-se.

Em suma, não pode a Administração, desavisadamente, alterar os termos do edital ao seu bel-prazer, sem dar publicidade a tais modificações. A publicidade, pois, apresenta-se como condição *sine qua non* para que as alterações tidas como imprescindíveis ao adequado

atendimento das necessidades estatais sejam devidamente publicadas, de forma que eventuais ilegalidades possam ser conhecidas e impugnadas, a teor do § 1º do art. 41 da Lei de Licitações, devendo tal inconformismo ser protocolado em até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis.

Conforme Di Pietro (2012, p. 381), trata-se de princípio basilar cuja inobservância enseje a nulidade do procedimento respectivo.

1.1.2.10 Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo está relacionado com a obrigação de o Administrador Público obedecer, em suas decisões, critérios claros, objetivos e que tenham sido previamente definidos e publicizados. Tal preceito intenta evitar que as decisões de cunho administrativo sejam tomadas a partir de critérios fluidos, subjetivos e não previstos no instrumento edilício. Ressalte-se que este princípio é aplicável ainda que a motivação da decisão esteja relacionada à necessidade de melhor adequação do julgamento ao interesse público. Dessarte, a decisão deve ser objetiva, devendo o Administrador, se for o caso, “revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta” ou “anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado” (art. 49, *caput*).

Conforme Alexandrino e Paulo (2010, p. 555-556), é patente que a absoluta objetividade apenas pode ser plenamente efetivada quando o critério da licitação for “menor preço” (no caso de aquisições) ou “o maior lance ou oferta” (no caso de alienações), posto que os critérios de “melhor técnica” ou “técnica e preço” inevitavelmente implicarão alguma carga valorativa – desde que, por óbvio, isso não implique a adoção de critérios desarrazoados por parte da Administração.

Em suma, deve o administrador esquivar-se de tomar decisões fundadas em opiniões pessoais (próprias e/ou de terceiros), visto que tal ato pode, inclusive, dar ensejo à prática do crime previsto no art. 91 da Lei 8.666/93 (favorecer interesses privados perante a Administração) ou mesmo da infração penal tipificada no art. 319 do Código Penal Brasileiro (prevaricação).

1.1.2.11 Princípio da eficiência

O princípio da *eficiência* não constava da redação original do *caput* do art. 37 da CF/88, tendo sido incluído por meio da Emenda Constitucional n.º 19/1998, fruto da implementação da Reforma Administrativa do Estado levada a efeito durante a década de 1990 pelo Governo Federal. Passou a dispor o referido dispositivo, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/1998) (**grifo nosso**)

Durante o referido período, o Estado Brasileiro implementou diversas medidas de cunho administrativo e legal, no intuito de modernizar a atuação dos entes estatais e implantar o paradigma da Administração Gerencial na Administração Pública, visando suplantando o modelo da Administração Burocrática, até então vigente.

O termo *eficiência* tem origem na palavra latina *efficientia*, referindo-se à capacidade de algo ou alguém alcançar um determinado efeito, um dado objetivo. É eficiente algo/alguém que atinge suas finalidades precípua. E qual o efeito almejado pela Administração Pública? Prioritariamente, responder de forma célere, econômica e eficaz os anseios da sociedade.

Vê-se, portanto, que todos esses mencionados princípios devem mostrar-se inafastáveis da seara licitatória, independentemente da modalidade escolhida, posto que são pressupostos considerados imprescindíveis à concretização do mais importante dos objetivos do sobredito procedimento: o atendimento às finalidades públicas. Ademais, vale registrar que o próprio art. 3.º da Lei n.º 8.666/93 afirma que não apenas esses princípios, mas também todos os que lhes são correlatos, devem nortear a realização da licitação.

1.2 O regime geral de licitação da Lei n.º 8.666/93

Afirma a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, que

[...] **ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que

estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. **(grifo nosso)**

De plano, vê-se que, em regra, a Administração está obrigada a licitar suas obras, serviços, compras e alienações, exceto nos casos em que a própria lei dispensa ou inexege a realização do dito procedimento.

Regulamentando dito dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei n.º 8.666/93, cuja ementa afirma que aquela Lei “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

Com a promulgação do sobredito diploma infralegal, restou revogado o Decreto-Lei n.º 2.300/1986, o qual até então dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal e dava outras providências. Frise-se que, por força do art. 85 do sobredito Decreto-Lei, aplicavam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as normas gerais ali estabelecidas. A partir da publicação da Lei n.º 8.666/93, esta passou a disciplinar o procedimento licitatório, estabelecendo, dentre outros aspectos, as modalidades de licitação, os casos de dispensa e inexigibilidade, as condutas vedadas etc. É de se dizer que os dispositivos de caráter geral do novel diploma passaram a ser de cumprimento obrigatório para todas as esferas da Administração Pública (a saber: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como para os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (parágrafo único do art. 1º da Lei).

Diz o parágrafo único do art. 2.º que, “para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Segundo Mazza (2013, p. 307), entretanto, não se submetem à exigibilidade da licitação:

- a) as empresas privadas;
- b) as concessionárias de serviço público;
- c) as permissionárias de serviço público;
- d) as Organizações Sociais, exceto para contratações com utilização direta de verbas provenientes de repasses voluntários da União;

- e) as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), exceto para contratações com utilização direta de verbas provenientes de repasses voluntários da União;
- f) a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

Afirma o art. 3º da Lei que a licitação tem por objetivo garantir a observância da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e de todos os que lhes forem correlatos.

1.2.1 Modalidades licitatórias segundo a Lei n.º 8.666/93

Conforme dicção do art. 22 da Lei n.º 8.666/93, são 5 (cinco) as modalidades de licitação. São elas:

- Concorrência;
- Tomada de preços;
- Convite;
- Concurso e;
- Leilão

Vale frisar que, segundo o § 8º do citado art. 22, “é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”.

1.2.1.1 Concorrência

Nos termos do § 1.º do art. 22 da Lei de Licitações, *verbis*

[...] Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Como regra, a concorrência é aplicável às licitações cujos objetos demandem um maior volume de recursos financeiros e, por consequência, requerem maiores formalidades quando comparada às outras modalidades licitatórias.

O prazo mínimo entre a publicação do edital e o recebimento das propostas será, no caso da concorrência:

I – de 45 (quarenta e cinco) 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" e;

II – de 30 (trinta) dias, nos casos não especificados no item anterior.

Outrossim, a Lei Geral de Licitações exige que a concorrência seja a modalidade obrigatoriamente aplicada nos casos de:

- Obras e serviços de engenharia de valores superiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- Compras e serviços que não sejam de engenharia, desde que o valor a ser contratado seja superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (art. 23, II, “c”);
- Compra e alienação de bens imóveis, qualquer que seja o seu valor, ressalvado o disposto no artigo 19 da Lei, a qual admite concorrência ou leilão para fins de alienação de bens adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento (§ 3º do art. 23);
- Concessões de direito real de uso (§ 3º do art. 23);
- Licitações internacionais, ressalvada a possibilidade da tomada de preço e do convite (§ 3º do art. 23);

- Alienações de bens móveis quando o valor for superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (§ 6.º do art. 17).
- Seleção para fins de Registro de Preços (art. 15, II);
- Concessão de serviços públicos (art 2.º, II, da Lei n.º 8.987/95 e;
- Para fins de celebração de contratos de parceria público-privada (art. 10 da Lei n.º 11.079/2004).

Importante salientar que, nos termos do § 4.º do art. 23, a Administração poderá utilizar a concorrência em qualquer caso, haja vista tratar-se da modalidade cujo procedimento, conforme já dito, reveste-se de maiores formalidades e de publicidade mais ampla.

1.2.1.2 Tomada de preço

Segundo o § 2º do art. 22, Tomada de Preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados previamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o 3º (terceiro) dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

A Tomada de Preços pode ser adotada nas licitações de obras e serviços de engenharia de valores inferiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), bem como para compras/serviços não relacionados à área de engenharia, desde que, neste caso, o valor contratado seja inferior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Por previsão do § 8º do art. 23, no caso de consórcios públicos, os valores mencionados no *caput* serão duplicados quando o grupo consorcial for formado por até 3 (três) entes federativos (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), bem como triplicados no caso de grupos formados por 4 (quatro) ou mais membros.

Ao dispor sobre a Tomada de Preços o legislador infralegal objetivou ampliar o universo de potenciais interessados na licitação, posto que restou possível que licitantes não ca-

dastrados participassem do certame, ainda que não inscritos no registro cadastral, bastando ao interessado entregar a documentação relativa ao cadastramento até o 3º (terceiro) dia anterior à data de recebimento das propostas.

Frise-se que também no caso da Tomada de Preços não há de se olvidar da necessidade de publicidade. Neste sentido, o artigo 21, § 1º, o qual dispõe que “o aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação. Ademais, no caso da Tomada de Preços, o prazo mínimo entre a publicação do edital e o recebimento das propostas será de 30 (trinta) dias quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; ou de 15 (quinze) dias quando o certame não envolver nenhum dos dois citados tipos licitatórios. Vale salientar que, nos termos do § 3º do art. 21, os referidos prazos devem ser contados a partir da última publicação do edital resumido, ou ainda de sua efetiva disponibilidade e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

1.2.1.3 Convite

Conforme dicção do art. 22, § 3º, da Lei 8.666/93,

[...] Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Em complemento, dispõe o § 6º do mesmo artigo que existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. Ademais, quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes acima mencionado, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite (§ 7º).

