

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC  
CURSO DE DIREITO**

**HELENA BEATRIZ PACHECO DAROS**

**LICITAÇÕES PÚBLICAS E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO:  
PRINCIPAIS INOVAÇÕES AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO TRAZIDAS PELA  
LEI 12.462/2011**

**CRICIÚMA  
2013**

**HELENA BEATRIZ PACHECO DAROS**

**LICITAÇÕES PÚBLICAS E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO:  
PRINCIPAIS INOVAÇÕES AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO TRAZIDAS PELA  
LEI 12.462/2011**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Junior

**CRICIÚMA**

**2013**

**HELENA BEATRIZ PACHECO DAROS**

**LICITAÇÕES PÚBLICAS E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO:  
PRINCIPAIS INOVAÇÕES AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO TRAZIDAS PELA  
LEI 12.462/2011**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa teórica e método dedutivo, com emprego de material bibliográfico.

Criciúma, 03 de dezembro de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Junior – Esp. – UNESC – Orientador

Prof. Maicon Henrique Aléssio – Esp. – UNESC

Prof. Maurício da Cunha Savino Filó – Mst. – UNESC

**Dedico este trabalho inteiramente a minha família, que durante todo esse tempo esteve ao meu lado, compreenderam minhas ausências e meus momentos de estresse, pois no final, todos sabiam o meu objetivo, e me deram forças para chegar a esse momento.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que sempre me deu forças para não desistir, e muita saúde para resistir a essa longa caminhada.

A meu namorado, Antônio, que esteve sempre ao meu lado, compreendendo minhas ausências, meu mau humor, e toda a carga que uma graduação acaba nos impondo. Agradeço por sua imensa paciência e compreensão.

A meus pais, que sempre acreditaram em meus objetivos, e por estarem sempre me apoiando nessa caminhada.

Ao meu orientador, João Carlos Medeiros Rodrigues Junior, por sua compreensão e dedicação, além do grande auxílio que tive desde o início do Projeto que gerou esse trabalho, assim como todos os professores do Curso de Direito da UNESC, que contribuíram para minha formação.

As minhas amigas de classe Cristiane, Gabriela, Rafaela e Tamires, que desde o primeiro dia de aula me acompanharam nesta caminhada, amigadas que pretendo levar para vida toda, além de diversos outros colegas que conviveram conosco nesta caminhada.

A iniciativa do Governo Federal em criar programas como Enem e Prouni, pois esta foi a minha porta de entrada para Universidade. Agradeço a todo o corpo docente do Curso de Direito, por ter proporcionado uma formação de melhor cidadã.

E a todos aqueles que, por algum motivo não citei individualmente, mas que sempre me apoiaram e me deram estímulos para continuar. Meus agradecimentos a vocês são imensos.

**“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas graças a Deus, não sou mais o que era antes.”**

**Marthin Luther King**

## RESUMO

Diante da polêmica instituição do Regime Diferenciado de Contratação é necessário entender qual seu propósito e sua relação com o Regime Geral de Licitações. Primeiramente uma análise do Regime Geral verificando seu conceito e objetos. Também a análise dos princípios constitucionais a ele aplicável. As modalidades de licitações atualmente utilizadas bem como seus critérios de julgamento. Em um segundo momento é apresentado o Regime Diferenciado de Contratação. Seu conceito, funcionamento e momentos em que poderá ser utilizado bem como seus objetivos. Assim, mostrar seus princípios que tem aplicação um tanto distinto do Regime Geral. Procedimento este que será visto desde a fase interna até a fase de encerramento da licitação. Também, diante do grande questionamento e críticas apontadas a tal procedimento serão analisadas as duas Ações Diretas de Constitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal. Por fim, o presente trabalho em seu último momento traz as principais inovações que o novo procedimento licitatório instituiu principalmente sobre as alterações relacionadas aos prazos de publicações à publicidade dos orçamentos e o julgamento da habilitação anteriormente às propostas. Ao final do trabalho, com pesquisa teórica e método dedutivo e uso de material bibliográfico tem-se a busca pela verificação das possíveis influências que este regime pode trazer ao marco geral das licitações.

**Palavras-chave:** Administração Pública. Licitações. Princípios. Procedimento. Regime Diferenciado.

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Principais distinções entre o RDC e a Lei nº. 8.666/93.....	59
--	----



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
AOPO	Autoridade Pública Olímpica
CGCOPA	Comitê Gestor da Copa
DEM	Democratas
FIFA	Federação Internacional de Futebol Associado
GCOPA	Grupo Executivo da Copa
INFRAERO	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
MP	Medida Provisória
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PLC	Projeto de Lei de Conversão
PSBB	Partido da Social Democracia Brasileira
PPS	Partido Popular Socialista
RDC	Regime Diferenciado de Contratação
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 LICITAÇÕES PÚBLICAS</b> .....	<b>13</b>
2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
2.2 CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA .....	14
2.3 OBJETIVOS .....	16
2.4 PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO .....	17
<b>2.4.1 Princípio da isonomia</b> .....	<b>18</b>
<b>2.4.2 Princípio da legalidade</b> .....	<b>18</b>
<b>2.4.3 Princípio da impessoalidade</b> .....	<b>19</b>
<b>2.4.4 Princípio da moralidade</b> .....	<b>20</b>
<b>2.4.5 Princípio do desenvolvimento nacional sustentável</b> .....	<b>20</b>
<b>2.4.6 Princípio da igualdade</b> .....	<b>21</b>
<b>2.4.7 Princípio da publicidade</b> .....	<b>21</b>
<b>2.4.8 Princípio da probidade administrativa</b> .....	<b>22</b>
<b>2.4.9 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório</b> .....	<b>22</b>
2.5 MODALIDADES .....	23
<b>2.5.1 Concorrência</b> .....	<b>24</b>
<b>2.5.2 Tomada de preços</b> .....	<b>26</b>
<b>2.5.3 Convite</b> .....	<b>28</b>
<b>2.5.4 Concurso</b> .....	<b>30</b>
<b>2.5.5 Leilão</b> .....	<b>30</b>
<b>2.5.6 Pregão</b> .....	<b>31</b>
2.6 TIPOS DE LICITAÇÃO.....	34
<b>2.6.1 Menor Preço</b> .....	<b>34</b>
<b>2.6.2 Melhor Técnica</b> .....	<b>36</b>
<b>2.6.3 Técnica e Preço</b> .....	<b>37</b>
<b>2.6.4 Maior lance ou oferta</b> .....	<b>38</b>
<b>3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO</b> .....	<b>39</b>
3.1 CONCEITO E UTILIZAÇÃO DO RDC DE ACORDO COM A LEI 12.642/2011 ..	39
3.2 OBJETIVOS DO REGIME DIFERENCIADO.....	42
3.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO .....	43

<b>3.3.1 Princípio da eficiência</b> .....	<b>44</b>
<b>3.3.2 Princípio da economicidade</b> .....	<b>45</b>
<b>3.4 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS</b> .....	<b>46</b>
<b>3.4.1 Fase preparatória</b> .....	<b>46</b>
<b>3.4.2 Publicação do instrumento convocatório</b> .....	<b>47</b>
<b>3.4.3 Apresentação de propostas ou lances</b> .....	<b>48</b>
<b>3.4.4 Julgamento das propostas e a fase de habilitação</b> .....	<b>49</b>
<b>3.4.5 Fase recursal e encerramento</b> .....	<b>51</b>
<b>3.5 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO</b> .....	<b>52</b>
<b>3.5.1 Menor preço ou maior desconto</b> .....	<b>52</b>
<b>3.5.2 Melhor técnica ou conteúdo artístico</b> .....	<b>53</b>
<b>3.5.3 Maior retorno econômico</b> .....	<b>55</b>
<b>4 PRINCIPAIS INOVAÇÕES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO TRAZIDAS PELO RDC</b> .....	<b>57</b>
<b>4.1 A CLARA DISTINÇÃO FACE AO REGIME GERAL DE LICITAÇÕES</b> .....	<b>57</b>
<b>4.2 PRAZO DE PUBLICAÇÃO DO AVISO DE LICITAÇÃO</b> .....	<b>62</b>
<b>4.3 PUBLICIDADE DOS ORÇAMENTOS</b> .....	<b>64</b>
<b>4.4 PREFERÊNCIA PELO FORMATO ELETRÔNICO</b> .....	<b>67</b>
<b>4.5 JULGAMENTO DAS PROPOSTAS PREVIAMENTE A HABILITAÇÃO</b> .....	<b>70</b>
<b>4.6 O QUESTIONAMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE DO RDC</b> .....	<b>56</b>
<b>4.6.1 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.645</b> .....	<b>60</b>
<b>4.6.2 Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.655</b> .....	<b>62</b>
<b>4.7 POSSÍVEL INFLUÊNCIA DO RDC SOBRE O MARCO GERAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS</b> .....	<b>73</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>76</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>79</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho será apresentado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, instituído inicialmente para contratação das obras e serviços para Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, e para tanto foi necessário demonstrar como funcionam atualmente as licitações públicas dentro da Administração.

Para realização do trabalho foi utilizado o método de pesquisa teórico, dedutivo, e com o emprego de material bibliográfico, com o objetivo de analisar os aspectos da Lei nº 12.462/11 e suas principais alterações face ao Regime Geral, pois há quem diga que tal lei é inconstitucional, e outros que ela é a revolução necessária para melhoria no procedimento licitatório atual.

Assim, primeiramente será demonstrado o procedimento do Regime Geral de Licitações, regido pela Lei nº 8.666/93, apresentando primeiro o que é a Administração e a sua necessidade de realização do procedimento licitatório para suas contratações. Demonstrando seus objetivos, e detalhando cada um dos princípios que regem as licitações, quais sejam da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, desenvolvimento nacional sustentável, igualdade, publicidade e vinculação ao instrumento convocatório.

Também, veremos como ocorre o julgamento das licitações, com as suas modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, bem como o Pregão instituído pela Lei nº 10.520/02 e cada tipo de julgamento, afinal, o objetivo da Administração é sempre a busca da melhor maneira que se tem para atender os interesses públicos.

No terceiro capítulo será abordado o procedimento licitatório de acordo com o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que é um procedimento diferenciado criado para contratações relacionadas aos eventos esportivos internacionais que aconteceram, como a Copa das Confederações de 2013, e ainda acontecerão em nosso país, a Copa do Mundo de 2014, e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Demonstrando seu conceito e sua utilização, que além dos eventos esportivos, teve sua aplicação estendida para ações do PAC, SUS e obras do ensino público.

Como trata-se de um procedimento diferenciado, também veremos a questão dos princípios, pois tal Regime, apesar de elencar os que já regem as licitações do Regime Geral, trás duas novidades, que é expressamente o princípio

da eficiência e o da economicidade, que não eram previstos de forma direta no regime geral.

Ainda, será visto todo o procedimento interno, com suas fases desde a interna até o momento do encerramento da licitação, além de demonstrar as formas de julgamento que são um tanto diferenciadas em comparação ao Regime Geral.

Após, devido a grandes inovações trazidas pelo Regime Diferenciado, serão analisadas ainda as duas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (4.645 e 4.655) que tramitam no STF, questionando diversos dispositivos da Lei nº 12.462/11, além do seu processo de conversão da medida provisória que a resultou. O ponto mais questionado, e que será discutindo um pouco mais adiante é a questão da publicidade dos orçamentos, e sua possível violação ao princípio da publicidade.

Por fim, na ultima parte deste trabalho vai demonstrar as principais inovações que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas trouxe para o ordenamento jurídico, demonstrando sua principal diferenciação ao Regime Geral, notadamente a questão dos prazos de divulgação dos editais, a grande questão da publicação do orçamento estimado da licitação, que poderá ser mitigada, e divulgada somente após o fim da licitação, além da preferência em se fazer a licitação de forma eletrônica.

Também, a questão da expressa possibilidade de se fazer o julgamento do preço antes da análise da habilitação, apesar de outros dispositivos legais já trazerem essa possibilidade.

E finalmente, depois de demonstrada toda a diferenciação dos procedimentos será feita uma verificação se esse regime tão diferenciado poderá ter alguma influência sobre o atual Regime Geral de Licitações.

## 2. LICITAÇÕES PÚBLICAS

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, determina que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública serão contratados mediante processo de licitação.

Licitação, nada mais é do que um ato, uma forma, de como administração vai selecionar a proposta mais vantajosa, mediante observação de diversos dispositivos e princípios (JUSTEN FILHO, 2011, p. 448).

Para instituir, e regulamentar todos os passos e fases da licitação, foi instituída a Lei nº 8.666/93, que rege o procedimento licitatório, bem como os contratos administrativos que dela derivam.

Em suma, é o certame onde a Administração vai promover uma disputa entre os interessados em com ela estabelecer uma relação de bens, obras ou serviços, para a escolha da proposta mais vantajosa para contratação. Essa escolha é feita não só com base em valores, mas também por quem atenta as exigências mínimas necessárias para o cumprimento das obrigações determinadas no instrumento convocatório (MELLO, 2006, P. 492).

### 2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, objetivamente, pode ser definida como atividade que o Estado, concreta e imediatamente desenvolve para atender os interesses coletivos, por meio de órgãos e pessoas aos quais a lei atribuiu a função administrativa do Estado (MORAES, 2010, p. 326).

Como bem destaca Hely Lopes Meirelles:

Administração Pública – Em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos (2005, p. 64).

Dotada de poderes, a administração pública, tem certos privilégios que a fazem ficar em posição superior a terceiros, uma vez que, na maioria de seus atos, atua de modo unilateral, e por isso recai sobre ela uma série de rigores que não incidem aos particulares. Isso tudo porque a administração busca o interesse da

coletividade, e não apenas das partes que individualmente concebem (NIEBUHR,2012, p.32).

## 2.2 CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA

As licitações, regidas basicamente pela lei 8.666/93, são a forma que a administração tem de contratar obras, serviços, compras ou alienações. Numa definição mais completa, vale citar Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com ela travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa as conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isoladamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem a assumir (2006, p. 492).

De forma mais simples e objetiva, Marçal Justem Filho, define licitação como:

[...] um ato administrativo disciplinado por lei, e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica (2011, p. 448).

Como dito, licitação é um procedimento administrativo, com sequência de atos jurídicos ordenados, onde os interessados se apresentam para competir de forma igual e isonômica. Esse procedimento não depende da escolha do administrador, pois vence a licitação aquele que atender os critérios objetivos e apresentar a proposta mais vantajosa, portanto, mesmo que mudem os julgadores a decisão final deve ser a mesma (JUSTEN FILHO, p. 449, 2011).

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse” (2002, p. 260, 261).

As licitações de compras, obras e serviços, bem como alienações é uma exigência constitucional para toda a Administração, seja direta, indireta ou fundacional, apenas com a ressalva dos casos especificados. Essa obrigação de licitar tem um duplo sentido, trazendo não só a compulsoriedade na licitação, mas também na modalidade prevista para cada espécie (MEIRELLES, 2002, p. 225, 226).

A determinação de que a administração pública deve se submeter ao procedimento licitatório advém da Constituição Federal, em seu artigo 37 caput, e inciso XXI:

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

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL-A, 2013).

Bem como o artigo 1º e seu parágrafo único da lei 8.666/93:

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

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL-B, 2013).

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] estão obrigados a licitação pública tanto as pessoas de Direito Público de capacidade política quanto as entidades de suas Administrações indiretas; isto é: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais (2006, p.503).

Como visto, a lei trata em “obrigatoriedade de licitação”, porém traz a ressalva dos “casos específicos em lei”. Assim, a obrigação é regra e a contratação direta é a exceção. Essa contratação direta pode ser por meio de inexigibilidade, ou de dispensa de licitação além da licitação dispensada, conforme preveem os artigos 24, 25 e 17 da lei 8.666/93.

Além das obras, serviços, compras, alienações e locações, as licitações destinam-se também as concessões e permissões. A primeira pode ser de serviço, de obra ou de uso de bem público, e normalmente utiliza-se a modalidade de concorrência, tendo em vista as formalidades, e o período de duração dos contratos, assim, na concessão a administração vai delegar para que um terceiro particular



explore, ou utilize o bem durante o prazo e de acordo com as condições estipuladas em contrato (MEIRELLES, 2007, p. 72).

As permissões também sempre serão precedidas de licitação, inicialmente esse instituto era usado para serviços transitórios e de urgência, mas agora utiliza-se para serviços de natureza contínua, e para investimentos de grande valor, e por isso se fixa um prazo para essa permissão, a fim de garantir a recuperação do valor aplicado (MEIRELLES, 2007, p. 72, 73).

A obrigatoriedade de realizar licitação é em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público, onde os administradores não podem agir de acordo com sua própria vontade, mas sempre, do interesse público. Não desmerecendo a importância dos princípios da eficiência, isonomia e moralidade, que também são à base das licitações. Assim, por meio da licitação, é tirada da esfera do agente administrativo a escolha de quem contratará com a Administração Pública. Seguindo a linha de pensamento de Joel de Menezes Nienbuhr: “Para tanto, deve seguir procedimento formal prescrito em lei, valendo-se de critérios antecipadamente definidos de modo impessoal e objetivo.” (2012, p. 36).

Além da lei 8.666/93, que traz as regras básicas do procedimento licitatório, existe a lei 8.987/95 que determina as concessões e permissões dos serviços públicos, e a lei 10.520/02 que dispõe sobre o Pregão, e ainda a 11.079/04 que regula as parcerias público-privadas, além de outras leis que são específicas para certos setores de atividade administrativa.

## 2.3 OBJETIVOS

Inicialmente, as licitações buscam alcançar um duplo objetivo, proporciona a administração pública a realização do negócio mais vantajoso, e assegurar que haverá a livre disputa dos administrados nos negócios que a administração pretende realizar (MELLO, p. 494, 2006).

Na Lei 8.666/93, em seu artigo 3º estão descritos os objetivos das licitações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento

convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL-B, 2013).

Essa dupla finalidade, ou duplo objetivo, é uma preocupação que vem desde a Idade Média, e acaba levando os Estados, cada vez mais, a aprimorar as licitações, que hoje estão sujeitos a diversos princípios, onde seu descumprimento pode descaracterizar a licitação e invalidar o seu resultado (MEIRELLES, 2002, p. 261).

Nas palavras de Marçal Justem Filho:

A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para Administração Pública. A maior vantagem se apresenta quando a Administração Pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde a situação de menor custo e maior benefício para Administração Pública (2011, p. 450).

Por fim, objetiva garantir que sejam observados os princípios constitucionais da isonomia e, ainda, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, assegurando assim, oportunidade igual para todos os interessados, e possibilitando o comparecimento ao certame do maior número possível de participantes (BRASIL-H, 2010, p.19).

## 2.4 PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

De forma generalizada, princípio significa começo, base, o que é aproveitado no Direito, afinal, os princípios são o ponto de partida do ordenamento jurídico, ou seja, para interpretar as leis, é necessário que se entenda a sua origem (NIEBUHR, 2012, p.41).

A natureza normativa dos princípios, ao longo do tempo tornou-se inquestionável, uma vez que deixaram de serem consideradas apenas propostas e, de certa forma, obrigam em termos mais intensos do que as próprias regras. Deixar de cumprir um princípio pode ser considerado mais grave do que o descumprimento de uma regra (JUSTEN FILHO, 2011, p. 108).

As licitações públicas são norteadas por diversos princípios jurídicos, uma vez que estes se tornam posturas, para que os julgadores sempre decidam de acordo com os valores morais da sociedade. Previstos na Lei 8.666/9, em seu artigo 3º, e fazem com que, o instrumento convocatório e todos os demais atos que

decorrem de uma licitação se subordinem aos princípios, assim, para que se compreendam as licitações, é fundamental conhecer os princípios.

Dentre os diversos princípios citados na legislação e doutrina, vale destacar os elencados na lei geral de licitações, que são da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

#### **2.4.1 Princípio da Isonomia**

A administração precisa de terceiros para realizar seus fins, por isso necessita escolher quem o fará. O princípio da isonomia, no ato convocatório, ajuda a definir entre os licitantes as diferenças que são relevantes para administração, em outras palavras significa garantir um tratamento uniforme para situações uniformes (JUSTEN FILHO, 2005 p. 44).

Sendo um dos objetivos da licitação, a isonomia, que, a pesar de muitos entenderem que ela veda a diferenciação entre os particulares, trata realmente disto, pois quando a administração escolhe alguém para contratar ela está efetivando a diferenciação entre os interessados. O que caracteriza esse princípio é a tão dita frase: igualdade entre os iguais, e desigualdade entre os desiguais. Como bem conceitua Lúcia Valle Figueiredo:

Além de se princípio constitucional, é também princípio do próprio Direito Administrativo. Esse princípio, todavia, deve ser entendido com cautela. A isonomia, com efeito, há de ser compreendida dentro do princípio da igualdade entre os iguais, não pode ostentar abrangência que chagasse ao absurdo de promover o nivelamento de desiguais (2004, p. 41).

A isonomia visa, então, dar a todos a mesma oportunidade, em iguais proporções, e “a concorrência possibilita a administração uma melhor escolha, portanto satisfazer a necessidade da probidade administrativa” (FRANÇA, 2000, p. 2).

#### **2.4.2 Princípio da Legalidade**

Por sequência, destaca-se o princípio da legalidade, assim definido:

[...] é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado a lei; todas as suas fases são

rigorosamente disciplinadas pela Lei 8.666/93, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participarem da licitação promovida pelos órgãos públicos ou entidades a que se refere o artigo 1º tem **direito público subjetivo** a fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei. (DI PIETRO, 2011, p. 364).

Assim, tratando-se de direito subjetivo, qualquer cidadão ou licitante que sentir que o processo deixou de observar a norma, e tenha se sentido lesado por isso pode estar impugnando o procedimento.

Então, a legalidade pode ser alegada, ou questionada, não apenas por aqueles que participem da licitação, mas aqueles que queiram participar e tenham esse direito negado pela violação de alguma norma ou de princípios a qual está submetida (MELLO, 2006 p. 500).

A explicação concreta deste princípio encontra amparo no artigo 4º da lei 8.666/93, no qual determina que todos os participantes devem seguir a fiel observância do procedimento estabelecido pela lei, e qualquer cidadão pode acompanhar seu desenvolvimento.

#### **2.4.3 Princípio da Impessoalidade**

O princípio da impessoalidade se traduz na ideia de que a Administração deve tratar os administrados sem distinção, não sendo toleráveis os favoritismos ou perseguições, animosidades pessoais, políticas ou ideológicas. Nada pode interferir na atuação dos administradores, nem influenciar suas decisões (MELLO, 2006, p. 102).