O convite pode ser a modalidade licitatória aplicada nos casos de obras e serviços de engenharia cujos contratos sejam inferiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou,

em se tratando de compras e outros serviços, quando os valores envolvidos forem de, no máximo, R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

De forma análoga ao que ocorre nos casos da Tomada de Preços e da Concorrência, conforme teor do §8º do art. 23, também no caso do Convite aplica-se a ampliação dos limites estabelecidos no *caput* do referido artigo.

No caso do Convite, o prazo mínimo a ser observado entre o recebimento da carta-convite e a entrega das respectivas propostas será de 5 (cinco) dias úteis.

Frise-se também que resta vedada a utilização da modalidade "convite" para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços", exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço (§5º do art. 23).

1.2.1.4 Concurso

Aduz o § 4º do art. 23 da Lei n.º 8.666/93 que

[...] Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Em regra, esta é a modalidade utilizada para fins de seleção de projetos e outras contratações de cunho eminentemente intelectual e/ou artístico nos quais o critério de escolha não tende a ser o menor preço. Desta forma, segundo Alexandrino e Paulo (2010, p. 598), o fator determinante para o cabimento da modalidade "Concurso" é a natureza do objeto licitado, e não o valor do contrato a ser firmado.

Na licitação realizada nesta modalidade, a documentação de que tratam os arts. 28 a 31 da Lei n.º 8.666/93 poderá ser dispensada, no todo ou em parte.

Nos termos do § 5º do art. 51, no caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.

Outrossim, o concurso deve ser precedido de regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados no local indicado no edital. Este regulamento deve indicar a) qualificação exigida dos participantes, b) as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho e; c) as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos.

Vale frisar que em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente, ou mesmo não executá-lo, acaso fatos supervenientes tornem inoportuno ou inconveniente tal execução. Por óbvio, mesmo nestes casos, é direito do vencedor da licitação receber seu prêmio ou sua remuneração.

Importa dizer que aqui se fala apenas da licitação do projeto, e não de sua execução. A título de exemplo, pode-se mencionar a contratação de projeto arquitetônico com vistas a construção de um prédio público. A primeira licitação (projeto) pode ser realizada, em regra, por meio de Concurso; a realização da obra propriamente dita (e. g., a construção do que fora previsto no projeto vencedor) deverá ser contratada por meio de licitação distinta, devendo ser aplicada a modalidade aplicável ao caso concreto, a depender do quantum envolvido (Concorrência, Tomada de Preços ou Convite).

1.2.1.5 Leilão

Afirma o § 5º do art. 22 que

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Nos termos do art. 53 da Lei n.º 8.666/93, o leilão pode ser realizado por leiloeiro oficial (leilão comum) ou por servidor designado pela Administração (leilão administrativo).

Ademais, todo bem passível de ser leiloado deverá ser previamente avaliado pela Administração para fins de fixação do preço mínimo de arrematação.

Aduz o § 2º do art. 53 que os bens arrematados deverão ser pagos à vista ou no percentual mínimo de 5% (cinco por cento), sendo imediatamente entregues ao arrematante após a assinatura da respectiva ata lavrada no local do leilão. Tal assinatura vinculará o arrematante, o qual ficará obrigado ao pagamento do restante no prazo estipulado no edital de

convocação, sob pena de perda do valor já recolhido. Como exceção, nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas. Por razões de publicidade, o edital de leilão deve ser amplamente divulgado, mormente no município de sua realização.

1.2.2. Do procedimento licitatório previsto na Lei n.º 8.666/93

A Lei n.º 8.666/93, ainda que não tenha explicitamente enumerado as fases do procedimento licitatório, cuidou de tratar de cada uma delas de forma detalhada. Vale registrar que, conforme ver-se-á mais adiante neste trabalho, a Lei do RDC não cometeu a mesma impropriedade, posto que o art. 12 desta lei explicitou todas as fases do novo regime.

Preliminarmente, importa mencionar que nem todas as modalidades licitatórias mencionadas na Lei n.º 8.666/93 apresentam todas as fases a seguir descritas. Comumente, descreve-se o procedimento da Concorrência, posto ser esta a modalidade mais completa do ponto de vista formal e que, por conseguinte, apresenta todos os estágios do procedimento licitatório.

A licitação, por óbvio, inicia-se no âmbito interno da Administração. A esta primeira fase macro denomina-se fase interna. Neste estágio, os setores competentes deverão atuar, protocolar, numerar, indicar o seu objeto e autorizar o início do procedimento. É o que afirma o art. 38 da Lei n.º 8.666/93, *caput*.

Ultrapassado este estágio interno, tem-se a fase externa, a qual é iniciada com a publicação do certame.

Como dito anteriormente, a despeito de a Lei n.º 8.666/93 não enumerar taxativamente as fases, a doutrina menciona as seguintes: abertura, habilitação, julgamento, homologação e adjudicação.

Neste sentido, o art. 43 da Lei menciona as seguintes fases:

- **Publicização do edital ou envio da carta-convite**

O instrumento edilício (ou simplesmente, edital) é o documento através do qual a Administração torna pública a sua intenção de adquirir um produto ou serviço de particulares. Segundo os ditames da

Lei n.º 8.666/93 o edital deve ser publicado em diário oficial e/ou jornal de grande circulação, conforme o caso, mas sempre respeitando-se a antecedência mínima indicada no art. 21 da Lei. O referido documento deve conter, dentre outras informações, a descrição do objeto da licitação, as sanções no caso de eventual inadimplemento contratual, os critérios de julgamento etc.

- **Recebimento e abertura dos envelopes contendo a documentação de habilitação / Análise documental**

Na data indicada no edital, a Administração receberá, lacrados, envelopes contendo os documentos relativos à habilitação do licitante. Esta etapa visa verificar se o concorrente possui os atributos necessários ao fiel cumprimento do contrato. Esta análise consiste na verificação do atendimento aos aspectos mencionados no art. 27, quais sejam: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88.

- **Devolução dos envelopes fechados aos concorrentes que não lograram habilitar-se, desde que não apresentados quaisquer recursos, ou após o indeferimento destes**

Acaso não preenchidos todos os requisitos legais, o licitante será excluído do certame, devendo ser-lhe devolvido, ainda lacrado, o envelope contendo a sua proposta de preços. De tal decisão cabe recurso, com efeito suspensivo (art. 109, § 2.º)._

- **Abertura dos envelopes contendo as propostas de preço dos licitantes habilitados**

Após as eventuais exclusões por motivo de não-desabilitação, serão abertos os envelopes contendo as propostas de preços dos licitantes que lograram êxito no processo de habilitação.

- **Análise, classificação e julgamento das propostas de preço à luz dos critérios do edital**

Preliminarmente, a Administração verifica se o licitante atendeu aos requisitos constante do instrumento convocatório (preço inferior ao máximo definido no edital, por exemplo). Superada essa fase de

análise formal, as propostas são classificadas conforme critério pré-estabelecido: preço, técnica e preço, melhor técnica. Por fim, é realizado o julgamento final da proposta por parte da Comissão de Licitação, a qual indica o licitante que deve ser considerado vencedor da licitação.

- **Deliberação da autoridade competente com relação ao cabimento da homologação e à adjudicação do objeto da licitação**

Frisa Mazza (2013, p. 331) que a adjudicação consubstancia-se no ato administrativo, a cargo da autoridade competente, a qual declara e confirma que um dado licitante foi o vencedor do certame, pondo fim ao procedimento. Segundo o citado autor, a adjudicação tem dois efeitos principais: i) atribuir o direito ao vencedor de não ser preterido na celebração e; ii) provocar a liberação dos licitantes vencidos.

1.2.3. Licitação dispensada, dispensável e inexigível

Como viu-se, a realização do processo licitatório é a regra. Entretanto, a própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, dispõe que a lei pode estabelecer hipóteses em que o certame não se faz obrigatório. É neste sentido que a própria Lei n.º 8.666/93 apresenta as situações nas quais a realização do certame afigura-se dispensada, dispensável ou inexigível.

1.2.3.1 Licitação dispensada

A licitação será dispensada quando a própria lei, de forma expressa, afirma ser adequada a não realização do certame - ainda que, em tese, haja a possibilidade de competição entre eventuais interessados. As hipóteses de licitação dispensada estão relacionadas à alienação de bens, ou à alienação de direitos sobre bens, por parte da Administração. Tais situações estão listadas nos incisos I e II, bem como no § 2.º do art. 17 da Lei de Licitação. Exemplificativamente, a seguir são mencionadas algumas das circunstâncias que possibilitam a dispensa da licitação, a saber:

- Dação em pagamento;
- Doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- Permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 da Lei de Licitações;
- Investidura;
- Venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo etc.