Como destaca Hely Lopes Meirelles: “O princípio da impessoalidade exige que a Administração trate os administradores sem perseguição e sem favorecimentos, como consectário do princípio da igualdade de todos perante a lei (2007, p. 42)”.

Esse princípio complementa a informação de que o Administrador é o executor do ato, e que através disso manifesta a vontade do Estado, portando, os atos do agente político, no âmbito administrativo-governamental, não são dele, mas sim da entidade pública em nome da qual fez essa atuação (MORAES, 2010, p. 328).

#### **2.4.4 Princípio da Moralidade**

As licitações devem, sempre, serem norteadas pela seriedade e honestidade. O princípio da moralidade, exige que a Administração tenha comportamento não somente lícito, e ético, mas também seguindo os bons costumes, a moral, e todos os padrões éticos plausíveis. Na definição de Antonio Ferreira Filho, a moralidade é definida no seguinte:

No exercício da atividade administrativa e em todas suas formas e fases a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionarem-se segundo as regras da boa fé. Devem nas suas relações sempre trazer a ponderação dos valores fundamentais, éticos e morais do Direito, relevantes em cada circunstância de maneira a se garantir a todo o tempo, uma mútua relação de confiança, de maneira a se evitar, sobretudo a utilização de cargo ou função na Administração para auferir vantagens impertinentes, seja para si próprio ou outrem. O administrador público deve ser probo (2002, p. 12).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, esse princípio significa que a licitação deverá fluir conforme os padrões éticos, impondo um comportamento honesto, reto, de boa fé, tanto para Administração quanto para os licitantes (2006, p. 501).

Por este princípio, não basta apenas o administrador o estrito cumprimento da legalidade, deve ainda, no exercício de sua função pública respeitar os princípios éticos de justiça e razoabilidade, pois a moralidade, a partir da Constituição de 1988, constitui pressuposto para validar todos os atos da Administração Pública (MORAES, 2010, p. 328).

#### **2.4.5 Princípio do desenvolvimento nacional sustentável**

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável foi incluso no artigo 3º da Lei 8.666/93 no ano de 2010, e assume tal importância que os requisitos de sustentabilidade de cada licitante deverão ser apresentados ao longo do processo licitatório (MAIA, LEFÈVRE, 2012, p. 60, in JUSTEN FILHO, PEREIRA).

Assim, para seleção da proposta mais vantajosa, é também necessária a observância da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, que de certa forma se torna uma margem de preferência para produtos manufaturados e também

para serviços nacionais. Além, dos serviços e produtos originados do desenvolvimento tecnológico de nosso país (CARVALHO FILHO, 2013, p.249).

Portanto, tal princípio vem instituído para garantia do desenvolvimento sustentável, que busca a vinculação dos serviços contratados assegurando o tratamento adequado do impacto ambiental que o empreendimento licitado trará (ANDRADE, VELOSO, 2012).

#### **2.4.6 Princípio da Igualdade**

Expresso no artigo 37, XXI da Constituição Federal, o princípio da igualdade é um dos alicerces da licitação, que assegura a igualdade de todos os interessados em contratar, além de escolher a melhor proposta (DI PIETRO, 2011, p. 361).

O princípio da igualdade, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo é definido da seguinte maneira:

O princípio da igualdade implica o dever de não apenas tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar a oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI do Texto Constitucional (2002, p. 474).

Segundo esse princípio, é possível considerar como um impeditivo da discriminação entre os participantes das licitações, seja por cláusulas dos editais e convites, ou por conta de julgamento que desiguale, ou iguale os desiguais (MEIRELLES, 2005, p.271).

#### **2.4.7 Princípio da Publicidade**

O princípio da publicidade advém de outro princípio, o princípio republicano, uma vez que os atos tomados em nome do estado, inclusive atos administrativos, são públicos, abertos a todos e devem ser franqueados amplamente (NIEBUHR, 2012, p.45).

A publicidade impõe que atos e termos da licitação sejam expostos para qualquer interessado. Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello “É um dever

de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão” (2006, p. 501).

Ainda, de acordo com Sidney Bittencort, a publicidade “é condição de eficácia para própria licitação e do contrato, dos direitos dos envolvidos na licitação e no seu amplo controle por parte do povo” (2006, p. 15).

#### **2.4.8 Princípio da Probidade Administrativa**

Conforme descreve Alexandre de Moraes:

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público (2010, p. 369).

A probidade administrativa, ou princípio da probidade, apesar de ser dever de todo administrador público, e foi citada no rol dos princípios da lei de licitações, como uma espécie de advertência, como menciona Hely Lopes Meirelles:

A probidade na Administração é mandamento constitucional (art. 37, § 4º), que pode conduzir 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”.

A improbidade administrativa tem seus contornos já explícitos na Constituição Federal, que estabelece sanções aos servidores que assim agirem, e a própria lei de licitações pune, em vários dispositivos tais infrações (DI PIETRO, 2006, p. 355).

#### **2.4.9 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório**

Este princípio está dentre as diversas formalidades a se cumprir no processo licitatório, que é à confecção do instrumento convocatório, e lá a deve consignar o que pretende contratar, com todas as suas especificidades, e os licitantes devem analisar bem o instrumento, pois uma vez vencedores, serão obrigados a fazer o que for determinado. Claro, a administração pública só poderá

exigir dos vencedores aquilo que estiver determinado no instrumento convocatório (NIEBUHR, 2012, p.44).

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no artigo 41 da Lei 8.666 (2006, p. 502)”.

Nas propostas apresentadas em uma licitação, se busca abstrair o subjetivismo, fazendo uso do princípio do julgamento objetivo, que é aquele que se baseia em termos específicos da proposta e do edital, e tem por objetivo afastar a discricionariedade das propostas fazendo com o que os julgadores atentem-se aos critérios fixados pela administração (MEIRELLES, 2002, p.263).

## 2.5 MODALIDADES

A expressão modalidade se usa, de forma técnica, para identificar as espécies de procedimentos licitatórios, que se diferenciam quanto aos critérios de vantagens, bem como na estrutura do procedimento (JUSTEN FILHO, 2011, p. 462).

A lei de licitações, em seu artigo 22 prevê as seguintes modalidades:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V – leilão.

Essas diferenças procedimentais mostram a necessidade de se adequar o procedimento licitatório as características do objeto que será contratado, e também do critério de julgamento que será escolhido.

Além das cinco modalidades elencadas na lei de licitações, há também o Pregão, que é uma modalidade de disputa pelo fornecimento de bens comuns, regulada pela lei 10.520/02.

A Administração, antes de realizar qualquer licitação, deve conhecer as modalidades existentes, bem como os tipos instituídos pela lei, e assim enquadrar devidamente o edital e o executa-lo conforme a lei determina.

Nas palavras de Ivan Barbosa Rigolin:



O art. 22 discrimina o que denomina de *modalidades* de licitação, num rol exaustivo e taxativo (ou seja: as únicas modalidades existentes são as constantes dos incs. I ao V do art. 22): concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. As três primeiras levam em conta o *montante* (valor) estimado dos objetos das licitações, por ordem decrescente no texto da lei. As duas últimas, se referem, uma, a um tipo especial de licitação, para quando a Administração pretenda escolher um projeto entre vários possíveis, independentemente do valor estimado (concurso), e, outra, a modalidade clássica de licitação para alienação de bens (leilão), que também não considera o valor estimado da futura operação. A estes cinco procedimentos licitatórios a lei convencionou denominar *modalidades*, como poderia ter denominado diferentemente; sempre, então, que referida expressão *modalidade de licitação*, sê-lo-á com este estrito sentido, e para evitar qualquer dubiedade assim deve constar dos editais (1999, p. 178, 179).

Claro que aqui, há uma ressalva com relação ao rol “exaustivo e taxativo”, uma vez que, como já dito anteriormente, o Pregão foi instituído como modalidade para contratação de bens comuns, através da lei 10.520/02, sendo posterior a publicação desta obra de Ivan Barbosa Rigolin.

Ainda no entendimento de Joel de Menezes Niebuhr, vale destacar que “[...] o legislador criou modalidades de licitação pública, por efeito das quais os seus procedimentos se diferenciam, de acordo com a conveniência de cada espécie, conforme juízo do legislador” (2012, p. 187).

Em consonância com tudo que foi exposto, modalidades de licitações nada mais são, então, do que o procedimento, ou forma de que a Administração Pública escolhe para julgar as propostas dos interessados em contratar com ela.

### **2.5.1 Concorrência**

É a modalidade de licitação certa para contratos de grande valor, seja de compra, ou alienação, onde qualquer interessado, cadastrado ou não, e que satisfaça as condições do edital pode estar participando (MEIELLES, 2007, p. 79).

Sua definição vem também da lei de licitações, em seu artigo 22, §1º:

§ 1º 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 (BRASIL-B, 2013).

Sendo assim, a concorrência se caracteriza pela maior complexidade no seu procedimento, bem como a amplitude de participação, uma vez que deverá

respeitar os prazos mínimos de 45 ou 30 dias contados da publicação do aviso de licitação.

Além disso, como em regra a habilitação dos interessados acontece antes do julgamento das propostas, onde por meio de documentos exigidos no edital a Administração Pública analisa se a concorrente apresenta condições de idoneidade, para que, posteriormente se análise a proposta (JUSTEN FILHO, 2011, p. 464).

Ainda, para a concorrência, há que ser observado o critério da ampla publicidade, que é requisito essencial, onde necessariamente a divulgação deve ocorrer ao menos uma vez no Diário oficial da União, do Estado ou do Município, dependendo da entidade promotora da licitação, ou ainda, em um jornal diário da grande circulação no Estado ou da região onde se realizará a licitação (MEIRELLES, 2007, p. 81).

A concorrência segue os seguintes limites determinados pela lei 8.666/93:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

[...]

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

[...]

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (BRASIL-B, 2013).

Há também na concorrência, uma diferenciação não constante nas outras modalidades, que é a tradicional expressão do “*quem pode o mais, pode o menos*”, definidas também na lei de licitações:

§ 3º 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.

§ 4º Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência (BRASIL-B, 2013).

A concorrência, apesar de ter critérios semelhantes, diversifica-se da tomada de preços, principalmente pela questão de que qualquer interessado pode participar, já na outra, somente poderão participar aqueles interessados previamente cadastrados.

Há que se observar ainda, que a concorrência também é usada para fins de alienação, conforme determina o artigo 23, II, § 3º:

§ 3º 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 (BRASIL-B, 2013).

Também, quanto à alienação, há o artigo 17, § 6º, da Lei que dispõe:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

§ 6º Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão (BRASIL-B, 2013).

Esta modalidade é dita como a modalidade padrão das licitações, pois ela preserva com mais rigor o interesse da Administração, pois é destinada a contratos mais complexos e de maior importância, de acordo com a avaliação do legislador (NIEBUHR, 2012, p 188).

Em suma, é aquela modalidade em que qualquer interessado, que se habilite em fase anterior ao julgamento, pode estar participando. Por isso é considerada o âmbito mais amplo possível, pois a publicidade é maior, o prazo é maior, e para Administração, quanto mais interessados, melhor é a oportunidade de realizar um bom negócio (RIGOLIN, 1999, p. 181).