1.2.3.2 Licitação dispensável

Neste caso, observa-se que a lei, em vez de declarar a desnecessidade da licitação (como ocorre nos casos de dispensa), afirma que a sua realização é dispensável. Isso quer dizer que caberá ao Administrador, de forma discricionária, decidir por realizá-la ou não. Assim, logo se vê que, neste caso, a competição existe (ou pode existir), mas cabe ao gestor público avaliar se, no caso concreto, há oportunidade e conveniência na realização do certame. Na Lei n.º 8.666/93, as hipóteses de licitação dispensável estão taxativamente relacionadas nos 33 (trinta e três) incisos do art. 24. De maneira meramente exemplificativa, a seguir são mencionados alguns casos nos quais a licitação é dispensável. São eles:

- Na ocorrência de guerra ou grave perturbação da ordem;
- Nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;
- Quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;
- Quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento etc.

1.2.3.3 Licitação inexigível

Neste caso, tem-se a impossibilidade jurídica de competição, motivo pelo qual o próprio legislador entendeu que, em tais circunstâncias, o certame torna-se inexigível. Tais situações estão previstas no art. 25 da Lei. São 3 (três) as hipóteses de inexigibilidade permitidas pela Lei. São elas:

- Aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
- Contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
- Contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Informa ainda o dito artigo 25, em seu § 1º, que considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Impende registrar que, segundo aduz o art. 26 da Lei n.º 8.666/93, as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

1.2.4 Modalidades licitatórias x valor da licitação

Conforme já denotado supra, e excetuados os casos de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade, a escolha da modalidade licitatória a ser aplicada no caso concreto depende, em regra, do valor da contratação. Assim, nos termos do art. 23, I e II, tem-se os seguintes limites (v. Tabela 1):

TABELA 1: Modalidade licitatória versus valor da licitação

	Obras e Serviços de Engenharia	Compras e Serviços não relacionados às obras de Engenharia
Convite	Até R\$ 150.000,00	Até R\$ 80.000,00
Tomada de Preços	Até R\$ 1.500.000,00	Até R\$ 650.000,00
Concorrência	Acima de R\$ 1.500.000,00	Acima de R\$ 650.000,00

Fonte: Autor (2014)

Da TABELA 1 vê-se, por exemplo, que no caso de obras e serviços de Engenharia, o Convite apenas pode ser utilizado para contratações de, no máximo, R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); acima desse valor, cabível apenas a Tomada de Preços ou a Concorrência.

Percebe-se, pois, que há uma gradação entre as citadas modalidades: o Convite consubstancia-se no procedimento mais simplificado, enquanto que a Concorrência apresenta-se como aquele caracterizado por maiores rigores formais. Desta forma, em nome do maior resguardo dos interesses da Administração, nenhum impedimento há para que o gestor, ainda que não esteja legalmente obrigado, opte pela realização de licitação por meio de procedimento mais formal. Ao contrário, vê-se que tal possibilidade resta explicitamente prevista no § 4º do art. 23, o qual aduz que “quando couber convite, a Administração pode utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência”.

Vale frisar, entretanto, que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, bem como à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala (§ 1º, art. 23). Contudo, caso haja o dito parcelamento, a cada etapa ou conjunto de etapas da

obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação (§ 2º).

Prevê também a lei que a concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País (§ 3º).

Por fim, cabe dizer que resta vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

1.3 O regime diferenciado de contratações - RDC

1.3.1 Considerações iniciais

A gênese do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) deu-se por meio da edição da Medida Provisória n.º 527/2011, a qual fora posteriormente convertida na Lei n.º 12.462/11. Este novo modelo visou, especialmente, atender às demandas licitatórias da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 – eventos de grande porte previstos para ocorrerem no Brasil nos anos subsequentes à edição da referida Lei.

Historicamente, segundo Altounian (2012, p. 383), “o lapso de 7 (sete) anos é aquele que tem se mostrado razoável para que países escolhidos como sede de eventos desta magnitude possam ter condições de materializar todas as atividades e obras necessárias à sua realização”. Este foi o prazo, por exemplo, transcorrido entre a eleição do Brasil como país-sede da Copa do Mundo 2014, posto que a referida escolha deu-se no ano de 2007. Contudo, vale

dizer que, independentemente da antecedência verificada em cada caso concreto, o sucesso da empreitada está intrinsecamente relacionado ao planejamento e à capacidade de execução por parte dos organizadores.

Preliminarmente, cabe dizer que o RDC **não** veio suplantando o Regime Geral de Licitações previsto pela Lei n.º 8.666/93. Em verdade, trata-se apenas de mais uma opção procedimental dada ao gestor público, sendo-lhe facultado optar, em uma dada licitação, entre o Regime Geral e o RDC. Neste último caso, e nos termos do § 2º do art. 1º, a opção pelo novo Regime deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei n.º 8.666/93, exceto nos casos expressamente previstos na própria Lei n.º 12.462/11. Registre-se que a Lei do RDC foi regulamentada por meio do Decreto n.º 7.581/11.

Insta frisar também todos os princípios mencionados no item 1.1.2 deste trabalho são aplicáveis tanto ao Regime Geral de Licitações quanto ao Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Desta forma, legalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório etc. são princípios que se revestem de caráter geral, sendo sempre cogentes quando se trata de certame licitatório, seja ele regido pela Lei n.º 8.666/93, seja ele regido pela Lei do RDC.

Nos termos do art. 1º da Lei do RDC, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) é aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

- I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO);
- II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.
- IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)
- V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.
- VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Vale dizer que apenas os incisos I, II e III acima constavam do texto original da Lei. Os incisos IV, V e VI foram incluídos, respectivamente, pelas Leis n.ºs 12.688/12, 12.745/12 e 12.980/12.

Segundo o § 1º do art. 1º da Lei do RDC, o novo regime tem como objetivos:

- I – a ampliação da eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II – a promoção da troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III – o incentivo da inovação tecnológica; e
- IV – o respeito ao tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Desta forma, percebe-se que as finalidades do RDC estão relacionadas à busca de um procedimento mais ágil e eficiente para as contratações públicas de grande vulto que se avizinhavam quando da edição da referida Lei.

Deve-se frisar, entretanto, que a própria edição da Medida Provisória n.º 527 decorreu da inércia legislativa da União, visto que passados mais de 3 anos da escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo de Futebol de 2014 (fato este que ocorrera em outubro de 2007), o Brasil ainda não tinha iniciado nenhuma das obras de grande porte relacionadas ao evento. Destarte, sob a alegação de que o modelo previsto pela Lei n.º 8.666/93 fatalmente atrasaria as contratações previstas e, por consequência, as entregas das obras correspondentes, optou-se por editar mais uma MP em nome do suposto binômio “urgência-relevância” (art. 62, *caput*, CF/88) .

Segundo os defensores do novo Regime, a necessidade incontornável de entrega das obras nos prazos previamente definidos pela FIFA não combinaria com o procedimento complexo e demasiadamente lento da Lei n.º 8.666/93. Assim, inevitável, segundo eles, a adoção de um novo regime que pudesse responder a contento, e no prazo, as demandas premente advindas da realização dos Jogos.

Deve-se deixar claro que apesar de, de forma imediata, o RDC ser visto como uma alternativa à Lei n.º 8.666/93, as disposições do novo regime não estão relacionadas tão somente ao Regime Geral. Ao contrário, sua confecção perpassa por previsões e dispositivos ínsitos na Lei n.º 8.978/95 (Lei de Concessões Públicas), na Lei n.º 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas), na Lei n.º 10.520/02 (Lei do Pregão), no Decreto n.º 2745 (Regime Simplifi-

cado de contratações da Petrobrás), dentre outros. Em decorrência desta gênese multifacetada, as previsões do RDC não são de todo inéditas, posto que muitas delas já eram previstas em outros normativos. Como exemplos, podemos citar os institutos da oferta de lances e da inversão de fases, ambos previstos na Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002).

1.3.2 Das alegadas inconstitucionalidades do RDC

Segundo os críticos do novo Regime, a Lei n.º 12.462/11 não resistiria incólume a qualquer análise, ainda que superficial, acerca de sua constitucionalidade. Neste contexto, foi interposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4645, apresentada, conjuntamente, pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), pelo Partido Democrata (DEM), bem como pelo Partido Popular socialista (PPS). Simultaneamente, também o Procurador-Geral da República (PGR) interpôs uma ADI (esta, sob o n.º 4655), a qual também questionava a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei do RDC.

Uma das críticas levantadas arguía a inconstitucionalidade formal relacionada ao fato de que, originalmente, a redação da Medida Provisória (MP) enviada pelo Executivo não continha qualquer referência à instituição de um novo regime licitatório. No texto original constavam apenas dispositivos relacionados I) à criação da Secretaria da Aviação Civil e à promoção das correspondentes alterações na estrutura do Poder Executivo Federal, II) bem como à autorização de prorrogação de contratos temporários para exercícios no controle de tráfego aéreo. Assim, a íntegra do texto relacionado ao RDC foi inserido pelos Congressistas, em claro desvirtuamento do objeto originário da MP e, por conseguinte, flagrante vício formal do dito normativo.

Outra inconstitucionalidade estaria relacionada ao vício material dos arts. 1º, I e II, da Lei do RDC. A redação dos ditos dispositivos atribuía poder à “Autoridade Pública Olímpica” (APO), bem como ao “Grupo Executivo da Copa” (GECOPA), de definirem as licitações e os contratos sobre os quais seria aplicável o RDC. Na prática, portanto, estas entidades teriam plena liberdade, cada uma em seu âmbito de atuação, de decidirem, por exemplo, se determinada obra seria regida pelo RDC ou pelo Regime Geral. A crítica a este “super-poder” relaciona-se ao fato de que as hipóteses de enquadramento licitatório devem ser definidas em lei federal, jamais podendo serem tratadas por ato administrativo.

Outro vício relacionar-se-ia ao teor do § 2º do art. 15 da Lei do RDC, o qual prevê que “no caso de licitações cujo valor não ultrapassasse 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”. O referido dispositivo, segundo os seus críticos, afrontaria flagrantemente o princípio constitucional da Publicidade, posto que redundaria na condução de procedimentos licitatórios sob a égide do sigilo.

E frise-se: estes foram apenas três dos alegados vícios de constitucionalidade. As menções acima são, pois, exemplificativas, visto que escapa ao escopo deste trabalho a análise pormenorizada da matéria. O fato é que inúmeras foram as críticas feitas ao novo regime, seja sob o aspecto formal, seja sob o aspecto material.

1.3.3 As principais novidades do RDC em relação à Lei n.º 8.666/93

Na esteira da sustentabilidade e da responsabilidade ambiental, o RDC trouxe diversos dispositivos relacionados à matéria, prevendo ações de mitigação de danos e de compensação ambientais não expressamente contemplados no texto do Regime Geral. Neste sentido, podem ser citados os seguintes exemplos:

- Art. 2º, III, b: Assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento;
- Art. 4º, § 1º, incisos I a III (as contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à):
 - I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
 - II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
 - III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais

Vê-se também no texto da Lei do RDC preocupações expressas com o respeito às normas relativas à acessibilidade de pessoas com deficiência ou que tenham sua mobilidade reduzida (art. 4º, § 1º, VI). Destarte, resta claro que as construções públicas devem valer-se de tecnologias e de características que favoreçam o acesso desta parcela da população aos equipamentos públicos.

Outra alardeada novidade da Lei do RDC relaciona-se ao desejo do legislador em privilegiar a simplificação procedimental, a eficácia (“fazer mais por menos”) e os ideais da Administração Gerencial.

O orçamento sigiloso configura-se como mais uma importante novidade do RDC. Sua previsão está ínsita no arts. 6º, *caput* e § 3º, os quais aduzem que:

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

...

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

Tal fato constitui-se, de fato, uma quebra do paradigma proposto pela Lei n.º 8.666/93, visto que ali o art. 6º, IX, alínea “F”, bem como o art. 7º, § 2º, II, exigem exatamente o contrário, ao disporem que:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

IX - **Projeto Básico** - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, **devendo conter os seguintes elementos:**

(...)

f) **orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;**

Art. 7º (...)

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

(...)

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

O objetivo desta previsão, segundo o legislador, é maximizar as chances de que a Administração contrate com o particular com o menor preço efetivamente possível. Na sistemáti-

ca da Lei n.º 8.666/93, percebe-se que, parametrizado pelo orçamento da própria Administração, o licitante tende a ofertar um preço mínimo necessariamente maior do que aquele apresentado pelo edital, ainda que, eventualmente, pudesse oferecer um valor menor. No RDC, isso tende a não ocorrer porque o particular, desconhecendo a planilha orçamentária do órgão licitante, em tese esforçar-se-á para ofertar, de fato, o menor preço que lhe for possível.

A denominada “contratação integrada”, prevista no art. 9º da Lei do RDC, consubstancia-se como um das mais relevantes mudanças com relação ao panorama licitatório da Lei n.º 8.666/93. Nos termos do § 1º do referido artigo,

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

Vale frisar que o referido esquema de contratação, a despeito de não estar previsto no Regime Geral da Lei n.º 8.666/93, já constava da Lei n.º 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas). Os principais objetivos da contratação integrada são a redução de tempo e de custos do processo licitatório. E uma das formas utilizadas pelo dito procedimento reside na contratação do anteprojeto de engenharia, julgado a partir dos critérios de técnica e preço. Uma outra vantagem da contratação integrada é a vedação à celebração de aditivos contratuais, expediente previsto na Lei n.º 8.666/93, mas que tem sido largamente utilizados para a oneração posterior dos contratos (muitas vezes, de maneira indevida e/ou ilegal).

Outra previsão do RDC que merece destaque é a denominada inversão das fases de *habilitação* e de *recebimentos das propostas*. Neste sentido, nos termos da Lei n.º 8.666/93, a Administração deve, inicialmente, verificar os critérios de habilitação do licitante e, somente depois, receber as respectivas propostas de preço. No RDC, esta ordem resta invertida: primeiramente são recebidas as propostas de preço e, apenas após a respectiva classificação dos valores ofertados (do menor para o maior), a Administração verifica os documentos relacionados à habilitação do licitante que ofereceu a melhor proposta. Caso este primeiro colocado consiga comprovar sua habilitação, o objeto lhe será adjudicado; caso contrário, a Administração verificará os documentos do licitante que ofereceu a segunda melhor proposta...e assim sucessivamente, até que algum dos licitantes logre êxito em comprovar a sua habilitação. A vantagem da ordem estabelecida pelo RDC é que, sendo os preços recebidos e classificados antes da habilitação, há maiores dificuldades de estabelecimento de conluio entre os licitantes (combinação de preços, e. g.), posto que a identidade destes é conhecida apenas *a posteriori*.

Por fim, cabe mencionar também uma outra novidade do RDC: a previsão de mecanismos de incentivo econômico ao licitante vencedor. Tal expediente permite, por exemplo, que Administração conceda uma parcela de remuneração variável (e adicional) ao contratado em decorrência da prestação de serviços de qualidade superior ou em virtude do atingimento de metas pré-estabelecidas. Tais circunstâncias, entretanto, devem estar previstas no instrumento convocatório.

1.3.4 Do procedimento licitatório do RDC

Insta frisar que o RDC tem muitos de seus procedimentos retirados da Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/02), tais como a possibilidade de realização do certame por meio eletrônico e a análise das propostas antes da avaliação da habilitação.

Passe-se agora, pois, à análise dos aspectos mais importantes do procedimento do RDC.

1.3.4.1 A denominada “inversão de fases”

Afirma o art. 12 da Lei do RDC que o procedimento ali descrito deverá observar as seguintes fases, obedecida a seguinte ordem:

- I - preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - **apresentação de propostas ou lances; (grifamos)**
- IV - julgamento;
- V – **habilitação; (grifamos)**
- VI - recursal e;
- VII – encerramento.

De plano, vê-se, pois que, em regra, as propostas são apresentadas (e julgadas) antes da fase habilitatória, de modo que a comissão licitatória apenas necessita deter-se na análise dos documentos de habilitação do licitante que, a princípio, apresentar a melhor proposta.

Esta é a regra no RDC. No entanto, é facultado ao gestor, por meio de ato devidamente motivado e ínsito no instrumento convocatório, realizar a habilitação e, posteriormente, o recebimento das propostas. Esclarece o Decreto n.º 7.581/11, entretanto, que caso a Administração opte por proceder à habilitação em primeiro lugar, as propostas e os documentos habilitatórios devem ser simultaneamente recebidos, sendo objeto de análise tão somente as propostas das licitantes que forem devidamente habilitadas.

Vale frisar que, segundo aduz o art. 27 da Lei do RDC, a referida modalidade licitatória caracteriza-se por possuir uma única fase recursal, a qual ocorre após a habilitação da proposta (até então) vencedora, momento no qual serão julgados os recursos eventualmente interpostos relacionados tanto com a habilitação quanto com as propostas apresentadas. Contudo, há uma exceção: caso a habilitação ocorra antes do recebimento das propostas, a fase recursal não será única, sendo julgados os recursos após a fase respectiva.

1.3.4.2 Da disputa

Conforme afirma a Lei do RDC, a disputa poderá ocorrer de modo aberto ou fechado, os quais poderão ser combinados na forma do regulamento.

No modo de disputa aberto, os interessados apresentarão suas propostas através de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, segundo o critério de julgamento indicado no instrumento convocatório. No modo de disputa fechado, por sua vez, as propostas apresentadas serão sigilosas até a data e hora designadas para a sua divulgação.

Contudo, impende registrar que, nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o interessado vencedor deverá reelaborar e apresentar ao ente estatal interessado, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como o detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais, acompanhados dos respectivos valores.

Uma outra novidade é a possibilidade de apresentação de lances intermediários, nos termos do art. 20, *caput* e parágrafo único, do Decreto n.º 7.581/11, o qual definem como lances intermediários aqueles que:

I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, mas superiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta de preço; ou

II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, mas inferiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotados os demais critérios de julgamento.