### **2.5.2 Tomada de Preços**

Tomada de preços é a modalidade que tem lugar para aquelas licitações de relevância mediana, ou seja, para as que nas excedam os limites previstos no artigo 23 da Lei 8.666/93:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

[...]

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

[...]

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

[...]

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); (BRASIL-B, 2013)

A definição desta modalidade está no artigo 22, § 2º da Lei 8.666/93:

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (BRASIL-B, 2013).

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, tomada de preços, nada mais é do que:

[...] destinada a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se (a) às *peessoas previamente inscritas em cadastro administrativo*, organizado em função dos ramos de atividade e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior a data fixada para abertura das propostas, o requeiram e sejam, destarte, qualificados (2006, p. 523).

Na modalidade tomada de preços, o que o legislador buscou, foi, agilizar o procedimento, determinando prazos mínimos um tanto menores que a concorrência, no caso, 30 dias para aquelas em que o critério for técnica e preço, ou, melhor técnica, e 15 dias para os demais casos (NIEBUHR, 2012, p. 188).

A tomada de preços restringe a participação apenas daqueles interessados cadastrados, até o terceiro dia anterior a data da abertura dos envelopes. Esses cadastros são regulados pelos artigos 34 a 37 da lei 8.666/93.

Em suma, vai determinar que participem somente sujeitos previamente cadastrados, ou que atendam as condições exigidas para o cadastramento em até três dias anteriores a data do recebimento das propostas. E a finalidade desse cadastro é tornar o processo mais rápido, uma vez que os requisitos de idoneidade e capacitação são vistos em fase anterior a abertura dos envelopes (JUSTEN FILHO, 2011, p. 464).

Quanto ao procedimento, rito, de cada modalidade, vale destacar que o artigo 46 da lei 8.666/93 elenca todo o procedimento, aplicável no que couber também às modalidades de concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

### 2.5.3 Convite

Definido no artigo 22, § 3º da Lei de licitações, o convite nada mais é do que a modalidade onde interessados, cadastrados ou não, apresentam suas propostas:

§ 3º 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 (BRASIL-B, 2013).

Na definição de Hely Lopes Meirelles:

Convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada as contratações de pequeno valor, consistente na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas, no prazo mínimo de cinco dias úteis (arts. 22, § 3º, e 21, § 2º, IV) (2007, p. 98).

O convite, de forma geral, vem a ser a terceira modalidade que consideram o valor estimado para sua definição como modalidade escolhida. Dispõe que a Administração deve convidar ao menos três interessados do ramo do respectivo objeto.

Conforme coloca Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “É a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação de edital, já que a convocação se faz por escrito, com antecedência de 5 dias úteis[...]” (2005, p. 339).

Não há no convite a exigência de publicação oficial, como nas demais modalidades, uma vez que a Administração pode escolher os interessados, para participarem da licitação. Mas, não necessariamente serão só esses os participantes, uma vez que aqueles não convidados, que estiverem cadastrados, ou manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas, poderão participar da licitação (JUSTEN FILHO, 2011, p. 465).

Assim como a concorrência, e a tomada de preços, o convite também tem seus limites determinados em valores, conforme determina a lei de Licitações:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

[...]

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (BRASIL-B, 2013)

Isto posto, vale citar a comparação feita por Celso Antônio Bandeira de Mello, das diferenças entre concorrência, tomada de preços e convite: Primeiramente, a concorrência, é a licitação destinada as relações que envolvem maiores valores econômicos, já a tomada de preços se destina relações jurídicas de interesse econômico médio, já o convite tratará de licitações de menor valor. Outra questão é que na concorrência irão participar quaisquer interessados que atendam os requisitos do edital. Já na tomada preço exige-se que os participantes interessados façam o prévio cadastro de fornecedores, em até três dias antes da data do recebimento das propostas, e só participaram esses que tiverem sua inscrição no registro cadastral da administração. Do convite, só participam aqueles que foram convocados, ou convidados pela Administração, e até 24 horas antes da abertura dos envelopes manifestaram seu interesse através do cadastro de fornecedores (2006, p. 526, 527).

E ainda, continua, em relação à publicação, também existem diferenças para cada modalidade. Na concorrência, o prazo mínimo entre a publicação do último aviso, e o recebimento dos envelopes é normalmente de 30 dias corridos, porém será de 45 dias nos casos em que o critério de julgamento seja melhor técnica, ou técnica e preço, ou ainda no caso de empreitada global.

Na tomada de preços, é diferente. Em geral, o prazo é de 15 dias, porém, será de 30 caso o critério de julgamento for melhor técnica ou técnica e preço. No convite se trabalha com dias úteis, diferentemente das duas modalidades anteriores.

Em relação à publicação, para tomada de preços e concorrência, a divulgação deve ser em imprensa, no caso ou jornais e diários oficiais conforme o caso. Já o convite basta afixação do aviso em local próprio da repartição, na própria sede da administração. Assim, pode se concluir que a cada modalidade de licitação, se da a publicidade conforme sua relevância.

#### 2.5.4 Concurso

Concurso é aquela modalidade em que quaisquer interessados, são selecionados para trabalho técnico, artístico ou científico, onde os vencedores recebem remuneração do prêmio (DI PIETRO, 2005, p. 340).

Esse conceito, basicamente repete o que o próprio artigo 22, §4º da Lei 8.666/93 traz em sua redação:

§ 4º 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 (BRASIL-B, 2013).

É uma modalidade de licitação, porém de caráter especial, bem diversificada das demais, e reger-se-á pelos princípios da publicidade, e igualdade entre os participantes. Tem por objetivo a escolha do melhor trabalho, porém dispensa as formalidades descritas nas demais modalidades. É divulgado mediante edital, e com antecedência mínima de 45 dias (MEIRELLES, 2007, p. 100).

Para o concurso, é exigido um regulamento, onde as condições sejam previamente especificadas, seria uma espécie de edital completo do concurso, e que disporá sobre todas as informações necessárias (RIGOLIN, BOTTINO, 1999, p. 191).

Conforme frisa Celso Antônio bandeira de Mello:

O concurso terá regulamento próprio, acessível aos interessados no local indicado no edital. Seu julgamento é efetuado por comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, sejam ou não servidores públicos (art. 52, § 5º) (2006, p. 525).

Em suma, o concurso será utilizado quando a Administração tiver a necessidade da seleção de pessoas para realização de trabalho técnico, artístico ou científico, e seguirá um procedimento um tanto diferente das demais modalidades.

#### 2.5.5 Leilão

Leilão é a modalidade utilizada pela Administração para venda de bens móveis, daqueles produtos que foram legalmente apreendidos ou empenhorados, e

também para os casos de bens imóveis que foram adquiridos via procedimento judicial ou dação em pagamento (MEIRELLES, 2007, p. 100, 101).

Essa exposição do autor, nada mais é do que a repetição do artigo 22, § 5º da Lei de licitações:

§ 5º 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 (BRASIL-B, 2013).

O leilão, nada mais é do que um procedimento no direito comercial e processual, e aí, diferente das demais modalidades concentra em uma única oportunidade, diversos atos que vão buscar a proposta mais vantajosa, e se diferencia também pela questão da possibilidade de multiplicação de propostas por um mesmo interessado (JUSTEN FILHO, 2011, p. 465).

Há que se fazer uma ressalva para os casos de alienações de bens imóveis, onde deverá ser usada a modalidade de concorrência. Podendo se usar o leilão quando a aquisição do bem tenha ido por meio de procedimentos judiciais ou dação em pagamento (MELLO, 2006, p. 536).

Ainda na linha de pensamento de Marçal Justen Filho, vale destacar que aqui nesta modalidade as propostas são formuladas verbalmente, e os proponentes ficam vinculados a elas. Cada proponente vai dando seu lance, cobrindo a proposta anterior, sempre por uma maior. E como o leilão destina-se a alienação de um bem, sempre por o melhor valor a fase de habilitação é dispensada para essa modalidade de licitação (2011, p. 466).

Como bem destaca Celso Antônio Bandeira de Mello: “O prazo mínimo desde a publicação do edital do leilão até a data de sua ocorrência é de 15 dias (art. 2, § 2º, III)” (2006, p. 525).

### **2.5.6 Pregão**

O pregão é a modalidade usada para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor da contratação, onde a disputa ocorre em sessão pública e é feita por meio de lances. (DI PIETRO, 2005, p. 342).

Nada mais é então, do que, a sexta modalidade de licitação que agrega aquelas definidas da lei de licitações. O pregão se institui modalidade,



primeiramente pela Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, e que posteriormente foi transformada na lei 10.520/02.

Basicamente, deve observar as seguintes considerações para o pregão: não há limite valorativo, usado somente para compras e serviços de bem comum, é permitida a negociação direta com a Administração, o procedimento é mais célere e racional. Além disso, tem as fases invertidas com relação as demais modalidades, uma vez que primeiramente vai se analisar as propostas, e posteriormente a habilitação. (SANTANA, 2008, p. 34)

Conforme determina o artigo 1º da Lei 10.520/02, o pregão destina-se a bens e serviços comuns:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.  
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (BRASIL-D, 2013).

A expressão bens e serviços comuns é um tanto indeterminada, uma vez que o que para um pode ser considerado comum, para outro não. Então, para acabar com esse tipo de dúvida, se foi estabelecido que aqueles bens ou serviços que tenham padrões de desempenho, qualidade, e ainda, que possam ser definidos, obviamente, por expressões de uso comum do mercado, porão se licitados com sendo comuns, e utilizando-se a modalidade pregão (NIEBUHR, 2012, p. 192).

O procedimento do pregão também é diferenciado, uma primeira diferença encontra-se no prazo de publicação do aviso de licitação, conforme determina o artigo 4º, inciso V da lei 10.520/02:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:  
V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;(BRASIL-D, 2013)

Outra questão, como já dito, é a inversão das fases de apresentação dos envelopes de proposta de preço e habilitação, ainda seguindo o artigo 4º:

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;(BRASIL-D, 2013)

Assim, após a entrega dos envelopes proceder-se-á com a abertura do envelope contendo as propostas, que deverá estar em conformidade com o instrumento convocatório.

Após a verificação dos preços, tanto o proponente com menor valor, como os demais poderão dar lances verbais e sucessivos, até que se tenha o menor preço e o declare vencedor. E só então passa-se a fase de verificação do envelope contendo a documentação de habilitação, para fazer constar que o vencedor atende plenamente as condições previstas o edital quando a habilitação (MELLO, 2006, p. 530).

Aqui, cabe a ressalva de que somente serão classificados para a etapa de lances aqueles proponentes que apresentarem as menores propostas, conforme definido nos incisos do artigo 4º da lei 10.520/02:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;(BRASIL-D, 2013)

Vale destacar ainda, que o pregão pode ser feito de duas maneiras: presencial ou eletrônico.

O pregão presencial, ou comum, é aquele que se caracteriza pela solenidade na sede do órgão público, onde os interessados se apresentam fisicamente. Já o eletrônico é todo conduzido via internet, onde as propostas e manifestações são feitas eletronicamente, no link indicado (JUSTEN FILHO, 2011, p. 466).

A previsão legal do pregão eletrônico advém da própria lei do pregão, em seu artigo 2º, § 1º: “Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica (BRASIL-D, 2013).

Assim, seu procedimento segue as mesmas regras do pregão comum, porém, deixa de ocorrer presença física tanto dos participantes quanto do pregoeiro, e todas as comunicações são feitas eletronicamente (MEIRELLES, 2007, p. 107).

Por fim, essa modalidade de licitação apresenta algumas vantagens a ser considerada pela Administração na hora de definir a modalidade, as principais são a desburocratização do processo, a celeridade e agilidade, além da economia nas contratações, bem como melhor gerenciamento da despesa pública, controle da atividade administrativa realizada em cada setor, além da ampliação da disputa entre os fornecedores, uma vez que qualquer um pode participar desde que atenda os requisitos do edital (SANTANA, 2008, p. 39).

## 2.6 TIPOS DE LICITAÇÃO

O tipo de licitação é aquele que a administração escolhe para determinar o critério de julgamento das propostas. Assim, as licitações serão julgadas de acordo com o melhor preço, melhor técnica, técnica e preço, ou então, melhor lance ou oferta, cada uma segundo os critérios fixados na lei 8.666/93 (RIGOLIN, BOTTINO, 1999, p.383).

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (BRASIL-B, 2013).

Os tipos de licitação, de certa forma, advêm do princípio do julgamento objetivo, uma vez que a administração não pode julgar a proposta embasada em critérios subjetivos, que dependam de sua vontade. Assim, deve valer-se de critérios objetivos de julgamento, que virão previamente descritos no edital (NIEBUHR, 2012, p. 496).

A lei denomina tipos de licitação, aos critérios de julgamento que serão estabelecidos para contratação de obras, serviços e compras. A regra geral é que o julgamento seja pelo menor preço (MELLO, 2006, p. 564).

Em seguida passa-se a exposição de cada tipo elencado na lei 8.666/93.

### **2.6.1 Menor Preço**

Seguindo a ordem do artigo 45, § 1º, I, o tipo menor preço, como o próprio nome já indica, é a seleção da oferta mais vantajosa.

O critério de julgamento baseado unicamente no menor preço, pode de certa forma parecer um desprezo em relação a qualidade da proposta, porém esse pensamento é equivocado. Pois a Administração deve definir o objeto no instrumento convocatório, e quando fizer essa definição, imporá características, que serão o padrão mínimo de qualidade em que os proponentes deverão cumprir obrigatoriamente (NIEBUHR, 2012, p. 496).

Então, nesse critério de julgamento, a proponente que obedecer e satisfazer todas as condições descritas no instrumento convocatório, e apresentar o menor preço, será a vencedora (RIGOLIN, BOTTINO, 1999, p. 199).

Há ainda uma questão importante a destacar, que é a proposta considerada inexequível, prevista no artigo 48, II, bem como os parágrafos 2º e 3º:

Art. 48. Serão desclassificadas:

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.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou
- b) valor orçado pela administração.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta (BRASIL-B, 2013).

Assim sendo, as propostas que se enquadram neste dispositivo serão consideradas inexequíveis, e serão desclassificadas, uma vez que os valores podem não ser suficientes para cobrir os custos, ou então, deixem despesas indispensáveis para execução do contrato para traz. Ocorre que essa presunção de inexequibilidade é relativa, assim, através da inversão do ônus da prova, o licitante poderá comprovar a viabilidade da execução da proposta (JUSTEN FILHO, 2011, p. 482).

Para Joel de Menezes Niebur “A proposta inexequível é aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera ao seu autor mais ônus do que vantagens” (2012, p. 481).

### **2.6.2 Melhor Técnica**

Na definição de RIGOLIN e BOTTINO, melhor técnica é aquele tipo de licitação adequado, onde atendendo as exigências da Administração, o proponente ofereça a melhor proposta e a melhor solução técnica a necessidade imposta no edital (1999, p. 201).

Assim, as licitações regidas pelo critério de melhor técnica deverão apresentar três envelopes: em um deles, a documentação para habilitação, no segundo a proposta técnica, e o terceiro contendo os preços, conforme dispõe a lógica do artigo 46 § 1º:

§ 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução (BRASIL-B, 2013).

No julgamento desse tipo, apesar de o nome sugerir, não se busca apenas a melhor proposta técnica, mas sim, a seleção da proposta mais vantajosa que será resultado de uma negociação feita com aquela proponente que atingir maior pontuação técnica, assim caso a melhor pontuação técnica não seja a menor

proposta de preços, a Administração buscará uma negociação, a fim de buscar um preço menor (MELLO, 2006, p. 566).

Vale ressaltar aqui, que diferentemente do próximo tipo a ser visto, no tipo melhor técnica, aquele licitante que obtiver a maior nota técnica, mas não apresentar menor valor, e após a negociação não quiser reduzir seu preço até o menor valor ofertado, por aquele outro licitante que atingiu a pontuação mínima do edital, deverá ser dispensado, ou seja, a comissão não pode aceitar um preço maior, de um proponente que atingiu a maior pontuação técnica, se existe um outro proponente que atingiu a pontuação mínima exigida no edital, e que tenha apresentado um preço menor. A negociação que a Administração fará com as proponentes, será sempre pela ordem de pontuação técnica, buscando chegar ao menor preço ofertado (NIEBUHR, 2012, p. 498, 499).

### **2.6.3 Técnica e Preço**

Nesse tipo de licitação os proponentes também deverão apresentar dois envelopes, conforme determina o artigo 46, §2º da Lei 8.666/93 que vai prescrever a mesma aplicação de que trata o tipo melhor técnica:

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório (BRASIL-B, 2013).

Assim, primeiramente a comissão vai abrir os envelopes contendo a proposta técnica, analisando sua aceitabilidade, e desclassificando aquelas que não atenderem. Em seguida será atribuída a pontuação para as proponentes classificadas, e após essa avaliação técnica se procede a abertura dos envelopes contendo as propostas de preços, analisando suas aceitabilidades e desclassificando as consideradas inexequíveis. As propostas de preço serão colocadas em ordem de classificação, e será dada uma pontuação para a proposta de preços, e outra para técnica, e o resultado final será obtido pela ponderação das duas notas (NIEBUHR, 2012, p. 499, 500).

#### **2.6.4 Maior lance ou oferta**

O tipo de julgamento de maior lance ou oferta será usado, como o próprio artigo 45, §1º, IV, já cita: “nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso”.

A lei não descreve esse tipo da mesma maneira como tratou os demais, porém, sempre que a Administração precisar vender bens, nos leilões ou concorrências, vai buscar não mais o menor preço como nos outros casos, mais o maior (RIGOLIN, BOTTINO, 1999, p. 207, 208).

O pregão envolve as propostas escritas, que são as ofertas iniciais, e também os lances, feitos de forma verbal, onde os interessados vão renovando suas manifestações até obterem a proposta vencedora (JUSTEN FILHO, 2005, p. 40).

Assim esse critério de julgamento deve ser usado quando a Administração for receber, em razão do contrato, valores, ou seja, quando quem vai pagar é o contratado, e não a Administração. Ainda, pode-se dizer que o único critério aqui é o preço, pode-se até dizer que o maior lance ou oferta é o menor preço às avessas, ou seja, no lugar de a Administração pretender o menor preço, busca o maior (NIEBUHR, 2012, p. 497).

### **3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO**

Como já visto no primeiro capítulo, as licitações seguem um procedimento, objetivando que a Administração contrate obras, serviços, compras ou faça alienações. Porém, em 2011 surge o Regime Diferenciado de Contratações, por meio da Lei nº 12.462 objetivando reger as licitações e contratos para uso exclusivo desses serviços relacionados a Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo Fifa 2014 Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, e no ano de 2012, uma alteração na Lei estendendo a aplicação do RDC para ações inerentes ao PAC, obras e serviços de engenharia para o SUS e sistema público de ensino.

Trata-se então, de um procedimento diferenciado, resultado do empenho do Governo Federal com finalidade de simplificar o processo licitatório para os eventos esportivos de caráter internacional que foram, e serão realizados no Brasil (NESTER, 2012, p. 227).

Destaca-se que ao optar por esse procedimento diferenciado, não se substitui completamente a aplicação da Lei nº 8.666/93. O RDC constitui nada mais do que uma modalidade autônoma de licitação, que como bem destaca Alan Garcia Troib “[...] com regras próprias que se aplica somente às contratações relacionadas no art. 1º da Lei nº 12.462. As demais licitações públicas continuarão regidas pela Lei Geral de Licitações” (2012, p. 227).

Ademais, vale ressaltar que tal procedimento, por instituir uma série de inovações, além de agilizar o processo licitatório, gerou muita polêmica na mídia desde a sua tramitação, e perduram até hoje, tanto que, existem duas Ações diretas de Inconstitucionalidades ajuizadas em face da Lei (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 5).

#### **3.1 CONCEITO E UTILIZAÇÃO DO RDC DE ACORDO COM A LEI Nº 12.462/2011**

Regulamentado pelo decreto nº 7.581, de 11/10/2011, e instituído pela lei 12.462 de 05/08/2011, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), traz uma forma diferenciada e excepcional que é facultada as licitações e contatos da administração pública (ANDRADE, VELOSO, 2012, p. 27).



Inicialmente, a intenção era a criação de uma forma diferenciada, especial, de contratação para os eventos desportivos que ocorrem no Brasil, e ocorrerão nos próximos anos (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 4).

Como bem instituía inicialmente a lei 12.462 de 05/08/2011, o RDC era aplicável exclusivamente:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), 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); e  
 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 (BRASIL-E, 2013).

Ocorre que logo no ano de 2012, o artigo 1º da lei sofreu uma alteração, estendendo a aplicação do RDC também para o PAC, SUS e obras do ensino público:

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  
 [...]
 § 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (BRASIL-E, 2013).

O Regime Diferenciado de Contratação traz uma série de exceções, que se aplicam a contratações para a Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, alterando certas disposições já conhecidas. Na definição de Ivan Barbosa Rigolin, assim surge o RDC:

A ideia fora entronizada em nosso direito pela Medida Provisória nº 527, de 2.011, que resultou no Projeto de Lei de Conversão nº 17, de 2.011. Esse PLC por sua vez foi o resultado de algumas emendas parlamentares ao texto da MP originária, frutos a seu turno de acalorada discussão, acordos, concessões recíprocas e entendimentos costurados a duras penas pelos partidos governistas e opositores, como sói ocorrer em elaborações legislativas sobre temas polêmicos e momentosos, de que todos anseiam colher dividendos políticos e eleitorais. O RDC instituído é um sistema de licitações e contratações diferente daquele tradicional disciplinado pela Lei

nº 8.666/93, a lei geral das licitações e dos contratos administrativos. Sua motivação imediata foi a copa do mundo – com propositadas minúsculas – a ocorrer no Brasil em 2.014 (2012, p. 01).

Seguindo a ordem dos artigos, o 2º da Lei, trás a definição de certos conceitos, que valem a pena serem citados, em virtude de sua usualidade no RDC:

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

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

II - empreitada por preço global: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

III - empreitada por preço unitário: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

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

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

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

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

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

VI - tarefa: quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (BRASIL-E, 2013).

Assim, a lei 12.462, parece ter instituído uma nova modalidade de licitação, unindo componentes já utilizados em certas modalidades já existentes no nosso ordenamento, mas com inovações, fazendo do RDC uma modalidade procedimental autônoma, objetivando a seleção e contratação dos serviços necessários para Administração, nesses casos específicos (ANDRADE, VELOSO, 2012, p. 27).