1.3.4.3 Da análise das propostas

Segundo dicção do art. 24 da Lei do RDC, serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios insanáveis;

II - não obedeam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;

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

IV - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou

V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

Vê-se, portanto, que de forma expressa, o legislador determinou que as propostas que, de alguma forma, pudessem ser lesivas à Administração fossem excluídas do certame. Lembremo-nos que a licitação tem como derradeiro objetivo a contratação, pelo ente estatal interessado, do melhor e/ou do mais adequado produto ou serviço, à luz dos princípios licitatórios já delineados anteriormente no decorrer deste trabalho (economicidade, vinculação ao instrumento convocatório etc.).

A Lei do RDC, bem como o Decreto n.º 7.581/11, informam os critérios a serem observados quando da avaliação das propostas.

Segundo o art. 42, § 1.º do aludido Decreto, o valor global da proposta não poderá superar o orçamento estimado pela Administração e, no caso da administração integrada, será calculado com base 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.

Afirma ainda o § 2.º do art. 42 do Decreto que no caso de adoção do regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas não poderão exceder os custos unitários estabelecidos no orça-

mento estimado pela administração pública, observadas as condições especificadas nos incisos do referido parágrafo.

No caso de obras e serviços de engenharia, o orçamento estimado será aquele resultante da composição dos custos unitários diretos do sistema de referência utilizado acrescida do percentual de BDI de referência (§5.º do art. 42 do Decreto n.º 7.581/11).

Afirma o art. 18 da Lei do RDC que poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

- I - menor preço ou maior desconto;
- II - técnica e preço;
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV - maior oferta de preço; ou
- V - maior retorno econômico.

O critério escolhido deve constar do instrumento convocatório, não podendo a Administração levar em conta quaisquer vantagens eventualmente oferecidas pelo licitante e não prevista na dita convocação.

O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a Administração, desde que atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

No caso de a análise dar-se a partir da combinação dos critérios “técnica e preço” deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos concorrentes interessados, mediante a utilização de parâmetros objetivamente definidos e obrigatoriamente constantes do instrumento convocatório.

Em sendo o julgamento norteado pela melhor técnica ou pelo melhor conteúdo artístico, serão consideradas exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes com base em critérios objetivos previamente estabelecidos no instrumento convocatório, no qual será definido o prêmio ou a remuneração a ser atribuída aos vencedores.

O julgamento pela maior oferta de preço será utilizado no caso de contratos que resultem em receita para a administração pública, podendo ser exigida a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia, como requisito de habilitação, limitada a 5% (cinco por cento) do valor oferecido.

No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que

proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

Por fim, exauridos os recursos administrativos, o certame será encerrado e encaminhado à autoridade superior, a qual poderá:

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

É esse o procedimento previsto na Lei do RDC para esta modalidade licitatória.

CAPÍTULO 2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES *versus* A LEI n.º 8.666/93

Como já afirmado supra, o RDC não se propôs a revogar o Regime Geral de Licitações. Ao contrário, sua aplicabilidade restringiu-se aos eventos e às áreas mencionadas nos incisos do art. 1.º da Lei n.º 12.462/11.

Vale mencionar que, em seu texto originário, previa o então projeto de lei que o regime diferenciado previsto na Lei n.º 12.462/11 seria aplicável exclusivamente às licitações relacionadas às Olimpíadas de 2016, e também às obras dos aeroportos das cidades-sede da Copa do Mundo 2014. No decorrer de sua tramitação no Congresso Nacional, o texto original foi alterado de forma a contemplar, sem distinção, todas as licitações e contratos da Copa do Mundo, bem como todos os aeroportos das capitais localizadas em um raio de 350 km das cidades-sede. Em seguida, já após a sua promulgação, foram incluídas a) as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, b) as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e c) as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Mas, pergunta-se: a Lei 8.666/93 não seria capaz de responder às demandas de tais eventos? Na opinião de boa parte das empresas fornecedoras de serviços e produtos à Administração Pública, a resposta é “não”. Trata-se, para muitos, de uma lei anacrônica, com um procedimento complexo, lento e demasiada e desnecessariamente burocrático.

No decorrer do presente capítulo, e em atendimento aos objetivos deste trabalho, far-se-á uma análise comparativa entre as Leis n.ºs 8.666/93 e 12.462/11, notadamente no que concerne aos seguintes aspectos:

- Celeridade
- Competitividade
- Eficiência/Redução de custos
- Responsabilidade ambiental

2.1 Celeridade

Dispõe o inciso I do art. 43 da Lei n.º 8.666/93, *verbis*:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação.

(...)

Vê-se, pois, que a primeira das etapas de processamento e julgamento da licitação é exatamente a verificação da documentação habilitatória. Somente após esta análise documental, e depois de devolvidos os envelopes das empresas consideradas não-habilitadas, deverá a Administração proceder à abertura dos envólucros contendo as propostas dos licitantes.

Desta forma, prevê a Lei n.º 8.666/93 que, necessariamente, a habilitação dos licitantes deve preceder a análise de suas respectivas propostas. Como consequência inevitável desta escolha procedimental, a Administração deve analisar, individualmente, toda a documentação referente à habilitação de todas as empresas concorrentes. Nesse diapasão, imaginemos que, em um dado certame, 30 (trinta) empresas interessadas tenham efetivamente entregue as suas propostas. Pela Lei n.º 8.666/93, todos os documentos habilitatórios entregues devem ser analisados antes de a Administração avaliar as respectivas propostas financeiras. Ao final da licitação, por óbvio, apenas uma empresa vencerá o certame, tendo sido potencialmente inócua a análise da documentação das outras 29 participantes que não lograrem êxito em contratar com a Administração.

O RDC, por sua vez, inverte a lógica acima. No novo regime, como regra, a Administração inicialmente recebe e classifica as propostas financeiras dos concorrentes, elegendo aquela que apresente-se mais vantajosa segundo o critério previsto no instrumento edilício (menor preço, por exemplo). Identificada, pois, a melhor proposta, avança-se para a fase de análise da documentação de habilitação, porém, com uma significativa distinção com relação à Lei 8.666/93: aqui apenas serão analisados os documentos habilitatórios da empresa melhor classificada. Se esta última atender aos requisitos de habilitação, e não havendo ou sendo improvidos os recursos, o objeto ser-lhe-á adjudicado. Assim, apenas no caso de a 1ª colocada não ter sido habilitada, a Administração procederá à análise dos documentos da 2ª colocada, e

assim sucessivamente até que seja encontrada a proposta que, cumulativamente, apresente as melhores condições e, mostre-se devidamente habilitada para entregar o objeto do certame.

Vê-se, pois, que o procedimento do RDC apresenta-se muito mais célere e racional, o que possibilita à Administração, em tese, ter a posse do objeto da licitação (uma obra, por exemplo) de forma mais rápida. Afinal, por que proceder a 30 análises se, na primeira delas, já pode ser encontrado o licitante vencedor?

Quanto à existência das etapas recursais, a Lei n.º 8.666/93 prevê, necessariamente, 2 (duas) fases de interposição de recursos: uma, após a etapa de habilitação e, outra, após a etapa de análise das propostas. Assim, em todos os casos, são abertos 2 (dois) prazos recursais, podendo, um mesmo licitante, apresentar recursos somente na primeira fase, somente na segunda ou, ainda, em ambas.

O RDC, a seu turno, prevê, como regra, apenas uma fase recursal: a denominada *fase recursal única*. Neste caso, os licitantes devem apresentar seus recursos – versem eles sobre a etapa de habilitação ou de propostas – em um único momento, respeitado um único prazo recursal. O tempo destinado à apresentação de recursos, pois, é reduzido à metade. Percebe-se, portanto, que nenhum prejuízo tem o licitante, posto que as mesmas matérias que outrora podiam ser impugnadas, continuam passíveis de questionamento.

2.2 Competitividade

Quanto à necessidade de inserção, no instrumento convocatório, do valor estimado da contratação, a Lei n.º 8.666/93 a considera obrigatória, nos termos do art. 7.º, § 2.º, II. O referido dispositivo aduz que as obras e serviços somente poderão ser licitadas quando existir orçamento detalhado em planilhas que especifiquem os insumos a serem utilizados na execução do objeto, bem como seus respectivos preços e quantidades. Tal orçamento deve ser obtido pela Administração a partir de pesquisa de preços realizada junto ao mercado, servindo o valor médio encontrado comumente como o limite máximo do contrato a ser firmado entre ela (Administração) e o particular. O objetivo é que, conhecedores do “teto” estabelecido pela Administração (visto que tal orçamento deve constar do edital), os potenciais interessados que identifiquem, aprioristicamente, que não poderão apresentar propostas abaixo do valor divulgado, sequer participem do certame.

O sistema estabelecido pelo RDC é distinto.