De forma simplificada, e pouco mais objetiva, o RDC nada mais é do que um procedimento distinto daquele adotado pela Lei nº 8.666/93, concebido para reger certames e contratos que se fazem necessários à realização da Copa das Confederações FIFA 2013, Copa do Mundo FIFA 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos 2016 (ROSSI, CASTRO JUNIOR, 2013, p. 2).

### 3.2 OBJETIVOS DO REGIME DIFERENCIADO

Como já dito, o RDC foi instituído para fins específicos, e essa finalidade indica a prioridade que o Estado Brasileiro dá a essas exceções:

Nesse sentido, a justificativa do regime excepcional apenas poderia pressupor a busca por maior simplificação, celeridade, transparência e eficiência nos procedimentos para dispêndio de recursos públicos (ANDRADE, VELOSO, 2012, p. 28).

Assim destaca o artigo 1º, § 1º da lei 12.462:

§ 1º O RDC tem por objetivos:

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

Observado o dispositivo, nota-se que o objetivo do RCD consiste em ampliar a competitividade e a eficiência dos eventos por ele amparados, além de permitir incentivos à inovação tecnológica (NESTER, 2012, p. 227).

O objetivo inicial do RDC foi de fato, criar uma forma diferenciada, especial, para os eventos que se aproximam, assim, uma das justificativas para o Regime Diferenciado é o ganho de tempo nos procedimentos, pois por meio da inversão de fases, que será tratada posteriormente, ocorre, o ganho de tempo, também por conta da unicidade recursal e da possibilidade de se abrir a licitação apenas com um anteprojeto, ao invés do projeto básico. Além dessa redução de tempo, também houve uma série de inovações (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 4,5).

Sobre essa delimitação da incidência do RDC, Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso ressaltam:

[...] deve-se observar que se trata de delimitação genérica. Isso porque, apesar do vínculo que a norma exige entre o projeto e os referidos exemplos desportivos, o seu texto não permite a imediata identificação de quais seriam os projetos beneficiados pelo novo regime jurídico (2012, p.28).

Em suma, está a cargo dos poderes executivos dos entes da federação envolvidos a definição dos projetos que constarão da referida carteira e que, por conseguinte, poderão se valer do regime diferenciado de contratação (2012, p.29).

Num artigo produzido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, assim definem os objetivos do RDC:

Quanto a seus objetivos, pode-se dizer que o RDC foi criado com o propósito de ampliar a eficiência nas contratações públicas destinadas à realização de determinados eventos esportivos, tornando-as mais céleres e desburocratizadas, devendo sua adoção constar de forma expressa dos instrumentos convocatórios, já que, via de regra, resultará no afastamento de normas contidas na Lei Federal nº 8.666/93 (ROSSI,CASTRO JUNIOR, 2013, p. 5).

Por fim, como destaca RIGOLIN, o objetivo do RDC é de melhorar a qualidade das licitações e das contratações dos objetos para os fins que o regime se destina, ademais, se esse objetivo será obtido de fato, somente o tempo e a prática dirão (2011, p. 4).

### 3.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

O artigo 3º da Lei nº 12.462/2011, trás os princípios que regem o RDC, o que de certa forma segue o que a Lei Geral de Licitações determina:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (BRASIL-E, 2013).

Assim, além de todos os princípios elencados e comentados no capítulo anterior deste trabalho, o RDC traz novidades, o da “economicidade”, e expressamente o da “eficiência”.

Pois de nada adiantaria a honestidade e as boas intenções dos agentes administrativos na prática de seus atos, se não for observado o princípio da eficiência, ou eficácia. Uma vez que este impõe aos agentes à adoção da medida mais conveniente e eficiente, sob o ponto de vista dos recursos públicos (JUSTEN FILHO, 2011, p. 454).

### 3.3.1 Princípio da eficiência

Quanto a esse princípio, de forma sucinta, seria aquilo além do desejável, pode se dizer que é uma parte de um princípio do Direito Italiano, o chamado princípio da boa administração (MELLO, 2006, p. 110).

Porém, vale comentar aqui, como bem destacam Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso:

A busca pela eficiência, veiculada na Lei do RDC tanto como objetivo quanto como princípio, parece indicar, no âmbito das licitações e contratos por si disciplinados, a persecução de interesses coletivos qualificados pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis (2012, p. 32).

Seguindo a linha de pensamento dos autores, tem como propósito de dar um norte aos objetivos do RDC, o princípio da eficiência vem como forma de garantir a celeridade nas licitações, e ampliar a eficiência das contratações públicas, e apesar de a Lei nº 8.666/93 não trazer esse princípio expressamente, sua aplicação já era bastante ampla (ANDRADE, VELOSO, 2012, p. 31,32).

Na linha de pensamento de Marçal Justen Filho:

A eficácia consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico e político. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público. (2011, p.455).

Assim, além de garantir a isonomia, a licitação deve selecionar o melhor contratante levando em conta o preço, e também a qualidade, e o processo, deve ser concluído com agilidade, porque a demora pode prejudicar o interesse público (NIEBUHR 2012).

Este princípio encontra-se diretamente ligado com o próximo a ser visto, o da economicidade, afinal, este nada mais é do que o dever da eficiência, pois não é só a honestidade e boas intenções que vão validar o ato administrativo (JUSTEN FILHO, 2005, p. 54).

### 3.3.2 Princípio da economicidade

Economicidade é o princípio que institui a Administração o dever de firmar contratos vantajosos, do ponto de vista econômico-financeiro, pagando por seus contratos o menor preço, desde que a proposta seja exequível (NIEBUHR, 2012, p. 628).

Marçal Justen Filho destaca o seguinte:

O Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Isso significa que a contratação comporta avaliação como modalidade de relação custo benefício. A economicidade é o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos e ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Quanto mais desproporcional em favor do Estado o resultado dessa relação, tanto melhor atendido estará o princípio da economicidade. A economicidade exige que o estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor. (apud ANDRADE, VELOSO, 2012, p. 39).

Ademais, conforme explana Vanusa Batista Pereira: “A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos” (2009, p. 4).

Alguns autores referem-se a esse princípio como uma espécie de eficiência na aplicação dos recursos públicos. E essa conceituação desse princípio é muito bem exposta por Bugarin (2004 apud CAXIETA, 2004, p. 129) como uma insanável busca pelos agentes públicos da melhor alocação possível dos recursos públicos para solucionar ou mitigar os problemas sociais existentes, e ainda há os que se referem aos princípios da economicidade e da eficiência como sendo o mesmo, sem nenhuma distinção.

Destarte, a economicidade impõe que seja adotada a solução mais conveniente sob o ponto de vista dos recursos administrativos, e toda atividade pública envolve um enfoque custo-benefício, pois o desenvolvimento de uma atividade vai implicar em custos de diversos níveis, envolvendo tempo, mão de obra, entre outros (JUSTEN FILHO, 2005, p. 54).

No RDC, tal princípio vem sob a informação de que a Administração deve sempre otimizar seus recursos, garantindo uma Administração de melhor qualidade, evitando possíveis desperdícios de dinheiro público (ANDRADE, VELOSO, 2012, p. 38).

### 3.4 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A disputa instituída pelo RDC traz uma série de inovações também no procedimento licitatório, e assim dispõe:

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

- I - preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - apresentação de propostas ou lances;
- IV - julgamento;
- V - habilitação;
- VI - recursal; e
- VII – encerramento (BRASIL-E, 2013).

O edital deverá prever todo o regramento do procedimento, as informações nele contidas devem ser claras e explícitas, permitindo com que os interessados saibam toda a disciplina sob qual a licitação será desenvolvida. Informando a modalidade escolhida, bem como a forma de apresentação das propostas: presencial ou eletrônica (MAIA, LEFÈVRE, 2012, p. 65).

O regramento procedimental do RDC está previsto em diversos dispositivos, a partir do 12º, como veremos mais detalhadamente a seguir.

#### 3.4.1 Fase preparatória

A ordem procedimental das licitações inicia antes mesmo da divulgação do edital e da convocação dos interessados. É a fase preparatória, a fase interna da Administração, onde há a fixação de critérios para o procedimento. (LEFÈVRE, 2012, p. 210).

A fase preparatória, nada mais é do que uma fase interna, que vai definir o objeto, e estabelecer as regras do jogo, como bem destacam MAIA e LEFÈVRE:

A instauração da licitação pressupõe, portanto, a prática de inúmeros atos prévios por parte do órgão ou ente estatal. Os tramites internos destinam-se a apurar as reais necessidades da Administração e a estabelecer as condições da disputa e da contratação (2012, p. 55, 56).

Todo esse procedimento que é feito antes mesmo da divulgação do edital é um pressuposto de validade para licitação, a fixação de critérios e a exigência de um procedimento disciplinado previamente faz com que os interessados que se

enquadrem nas exigências, se apresentem perante a Administração para competirem (LEFÈVRE, 2012, p. 210).

Por fim, é neste momento que se define o objeto de contratação a forma de julgamento com seus requisitos de julgamento, as condições de habilitação, as regras relativas ao procedimento e o contrato que será firmado. Tudo isso deverá constar no instrumento convocatório (MAIA, LEFÈVRE, 2012, p. 56).

### 3.4.2 Publicação do instrumento convocatório

A segunda fase do procedimento é a publicação do instrumento convocatório, que altera radicalmente os prazos e procedimento dos avisos de licitação, se comparado com a Lei Geral de Licitações (PEREIRA, 2012, p. 199):

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis (BRASIL-E, 2013).

A publicidade dos procedimentos licitatórios será realizada mediante a forma apresentada no § 1º do artigo 15:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores (BRASIL-E, 2013).



Neste mesmo dispositivo, o § 2º aponta que licitações em que seu valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, a publicação é mitigada.

A publicação neste caso é obrigatória somente por meio de divulgação eletrônica, porém, deve-se fazer a maior divulgação possível do sítio em que tais publicações vão se encontrar, uma vez que, como a própria Lei nº 8.666/93 já prevê, não só as publicações em diários oficiais são válidas (PEREIRA, 2012, p. 201).

Assim como nas Licitações regidas pelo procedimento geral, o Edital do RDC pode sofrer alterações entre sua publicação e a data da apresentação das propostas, assim o § 4º do artigo 15, aponta, que toda alteração é relevante, e por isso deve ser republicado e reaberto os prazo, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.

### **3.4.3 Apresentação de propostas ou lances**

As propostas apresentadas na licitação devem estar de acordo com o “modo de disputa” que o edital estabelecer. Esse modo, pode ser aberto ou fechado. Assim, sendo o modo aberto, as propostas devem permanecer sigilosas até o horário da abertura, já no fechado há uma combinação de métodos que limita o acesso aos lances somente a três licitantes (PEREIRA, 2012, p. 204 in JUSTEN FILHO, PEREIRA).

A lei que regulamento o RDC estabelece que as regras quanto à apresentação das propostas devam vir dispostas no instrumento convocatório:

Art. 17. O regulamento disporá sobre as regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances, observado o seguinte:

[...]

§ 1º Poderão ser admitidos, nas condições estabelecidas em regulamento:

I - a apresentação de lances intermediários, durante a disputa aberta;

[...]

§ 2º Consideram-se intermediários os lances:

I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta; ou

II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento (BRASIL-E, 2013).

Ou seja, depois da apresentação das propostas, estas serão classificadas de acordo com a vantajosidade, e seguirão para fase de lances verbais. A diferença

aqui está na possibilidade de lances intermediários, como bem explana Cesar A. Guimarães Pereira:

Isso tem grande relevância para as situações em que a proposta vencedora venha a não resultar na contratação, em face da inabilitação ou desclassificação do vencedor. Ou mesmo para os casos em que o vencedor não assina contrato, quando convocado, ou tem o seu contrato rescindido. [...] estabelecendo que o licitante que for convidado a assinar o contrato no lugar do vencedor pode fazê-lo segundo as condições econômicas de sua própria proposta [...] Em todas essas situações, um licitante pode ter interesse em formular propostas intermediárias (2012, p. 205).

Em relação a classificação da propostas, a lei é sucinta, e já delimita as regras,descrevendo as possibilidades de desclassificação das propostas licitantes:

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios insanáveis;

II - não obedeçam 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 (BRASIL-E, 2013).

Por fim, e não menos importante, o artigo 25 dispõe sobre os critérios de desempate das propostas. Onde, se, duas ou mais propostas empatarem, o primeiro critério é a “disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação”. Pela ordem, o segundo critério é a “avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído” (BRASIL-E, 2013).

O terceiro critério é o já conhecido na Lei nº 8.666/93, que é a preferência por produtos e serviços nacionais. E na sequência, o último critério de desempate, se não possível por nenhum dos anteriores, fica a cargo do sorteio (BRASIL-B, 2013).

#### **3.4.4 Julgamento das propostas e a fase de habilitação**

No que diz respeito ao julgamento das propostas, a Lei nº 12.462/2011 estabelece os critérios para tal fase em diversos artigos, possibilitando a adoção pela Administração dos seguintes critérios: menor preço ou maior desconto, técnica

e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, maior oferta de preço, ou maior retorno econômico (NESTER, 2012, p. 227).

Tais critérios estão elencados no artigo 18, e serão tratados individualmente em outro item deste trabalho.

O que já se pode adiantar aqui, é que na sistemática trazida pelo RDC, a fase de julgamento das propostas, em regra, preceda o julgamento da habilitação. E, de acordo com LEFÈVRE, essa “alteração de fases de habilitação e julgamento é, portanto, impositiva no RDC.” (2012, p. 211).

E ainda, como bem dispõe o § 1º do artigo 18 “O critério de julgamento será identificado no instrumento convocatório, observado o disposto nesta Lei” (BRASIL-E, 2013). Assim, cabe a Administração, e aos entes proponentes a observação de todas as informações constantes do instrumento convocatório.

Como já demonstrado, o RDC traz a ordem de fases a ser seguida durante o procedimento, e de forma expressa há a determinação de que o julgamento das propostas ocorre antes da habilitação. Assim, após o julgamento das propostas, e preenchidos os requisitos de habilitação o licitante deverá ser declarado vencedor (LEFÈVRE, 2012, p. 210).

As disposições quanto a habilitação vem elencadas no artigo 14:

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 nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:  
I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação;  
II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;  
III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e  
IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado (BRASIL-E, 2013).

No RDC, as fases de habilitação e julgamento são invertidas, assim, se o edital não estabelecer diverso, primeiramente serão julgadas as propostas, e posteriormente a habilitação, assim como já acontece no pregão. Tal inversão na ordem das fases visa a simplificação no processo, lhe conferindo maior celeridade (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 102).

Ou seja, a lei estabelece uma ordem de fases. E essa previsão não é uma faculdade de escolha da Administração, mas sim uma modificação de fato no

procedimento, onde o primeiro ato é o exame das propostas. E como já visto, o objetivo desse feito é dar celeridade ao procedimento (LEFÈVRE, 2012, p. 212).

### 3.4.5 Fase Recursal e encerramento

Seguindo a ordem prevista no artigo 12, vê-se que a fase recursal vem logo após o julgamento das propostas, e da habilitação. Assim, durante essa fase serão analisadas as questões relativas a essas duas fases que antecedem – proposta e habilitação – e todos os defeitos identificados pelos licitantes deverão ser aí manifestados (ROMERO, 2012, p. 296).

Outro dispositivo relacionado ao procedimento é o artigo 27 da Lei nº 12.462/11, que traz a seguinte redação:

Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.  
Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

Assim há a unicidade da fase recursal, e ocorre após a análise da habilitação, e na mesma sistemática do pregão, seu objetivo aqui é evitar que haja mais de uma fase recursal durante o procedimento (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 103).

Porém, vale ressaltar que essa fase recursal única se aplica excepcionalmente aos casos em que não houver a inversão de fases, sendo que neste caso porém os licitantes recorrerem após a fase de habilitação e após o julgamento das propostas (LEFÈVRE, 2012, p. 212).

Logo, ao fim da fase recursal, está previsto o encerramento do processo licitatório, como dispõe o artigo 28:

Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá:  
I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;  
II - anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável;  
III - revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou  
IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação (BRASIL-E,2013).

E como não poderia ser diferente, a última fase do procedimento licitatório, e não menos importante, do RDC é o encerramento, que de certa forma, adotou os mesmos procedimentos do Regime Geral de Licitações. Como bem

destaca Aline Lícia Klein: “Ao termino do procedimento, será possível homologar o resultado da licitação e adjudicar o objeto licitado, anular a licitação por motivos de ilegalidade ou revoga-la por razões de oportunidade e conveniência” (2012, p. 253).

Assim, seguindo a sequência de procedimentos existem diversas decisões que a Administração irá tomar que levam ao fim do procedimento licitatório, como a reparação de alguma irregularidade, se assim for possível, a anulação do processo, ou sua revogação, ou então a adjudicação do objeto e a homologação da licitação (REZENDE, 2011, p. 36).

### 3.5 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

Os chamados “tipos” de licitação, que nada mais são do que a sua forma de julgamento, identificando o critério de acordo com a necessidade da Administração (NESTER, 2012, p. 228,229).

Para fins de julgamento das licitações regidas pelo RDC, a lei trouxe cinco critérios de julgamento, elencados no artigo 18:

Art. 18. 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 (BRASIL-E, 2013).

Esses critérios de julgamento possíveis no RDC disciplinados nos artigos 18 a 23 da Lei inovam ao criar os critérios de maior retorno econômico, maior desconto, e de conteúdo artístico (REZENDE, 2011, p.31).

#### 3.5.1 Menor Preço ou maior desconto

Também chamado de “menor dispêndio”, esse critério de julgamento de menor preço, ou maior desconto também veio instituído no RDC, em seu art. 19:

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.

§ 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos.

§ 3º No caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório (BRASIL-E, 2013).

Assim, há duas formas em que Administração pode levar em conta para identificar a proposta mais vantajosa: menor preço e maior desconto, conforme destaca Alexandre Wagner Nester:

No primeiro caso, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade estabelecidos no ato convocatório, será reputada vencedora a proposta que ofertar o *melhor* preço (o menor valor possível desde que não seja inexecutável), o que resultará no menor dispêndio para a Administração e, portanto, na maior vantajosidade (2012, p. 232)

Ademais, Renato Monteiro de Rezende trás um conceito, de forma simplificada sobre esse critério de julgamento:

O critério de maior desconto pode ser reconduzido ao de menor preço, uma vez que seu objetivo é exatamente o de verificar qual proposta acarreta menores dispêndios para a Administração. Apenas a expressão monetária é substituída por um percentual sobre o valor orçado (2011, p. 32).

A inovação neste critério, então, ficou a cargo do critério *maior desconto*, assemelhando-se ao lance do pregão, que nada mais é do que aquela proposta que maior desconto oferecer em relação ao preço máximo que o edital fixar, e esse desconto deverá prevalecer durante todo o período de contratação, não havendo limite mínimo, nem mesmo uma limitação dentre aos quais as ofertas podem variar (NESTER p. 233).

### **3.5.2 Melhor técnica ou conteúdo artístico**

O RDC aqui apresenta uma alteração no julgamento pela melhor técnica, acrescentando-se o termo “conteúdo artístico”, como dispõe o artigo 21 da Lei nº 12.462/2011:

Art. 21. O julgamento pela melhor técnica ou pelo melhor conteúdo artístico considerará 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 que será atribuída aos vencedores.

Parágrafo único. O critério de julgamento referido no caput deste artigo poderá ser utilizado para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia (BRASIL-E, 2013).

Essa previsão limita a contratação de certos serviços por inexigibilidade, o que se mostra bem relevante, considerando os cerimoniais promovidos durante os eventos. Assim, admite que o conteúdo artístico seja valorado no próprio certame, representando um incentivo de competição entre os proponentes, mesmo que o critério de escolha vá se basear nas qualidades de cunho artístico (NESTER, 2012, p. 238).

Todavia, em relação a questão do trabalho artístico, Marçal Justen Neto destaca:

A contratação de projeto ou trabalho artístico não se confunde com a contratação de serviço de natureza artística. O critério de julgamento “melhor conteúdo artístico” se destina a contratações em que a contrapartida do particular será a apresentação de projeto artístico (2012, p. 370).

Concluindo com o raciocínio, a contratação direta, por inexigibilidade de licitação de um profissional artístico consagrado pela opinião pública, ou pela crítica continuará existindo. E a obrigatoriedade de licitação será afastada quando se constatar que a realização do procedimento licitatório se revelar inadequado, uma vez que se tenha definido a seleção do melhor sujeito para satisfazer as necessidades do Estado (2012, p. 371, 372).

Sob o aspecto do conteúdo artístico, Renato Monteiro de Rezende faz uma espécie de crítica:

No que concerne ao critério de melhor conteúdo artístico, a Lei nº-8.666, de 1993, já prevê o uso do concurso para a seleção de trabalho artístico (art. 22, § 4º). É difícil vislumbrar em que medida a previsão da Lei do RDC seja necessária ou represente um avanço em relação à Lei Geral nesse ponto. Não constituirá tarefa simples definir em edital, nas licitações para a seleção de trabalho artístico, os critérios objetivos exigidos pelo art. 21 do da Lei, dado o subjetivismo que envolve a apreciação de trabalho artístico (2011, p. 32).

Assim, fica claro que é viável promover a competição entre interessados em alguns casos, porém, em certas hipóteses continua evidente a inviabilidade de competição.

### 3.5.3 Maior retorno econômico

Nota-se que esse critério de julgamento é inovação do RDC, e de acordo com o Decreto nº 7.581, o maior retorno econômico é a economia que resulta após a execução da proposta de trabalho, reduzindo a proposta de preço (SCHWIND, 2012, p.190).

Na linha de raciocínio de SCHWIND, assim seria o retorno econômico:

Portanto, é possível afirmar que a identificação do maior retorno econômico depende de duas variáveis: o montante de redução das despesas correntes e a fixação do percentual devido ao contrato. Da combinação desses dois fatores será possível identificar qual a proposta mais vantajosa para a Administração (2012, p.190).

Cabe ressaltar aqui, que esse tipo de julgamento deve ser utilizado somente em contratos de eficiência, conforme consta na Lei nº 12.462/11:

Art. 23. 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. § 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (BRASIL-E, 2013).

Ademais, a seleção da proposta mais vantajosa, feita pelo critério de maior retorno econômico à Administração Pública, é aquela usada nos contratos de eficiência, que tem por objetivo reduzir as despesas dos entes públicos (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 78).

Ainda no artigo 23, em seu § 3º, a Lei previu conseqüências para o não atingimento da economia contratada:

§ 3º 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 (BRASIL-E, 2013).