Pelo novo regime, o orçamento prévio a cargo da Administração continua existindo e sendo obrigatório, porém, sem a publicidade prévia exigida pela Lei n.º 8.666/93. Ou seja, a Administração ainda deve realizar a pesquisa de preços, porém não mais divulga os insumos, suas quantidades, nem tampouco seus preços. Trata-se, aqui, do denominado “orçamento sigiloso”, cujos dados serão conhecidos apenas pela própria Administração e pelos órgãos de controle interno e externo. Tal alteração procedimental tem três objetivos principais:

I) induzir os licitantes a apresentarem propostas mais condizentes com os custos reais de seu negócio, na medida em que os valores dos insumos não tendem a ser desvirtuados pelo viés dado pelo orçamento oficial. Em outras palavras: com a divulgação prévia do orçamento, os licitantes normalmente limitam-se a apresentar um preço apenas inferior ao da Administração (*“por que oferecer o preço mais baixo possível, se a Administração está disposta a pagar mais?”*);

II) compelir os concorrentes a conhecerem melhor o objeto da licitação, haja vista tal aprofundamento mostrar-se indispensável para a elaboração da proposta a ser apresentada. Assim, com a utilização do orçamento sigiloso, o licitante necessita conhecer muito bem os seus custos reais, posto que a sua proposta não terá nenhum referencial prévio a ser seguido

III) reduzir as chances de conluio entre os licitantes com vistas à combinação de preços (formação de cartel), posto que, ao desconhecerem o preço orçado, os concorrentes eventualmente mal-intencionados não mais têm nenhum parâmetro prévio que venha a nortear as suas propostas financeiras.

Vê-se, pois, que o orçamento sigiloso previsto no RDC tende a tornar a proposta financeira do licitante mais consentânea com os seus custos reais, compatibilidade esta potencialmente afastada pela Lei n.º 8.666/93 ao exigir a divulgação prévia do orçamento da Administração. Por consequência, tal sigilo tende a reduzir tanto as chances de *superfaturamento* quanto de *subfaturamento* do valor do contrato. Insta salientar que tais distorções (tanto 'a maior' quanto 'a menor') devem ser rechaçadas pela Administração. No primeiro caso, por implicar o pagamento de valor acima daquele que seria o justo; no segundo, por aumentar os riscos de descumprimento contratual do contratado por insuficiência de remuneração.

Outrossim, nos termos do art. 43 da Lei n.º 8.666/93, a licitação será processada e julgada, em linhas gerais, segundo as seguintes etapas:

- I – Recebimento e análise dos documentos de habilitação;
- II - Recebimento, análise e classificação das propostas econômico-financeiras;
- III - Homologação e adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor.

Percebe-se, pois, que ato contínuo ao recebimento e à análise das propostas econômico-financeiras (etapa II acima), a Administração procede à classificação das ofertas apresentadas pelos licitantes, segundo os critérios constantes do instrumento convocatório. Salvo na hipótese de recursos apresentados e eventualmente providos, após realizada tal classificação, a ordem classificatória dos licitantes para fins de adjudicação não mais poderá ser alterada. A título de ilustração, cita-se o seguinte exemplo: Pelo regime da Lei n.º 8.666/93, no caso de uma concorrência de menor preço, ainda que o licitante classificado em 1º lugar tenha ofertado um lance de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e, o concorrente classificado em 2º lugar tenha oferecido um lance de R\$ 2.000.002,00 (dois milhões e dois reais), este último participante não terá qualquer possibilidade, acaso deseje, de manifestar-se no sentido de “cobrir” o lance até então vencedor, apresentando uma proposta, por exemplo, de R\$ 1.900.000,00 (um milhão e novecentos mil reais) – a qual, por óbvio, resultaria em uma considerável economia para os cofres do ente promotor da licitação. Tem-se, pois, uma análise classificatória que, em decorrência de seu caráter estanque e instantâneo, veda o oferecimento de qualquer proposta suplementar, ainda que esta “nova” proposta venha a resultar em patente vantagem para a Administração.

O RDC, nos termos do art. 17, I, prevê procedimento distinto, posto que ali está prevista a possibilidade de oferecimento dos denominados “lances públicos e sucessivos”, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado. Insta salientar que tal procedimento, apesar de não previsto na Lei n.º 8.666/93, já constava do texto da Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/02).

Ademais, na forma do § 1º do dito artigo, em sendo a disputa aberta, mesmo após a apresentação da oferta inicial, resta permitida ainda o oferecimento posterior de *lances intermediários*, os quais são aqueles iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta (inciso I); ou os iguais ou superiores ao menor já

ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento (inciso II). Desta forma, o dito procedimento permite ao licitante apresentar nova proposta, mesmo após a sua oferta original, de forma a “cobrir” a oferta de seus concorrentes.

Destarte, logo vê-se que o expediente previsto no RDC tende a promover a redução do valor do contrato na medida em que cada licitante pode oferecer lances cada vez maiores (ou menores, a depender do critério de julgamento), até o máximo de suas possibilidades, expediente este que resta vedado pelo Regime Geral previsto na Lei n.º 8.666/93.

2.3 Eficiência/Redução de custos

A Lei n.º 8.666/93 exige que a contratação do projeto básico dê-se em licitação distinta da contratação das obras. Tal expediente normalmente implica aumento do risco de celebração de termos aditivos após a celebração, os quais redundam na redução do ritmo das obras, ou até mesmo na eventual paralisação da execução. É de se frisar que a celebração de termos aditivos afigura-se como um dos principais motivos de aumento dos custos inicialmente previsto das contratações da Administração Pública.

No RDC há a possibilidade de o edital prever a contratação integrada, na qual a contratada é responsável pela elaboração dos projetos, pela execução e pela entrega da obra acabada. Importante frisar que, em havendo alguma mudança no projeto que traga impactos financeiros, quaisquer ônus são suportados pela própria empresa.

Outro aspecto que concorre fortemente para a redução dos custos da Administração é a possibilidade de celebração do denominado “Contrato de Eficiência”, previsto no art. 23 da Lei do RDC.

Segundo Schwind (2011), a partir da assinatura do Contrato de Eficiência, o licitante vencedor assume a obrigação de promover a redução das despesas da Administração, estando vinculada parte de sua remuneração a um determinado percentual calculado sobre a economia gerada em favor do Estado. Vê-se, pois, que trata-se de um contrato de risco no qual os ganhos do contratado serão diretamente proporcionais à economia experimentada pelo ente responsável pela licitação. Assim, caso não atingida a economia prevista no contrato, a Administração pode efetuar descontos na remuneração prevista ou, até mesmo, aplicar sanções por inadimplemento contratual. Segundo o § 1º do art. 23 da Lei do RDC, o contrato

de eficiência poderá ter por objeto a prestação de serviços, o que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens.

Ademais, prevê o § 3º que nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

- I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;
- II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e
- III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Desta forma, vê-se que, ao contrário do que ocorre no procedimento previsto no Regime Geral, uma vez celebrado o Contrato de Experiência, o contratado terá o máximo interesse em contribuir para a crescente redução de custos da Administração, posto que isso implicará o aumento de sua própria remuneração. Ao revés, pelo regime da Lei n.º 8.666/93, o contratado não demonstra maiores interesses na redução dos custos do contrato, posto que tal diminuição não lhe trará nenhum benefício adicional, tendo em vista que a sua remuneração é fixa e pré-determinada. Destarte, no Contrato de Eficiência, quanto maior for a economia da Administração com relação ao objeto do contrato, maior será o *quantum* remuneratório devido ao contratado. A título ilustrativo, colaciona-se o seguinte exemplo: Considere-se um contrato de terceirização de serviços de limpeza que estabeleceu o percentual de 10% (dez por cento) para fins de remuneração do contratado, percentual este calculado sobre o total da economia da Administração. Assim, caso esta última economize R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) durante a execução do contrato, a contratada receberá R\$ 500,00 (quinhentos reais) a título de remuneração; de forma análoga, caso a Administração economize R\$ 8.000,00 (oito mil reais), a remuneração da contratada será de R\$ 800,00 (oitocentos reais) e assim sucessivamente.

Pelo exposto, logo percebe-se que o RDC também trouxe mecanismos que visam proporcionar maior eficiência ao processo licitatório (“fazer mais gastando menos”), ao estabelecer a possibilidade de procedimentos que favoreçam a economicidade e a redução de custos.

2.4 Responsabilidade ambiental

A Lei n.º 8.666/93 aborda de maneira muito tímida a questão ambiental. Vemos menções à seara ambiental nos arts. 6.º e 12, conforme a seguir se colaciona:

Art. 6.º.

(...)

IX - Projeto Básico - Conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o **adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento**, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: **(grifamos)**

Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

I - segurança;

II - funcionalidade e adequação ao interesse público;

III - economia na execução, conservação e operação;

IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação;

V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço;

VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas;

VII - **impacto ambiental. (grifamos)**

A Lei do RDC, por sua vez, dispensa significativa importância ao tema, conforme vê-se nos 7 (sete) artigos a seguir:

Art. 2.º. Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

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

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

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

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

§ 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; (grifamos)

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

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

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

§ 2º No caso de contratação integrada:

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, **aos impactos ambientais** e à acessibilidade; **(grifamos)**

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, **critérios de sustentabilidade ambiental** e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. **(grifamos)**

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

(...)

II - **poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental**, na forma da legislação aplicável. **(grifamos)**

Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e **impacto ambiental**, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento. **(grifamos)**

Destarte, pelo quantitativo e pelo detalhamento dos dispositivos legais acima, infere-se que o legislador do RDC não se mostrava satisfeito com o tratamento dispensado pela Lei n.º 8.666/93 à matéria.

Nesse diapasão, percebe-se que a Lei do Regime Geral de Licitações limita-se, basicamente, a afirmar que os Projetos Básico e Executivo devem considerar os aspectos e os impactos ambientais sem, contudo, detalhar as formas pelas quais a Administração e o licitante devem perseguir tal intento. Assim, diante de tão lacônica previsão, a Lei n.º 8.666/93 possibilita o surgimento de lacunas que, muitas vezes, são utilizadas em desfavor da Administração. Como exemplo pode ser citada a confecção de um Projeto Básico que apenas mencione que “serão tomadas as medidas cabíveis para a redução dos impactos ambientais da obra”. Tal previsão mostra-se insuficiente, posto que, durante a execução do serviço quaisquer medidas que relacionem-se, minimamente, à matéria ambiental podem ser invocadas pelo interessado como prova do suposto cumprimento do edital.

A Lei do RDC, por sua vez, traz as mesmas previsões da Lei n.º 8.666/93, porém, de forma muito mais exaustiva e detalhada. Neste sentido, o teor do parágrafo único do art. 4.º da Lei do RDC, o qual enumera, de forma objetiva, providências concretas que devem ser toma-

das pelo licitante, dentre as quais: a) utilização de produtos ou equipamentos que comprovadamente reduzam o consumo de energia; b) exigência de que os resíduos sólidos gerados pelas obras sejam adequadamente tratados e; c) adoção de medidas de mitigação e compensação ambientais etc. Ademais, expressamente prevê o art. 14 que, na fase de habilitação, a Administração poderá exigir requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável. Desta forma, percebe-se que caso o licitante não logre êxito em atender aos critérios ambientais previstos em edital, o interessado pode, inclusive, ser desabilitado e, por conseguinte, excluído do certame.

Outrossim, deve-se mencionar também o disposto no art. 10, o qual prevê, a possibilidade de que a Administração estabeleça, inclusive, remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada com base em critérios de sustentabilidade ambiental. Assim, a empresa pode até mesmo obter uma maior remuneração caso atinja os padrões previstos no instrumento convocatório. Tal previsão legislativa visa a tornar a adoção de uma postura ambientalmente responsável ainda mais interessante para o contratado, na medida em que tal expediente pode trazer-lhe ganhos financeiros diretos. A Lei n.º 8.666/93, por sua vez, não traz qualquer menção a possíveis benefícios diretos à contratada caso esta invista em medidas de redução do impacto ambiental advindo de sua atuação.

CAPÍTULO 3 ANÁLISES E DISCUSSÕES

A licitação, seja qual for a modalidade escolhida, visa a possibilitar à Administração a aquisição, a compra, a alienação, a construção ou a locação, de obras, produtos ou serviços necessários à consecução de seus objetivos precípuos. É por meio de processos licitatórios que o Estado contrata serviços de construção de escolas, compra materiais de expediente, adquire passagens aéreas para os seus servidores...enfim, municia-se de bens móveis e imóveis para atender às necessidades públicas em geral.

Nesse contexto, o objetivo da Administração deve ser sempre “comprar mais/melhor gastando o mínimo possível”. Tal afirmação torna pertinentes e necessárias duas observações:

1) “*Comprar mais/melhor gastando o mínimo possível*” **não** implica dizer que apenas a redução de custos deve nortear as compras estatais. Explica-se: a Administração, movida unicamente pela busca do “melhor” preço, muitas vezes acaba por adquirir um produto ou um serviço que não atende às suas reais necessidades, tornando necessária a realização de uma nova licitação que consiga, efetivamente, suprir às suas efetivas demandas. Ou seja, gasta-se duas vezes (vale lembrar o ditado popular: “O barato, muitas vezes, sai caro!”). Assim, “comprar pagando o mínimo possível” deve ser entendido como comprar **o melhor e o mais adequado produto ou serviço** que verdadeiramente atenda às necessidades da Administração, gastando-se o mínimo possível de recursos públicos.

2) “*Comprar mais/melhor gastando o mínimo possível*” **não** implica olvidar os princípios basilares da licitação, tais como isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, moralidade, julgamento objetivo, impessoalidade, legalidade etc. “Comprar mais/melhor gastando o mínimo possível” significa gastar pouco, é verdade. Mas significa também, inexoravelmente, que a Administração deve a) conferir a devida publicidade ao instrumento convocatório, b) zelar pela igualdade entre os licitantes; c) atentar para o cumprimento dos normativos legais e infralegais atinentes à matéria etc. Ou seja, jamais pode o Estado, a pretexto de reduzir os seus custos, desrespeitar os princípios que devem nortear a licitação, mormente aqueles citados no art. 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/93.

Conforme exposto ao longo do presente trabalho, podem ser empreendidas as análises e as discussões a seguir explicitadas com relação a cada um dos macro-aspectos ora estabelecidos, quais sejam:

- Celeridade
- Competitividade
- Eficiência/Redução de custos
- Responsabilidade ambiental

Quanto ao aspecto da **celeridade**, o RDC apresenta duas características que contribuem sobremaneira para o rápido deslinde da licitação quando cotejado com o Regime Geral. A primeira delas é o expediente denominado de “inversão de fases”, o qual prevê que apenas serão verificados os documentos de habilitação após a apresentação das propostas (ao revés do que ocorre no caso do procedimento da Lei n.º 8.666/93). Poupa-se, desta forma, significativo tempo outrora utilizado para a análise de documentos de habilitação de empresas que jamais teriam, na prática, a possibilidade de apresentar o melhor preço para a Administração. Ademais, o Regime Diferenciado prevê também a supressão de uma etapa recursal, de forma que, apenas após a etapa de habilitação, o licitante pode interpor, se assim desejar, recursos relacionados tanto com a própria (e recém-concluída) etapa habilitatória, quanto com relação às propostas de seus concorrentes (apresentadas anteriormente). Não há de se falar aqui em preclusão, nem tampouco em prejuízo ao princípio do contraditório e do devido processo legal, posto que o licitante continua tendo a faculdade de impugnar todas as matérias que desejar. Ocorre apenas que, no novel procedimento, cada licitante terá apenas um prazo recursal e, por conseguinte, apresentará um só recurso; o seu concorrente apresentará um só contra-arrazoado; a Administração precederá a somente uma análise etc. Em decorrência de tais inovações, é notória a redução do tempo de tramitação do processo licitatório.

No que concerne ao aspecto da **competitividade**, também o RDC apresenta novidades. Informa-nos o procedimento previsto na Lei n.º 12.462/11 que pode a Administração optar, desde que o edital assim explicita, em não divulgar o orçamento por ela elaborado. Neste caso, trata-se de um dado de conhecimento apenas do próprio órgão licitante, bem como das entidades de controle interno e externo. Este sigilo faz com que o licitante veja-se instado a estudar e a conhecer detidamente o objeto da licitação, posto que, apenas desta forma, poderá este oferecer uma proposta factível e condizente com a sua realidade. Nos moldes da Lei n.º 8.666/93, é deveras comum que o concorrente apenas repita, de forma aproximada, os itens e os preços da Administração, ainda que ambos não espelhem as suas especificidades. Ademais, com o RDC, o licitante, desconhecendo o preço-limite da Administração tende a apresentar o preço que, de fato, seja o menor possível – realidade esta que comumente não ocorre no procedimento da Lei n.º 8.666/93. Outrossim, uma outra característica do RDC é possibilitar, tal qual o Sistema do Pregão, o oferecimento de lances sucessivos (crescentes ou decrescentes – a depender do caso) por parte dos licitantes. Desta forma, verificando que o seu lance não se afigura como o mais atrativo para a Administração, o licitante pode melhorá-lo, oferecendo uma nova oferta que suplante àquela que, até ali,

mostre-se melhor classificada. A Lei n.º 8.666/93, por sua vez, afigura-se um sistema de lances únicos e estanques: feita a sua oferta, não pode o licitante oferecer nenhuma outra. Destarte, logo se vê que a sistemática do RDC promove o incremento da competitividade entre os licitantes quando comparada com o procedimento previsto na Lei n.º 8.666/93.

Com relação ao aspecto **eficiência/redução de custos**, verifica-se que o RDC traz duas importantes inovações. A primeira delas é a possibilidade de contratação, por meio de uma mesma licitação, do projeto e da execução de uma obra de engenharia. Desta forma, o licitante vencedor será o responsável tanto pela elaboração do projeto quanto de sua concretização (construção propriamente dita). Tal expediente transfere ao licitante toda a responsabilidade e todos os eventuais custos decorrentes de alterações supervenientes de projeto, bem como de imprevistos decorrentes de falhas de projeto. Na sistemática da Lei n.º 8.666/93, necessariamente o projeto e a execução da obra devem ser licitados em separado. No dia a dia da Administração, tal fato torna extremamente comum que a empresa contratada para a execução da obra, em decorrência de supostos erros cometidos pela empresa responsável pelo projeto, solicite a celebração de aditivos contratuais como forma de compensação por despesas imprevistas que acabaram por afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O RDC, por sua vez, tende a reduzir sobremaneira a necessidade de celebração de termos aditivos, visto que ela própria (a executante) também foi responsável pelo projeto – de forma que qualquer deficiência ou imprecisão do contrato somente a ela própria pode ser imputada. Uma outra inovação do RDC é a possibilidade de celebração do “Contrato de Eficiência” entre a Administração e a Contratada. Por meio deste contrato, caso a Administração obtenha ganhos de economia em decorrência dos serviços ou dos bens fornecidos pela Contratada, esta última será recompensada e receberá um incremento proporcional em sua remuneração final. Desta forma, será de todo interessante para a contratada que a Administração consiga economizar cada vez mais, posto que isso redundará em um patamar remuneratório também cada vez maior para a prestadora. Já segundo a Lei n.º 8.666/93, ainda que o trabalho ou o produto fornecido pela contratada cause impacto direto (e decrescente) nos custos da Administração, a prestadora nada lucrará com tal economia – no máximo, receberá os parabéns do gestor. E nada mais. Vê-se, portanto, que ambos os procedimentos acima analisados fazem com que o RDC possa contribuir fortemente para a redução dos custos da Administração, bem como para o incremento de eficiência dos níveis de serviço da Contratada.

Quanto ao aspecto **responsabilidade ambiental**, igualmente traz o RDC importantes novidades. Uma delas é o detalhamento que o Regime Diferenciado traz acerca das ações

obrigatórias ao licitante no tocante à seara ambiental. São pelo menos 9 (nove) dispositivos que traçam responsabilidades específicas, tais como a redução do consumo de energia, bem como dos resíduos sólidos gerados durante a prestação dos serviços. Tal conformação legal coaduna-se com as necessidades atuais da sociedade mundial, a qual mostra-se cada vez mais preocupada com as condições de vida em nosso planeta – seja para a geração atual, seja para as gerações futuras. O RDC chega a prever, inclusive, que caso o licitante não consiga atender aos requisitos ambientais previstos no edital, a Administração pode até mesmo inabilitar o concorrente considerado inapto do ponto de vista ambiental. A Lei n.º 8.666/93, por sua vez, mostra-se extremamente tímida ao tratar do referido tema, apenas prevendo, de forma genérica, que os projetos básico e executivo devem prever os impactos ambientais. E nada mais. Tal omissão acaba por favorecer aos licitantes que eventualmente apresentem deficiências – ainda que gaves – relacionadas à sustentabilidade. Estes, não investem em ações ambientalmente adequadas, mas acabam por concorrer em condição de igualdade com outros licitantes que o fazem e que acabam por arcar com os custos de suas bem-vindas preocupações ambientais. Outrossim, deve-se mencionar também que o RDC prevê a possibilidade de que o contratado possa auferir uma dada remuneração adicional em decorrência de critérios ambientais objetivos previstos em edital. A Lei n.º 8.666/93, a seu turno, nada prevê neste sentido. Vê-se, pois, que o RDC afigura-se um diploma normativo muito mais consentâneo com as demandas ambientais da sociedade atual, a qual mostra-se hodiernamente muito mais consciente quanto à matéria do que era à época da edição da Lei n.º 8.666/93. O Regime Diferenciado, pois, é um reflexo deste avanço.

Destarte, esquematicamente, chega-se ao QUADRO 1 a seguir:

QUADRO 1 - Esquema comparativo entre a Lei n.º 8.666/93 (Regime Geral) e a Lei n.º 12462/11 (RDC)

<u>ASPECTOS ANALISADOS</u>	<u>LEI n.º 8.666/93</u> (Regime Geral)	<u>LEI n.º 12.462/11</u> (RDC)	
CELERIDADE	Ordem das Fases da Licitação	Habilitação => Análise e classificação das propostas financeiras	Análise e classificação das propostas financeiras => Habilitação
	Etapa Recursal	Dupla	Única
COMPETIVIDADE	Orçamento	Público	Sigiloso
	Oferecimento de lances	Lance único	Oferecimento de lances sucessivos
EFICIÊNCIA E REDUÇÃO DE CUSTOS	Contratação integrada de obras	O projeto e a execução da obra devem ser objeto de licitações distintas	O projeto e a execução da obra podem ser contratados por meio de uma mesma licitação
	Contrato de eficiência	Eventual economia gerada pela atuação eficiente da contratada <u>não</u> influencia/ incrementa a sua remuneração	É possível ficar estabelecido entre as partes que quanto maior a economia gerada em favor da Administração, maior será a remuneração da contratada
RESPONSABILIDADE AMBIENTAL	Ações ambientais	Menções genéricas e lacunosas quanto às ações ambientais necessárias	Detalhamento quanto às ações ambientais necessárias / Possibilidade de inabilitação
	Remuneração	<u>Não</u> é influenciada pela prática de ações sustentáveis por parte da contratada	Pode estar atrelada à prática de ações sustentáveis por parte da contratada

Fonte: Autor (2014)

Conforme denota/resume o QUADRO 1 precedente, o Regime Diferenciado de Contratações, quando comparado ao Regime Geral da Lei n.º 8.666/93, apresenta importantes inovações em relação a todos os 4 (quatro) aspectos ora analisados.

Neste contexto, e em conclusão, confirma-se a Hipótese h_1 deste trabalho (pág. 14) no sentido de que, considerados os aspectos da *celeridade*, da *competitividade*, da *redução de custos* e da *responsabilidade ambiental*, consubstancia-se o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) em um avanço normativo com relação às previsões normativas da Lei n.º 8.666/93.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O procedimento licitatório perfaz-se em expediente de absoluta imprescindibilidade para que o Estado Brasileiro consiga dotar-se dos insumos necessários com vistas ao adequado atendimento das inúmeras demandas da população. Assim, é por meio da licitação que a Administração Pública constrói escolas, compra veículos, confere concessões e autorizações... enfim, adquire bens e serviços, bem como contrata obras com o fito de realizar seus misteres institucionais.

Diante da relevância do tema, não causa estranhamento a seara licitatória ter tratamento constitucional, bem como dispor de diversos diplomas infraconstitucionais, tais como a Lei Geral de Licitações (Lei n.º 8.666/93) e a Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/02).

Na esteira de tal importância, e visando essencialmente atender as demandas relacionadas à Copa do Mundo de Futebol e às Olimpíadas do Rio, foi criado um regime específico que tentou promover uma atualização do procedimento previsto pelo Regime Geral. Passou a Administração Pública a contar, então, com o denominado Regime Diferenciado de Contratações – RDC.

As demandas sociais, cada vez mais complexas e desafiadoras, não combinam com um Estado que não evolui, que não busca novos mecanismos de atuação.

Vale lembrar a importante guinada que fora dada pela Administração Pública brasileira no fim dos anos de 1990 quando promoveu uma ampla Reforma Administrativa no Estado, a qual redundou, inclusive, em alterações de fundo constitucional (Ver Emenda Constitucional - EC n.º 19/1998).

Embrionariamente, a Reforma Administrativa ali promovida tentava informar ao extenso grupo de servidores e gestores brasileiros que os antigos paradigmas da Administração Burocrática-Weberiana não podiam mais ser perpetuados.

Era chegada a hora da Administração Pública Gerencial

Este novo paradigma, muito mais condizente com as demandas da sociedade brasileira da época. Seus pressupostos principais eram a eficiência, o planejamento e a ênfase nos resultados.

Tais diretrizes, vários anos depois, parecem ter servido de inspiração para o legislador brasileiro editar a Lei do RDC, posto que, como viu-se, a novo regime acabou por proporcionar inúmeros ganhos relacionados à celeridade, à responsabilidade ambiental, à competitividade e à eficiência licitatórias.

É certo que muito ainda há por ser feito (a exemplo da necessidade de uma maior blindagem do sistema contra a manipulação de certames), porém, diante do exposto, entende-se que o RDC perfaz-se em um poderoso instrumento de modernização das licitações brasileiras, na medida em que, sem olvidar de aspectos como transparência e controle, conseguiu dotar o processo de maior celeridade e eficiência. E outras mudanças certamente virão, posto que tramita no Congresso Nacional um projeto de lei (já em avançado estágio de tramitação) que moderniza o sistema vigente. Oxalá, de fato, o RDC tenha sido apenas a primeira das grandes alterações que estão por vir.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas: Licitação, contratação, fiscalização e utilização**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Lei n.º 8.666/93. **Lei de licitações**. Disponível em <<www.planalto.gov.br>>. Acessada em 17 de junho de 2014.

BRASIL. Lei n.º 12.462/11. **Lei do regime diferenciado de contratações**. Disponível em <<www.planalto.gov.br>>. Acessada em 17 de junho de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de licitações e contratos anotada**. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MPOG. **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão**. 2014. Disponível em <<www.planejamento.gov.br>>. Acessado em 13 de outubro de 2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/11)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n.º 56, outubro de 2011. Disponível em <<www.justen.com.br>>. Acessado em 11 de maio de 2014.

SENADO. **R\$ 26 bilhões de reais em jogo.** Revista em discussão. N.º 20. Abril de 2014. Disponível em <<<http://www.senado.leg.br/noticias/Jornal/emdiscussao/materia.html?materia=os-gastos-26-bilhos-em-jogo.html>&>>. Acessado em 17 de maio de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.