Em suma, sendo superior a diferença entre a remuneração do contrato e a economia, haverá aplicação de multa correspondente ao valor da diferença; se a



diferença for superior ao que o contrato estabelecer, serão aplicadas outras multas; e caso a diferença seja inferior à economia do contrato, a diferença poderá ser descontada da remuneração do contrato, sem aplicação de multas ou sanções. Aqui, há que se ressaltar que tanto o edital quando o contrato deverão estabelecer os riscos entre as partes (SCHWIND, 2012, p.191).

Logo, haverá a necessidade de que os licitantes apresentem uma proposta de trabalho, de forma a demonstrar os serviços, prazos e economia a ser gerada, juntamente com a proposta de preços. Assim, como bem destaca Alexandre Wagner Nester “a proposta mais vantajosa será aquela que oferecer a maior economia para a Administração Pública, em consonância com o objetivo de eficiência” (2012, p. 242).

## 4 PRINCIPAIS INOVAÇÕES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO TRAZIDAS PELO RDC

Como visto no capítulo anterior, o RDC trouxe diversas mudanças quanto ao procedimento licitatório, e algumas foram elencadas e expostas no capítulo anterior.

O que se pode acrescentar aqui ainda é a questão da contratação integrada, para serviços específicos, que nada mais é do que a que consegue combinar serviços ou bens de naturezas diferentes, abrangendo simultaneamente uma obra pública, ou nos casos de engenharia a confecção dos projetos básico e executivo (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 29).

Veremos ainda, um ponto um tanto polêmico que de certa forma foi um dos motivos para propositura das ADI vistas anteriormente, e também, já era um dos principais questionamentos enquanto a lei tramitava: a questão da publicidade do orçamento estimado (CARDOSO, 2012, p. 73).

Uma outra distinção um tanto relevante, pode-se observar na simples leitura do artigo 15, onde os prazos de publicação, para divulgação das licitações são bem menores. Ademais, foram diversas outras modificações, em todo o procedimento licitatório, que serão elencadas ao longo deste capítulo.

### 4.1 A CLARA DISTINÇÃO FACE O REGIME GERAL DE LICITAÇÕES

Para uma fácil visualização de todas as alterações que mais importam, em uma relação entre o RDC e a Lei nº 8.666/93, Sérgio Ciquera Rossi e Sérgio de Castro Jr. apresentam o seguinte quadro (2011, p. 5, 6, 7):

**QUADRO 1:**

RDC	LEI nº 8.666/93
<b>CONTRATAÇÃO INTEGRADA</b>	
Permite que todas as etapas de uma obra sejam contratadas com uma única empresa, que fará os projetos básico e executivo e realizará a obra, entregando-a pronta para a administração.	Não prevê esse tipo de contrato. Os projetos básico e executivo devem ser feitos por empresas diferentes. O Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras (Decreto 2.745/98) já permite a contratação integrada.
<b>REMUNERAÇÃO VARIÁVEL</b>	

Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, a contratada poderá receber uma remuneração variável vinculada ao desempenho. Esse ônus será definido com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no edital e no contrato.	Não prevê esse bônus. A Petrobras já o usa para contratos que envolvem várias empresas quando a licitação é impossível por falta de competitividade, mas também são previstas penalidades por atrasos.
<b>INVERSÃO DE FASES</b>	
O regime prevê que a fase de habilitação (exigência de documentos e outras obrigações legais) ocorra depois do julgamento das propostas e somente seja cobrada do licitante vencedor.	A habilitação ocorre antes do julgamento das propostas e é feita para todos os concorrentes. Segundo seu regulamento específico, a Petrobras pode dispensar os documentos da habilitação se o licitante possuir um certificado de registro em seu cadastro.
<b>PARCELAMENTO E CONTRATAÇÃO SIMULTÂNEA</b>	
Permite o parcelamento do objeto a licitar, inclusive em serviços de engenharia, assim como a contratação de mais de uma empresa para executar um mesmo serviço (exceto de engenharia).	Não prevê a possibilidade de fracionar o objeto ou sua execução. A Petrobras pode fracionar o objeto, mas a modalidade de licitação deve seguir o valor global do objeto antes desse fracionamento.
<b>FASE ÚNICA DE RECURSOS</b>	
O regime estipula uma fase única de recurso após a habilitação do vencedor. A intenção de apresentá-lo deve ser manifestada imediatamente, mas o prazo continua ser o atual, de cinco dias úteis. Igual prazo terão empresas que quiserem apresentar contra-argumentos.	A lei prevê o efeito suspensivo do recurso nas fases de habilitação e de julgamento das propostas. A fase seguinte somente pode ocorrer depois de julgado o recurso anterior
<b>PRÉ-QUALIFICAÇÃO</b>	
É criada a pré-qualificação permanente e um regulamento estabelecerá as condições em que a administração poderá fazer uma licitação restrita aos pré-qualificados.	A lei permite a pré-qualificação de licitantes na modalidade de concorrência sempre que o objeto da licitação recomende maior análise de qualificação técnica dos interessados.
<b>PROPOSTA VENCEDORA</b>	
No caso do vencedor da licitação não querer assinar o contrato e os demais classificados não aceitarem assiná-lo nas condições ofertadas pelo vencedor, a administração poderá usar os preços dos outros classificados, desde que não sejam superiores ao orçamento estimado para a contratação.	Permite apenas convocar os licitantes remanescentes para assinar o contrato nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.

Diante de tantas alterações procedimentais, pode-se dizer que o RDC foi instituído como uma nova modalidade, sendo um procedimento autônomo, e desvinculado da Lei nº 8.666/93, como o próprio artigo 1º, em seu § 2º dispõe:

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei (BRASIL-E, 2013).

Grande distinção se faz logo analisando a incidência da aplicação de cada procedimento, uma vez que a Lei 8.666/93 destina-se as licitações de uma forma geral, para todas as necessidades da Administração Pública:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei (BRASIL-B, 2013).

Já o RDC, até o presente momento tem aplicação restrita, como bem dispõe o artigo 1º da Lei 12.462/11:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), 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); e  
 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.  
 [...]

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (BRASIL, 2013).

Ademais, as principais inovações ficaram a cargo das informações apresentadas na tabela, quais sejam a remuneração variável, contratação integrada, o parcelamento do objetivo, a pré-qualificação, bem como alguns dos itens que

serão vistos um a um, quais sejam a preferência pela realização do pregão eletrônico face ao presencial, o julgamento das propostas previamente a habilitação e também a fase recursal única (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2012, p. 100).

De forma geral, o RDC denota o Regime Geral de Licitações, e existem semelhanças e diferenças entre um procedimento e outro, mas o fato é que o RDC não pode ser compreendido se observado puramente a luz das regras da legislação anterior (PEREIRA, 2012, p. 193).

## 4.2 O QUESTIONAMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE DO RDC

Como já citado, o RDC gerou muita polêmica, a ponto de ter até o presente momento, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra si: ADI 4.645 e 4.655. Em comum, essas ações questionam a constitucionalidade da medida provisória, que ao longo de sua tramitação foram acrescentados os dispositivos relativos ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 7).

A primeira ataca o prisma formal da Lei que institui o RDC, alegando a extrapolação de competência parlamentar para a emenda na medida, além do descabimento da utilização da medida provisória, e questiona um artigo especificamente, que trata da publicidade dos orçamentos. A segunda, também questiona a constitucionalidade formal da Lei, além de diversos outros dispositivos. (CARDOSO, 2012, p.80, 81).

Outra questão alegada por alguns doutrinadores é simples menção que a lei traz a possibilidade de se afastar a aplicação da Lei Geral de Licitações ao se utilizar o RDC, e que o legislador deveria sim observar sempre a lei geral, pois “Não fosse assim, a Lei Geral seria um nada jurídico, contornável ao mero talante do legislador de cada ente federado” (REZENDE, 2011, p. 13).

### 4.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.645

Proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Democratas – DEM e o Partido Popular Socialista – PPS, em 21 de agosto de 2011 a Ação Direta de Inconstitucionalidade trás como objeto a Lei nº 12.642/2011, resultado da Medida Provisória nº 527, também de 2011 (BRASIL-F, 2013).

Alegam irregularidades em relação ao seu objeto inicial, que tratava da organização da Presidência e dos Ministérios, além de criar cargos e legislar sobre a ANAC e INFRAERO, e que, porém, durante sua tramitação foram acrescentados diversos dispositivos que instituíam o RDC.

Há ainda, a alegação de que tal lei estaria violando alguns dispositivos da Constituição Federal, notadamente os arts. 5º caput, 22, inciso XXVII, 37 caput e inciso XVII, e 62, dentre outros.

Quanto a questão da inclusão do RDC na Medida Provisória, alegam os autores a ausência dos pressupostos constitucionais para tal: urgência e relevância, uma vez que essa matéria não fazia parte do texto originário da medida provisória. Neste ponto, pedem a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 527 bem como a Lei nº 12.462/11 por violação ao artigo 62 da Constituição Federal.

Alega-se ainda o abuso no poder de emendar, devido a ação do relator em estar incluindo a matéria do RDC no objeto da medida, e a violação do devido processo legislativo, uma vez que, deveria ter sido debatida no Congresso Nacional.

Ademais, em relação aos dispositivos Constitucionais, a ADI relata a violação a artigos da Constituição, bem como seus princípios de publicidade, moralidade e eficiência.

Em relação à publicidade, alegam que o dispositivo que autoriza a publicação de licitações somente em sítio eletrônico, dispensando a publicação na imprensa estaria violando o artigo 37 da Constituição Federal, assim como também ocorre no sigilo do orçamento estimado, que de acordo com o RDC não precisa ser desde logo divulgado.

Por fim, a ADI pede cautelarmente que a Lei que instituiu o RDC tenha sua eficácia suspensa, com fins de proteger o erário público.

#### **4.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.655**

Esta Ação foi proposta pelo Procurador Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, em 07 de setembro de 2011, alegando também a repentina mudança no objeto da Medida Provisória (BRASIL-G, 2013).

Novamente é questionada a falta dos requisitos de urgência e relevância para se emendar a Medida Provisória, e na mesma linha seguida pela outra ADI, se

sabe que há uma forma de emendar, porém é necessário que guardem uma afinidade lógica com a proposta inicial.

Sobre os dispositivos da Constituição, também é alegado afronta ao artigo 37, uma vez que os dispositivos do RDC não fixam parâmetros mínimos para se identificar quais as obras ou serviços, especificamente, poderão seguir tal regime.

Há também a alegação de que existem implicações em relação a preferência do regime integrado de contratação para obras e serviços de engenharia: a primeira é que isso vai permitir que o serviço seja contratado sem que o objeto tenha sido previamente definidos, e aponta diversos problemas que podem ser gerados por falta de definições.

O Procurador Geral da República questiona também, certos dispositivos da Lei, que podem ser interpretados no sentido de que, havendo obras e serviços que podem causar danos ambientais e culturais, seriam aplicadas medidas apenas mitigadoras ou compensatórias. Por isso pede a inconstitucionalidade parcial de certos dispositivos para afastar qualquer outra interpretação. Também aqui, se encerra com o pedido de cautelar, para suspensão da Lei até o desfecho da Ação.

Até o presente momento o STF não se manifestou quanto à apreciação das referidas Ações. Então, poderá reconhecer a inconstitucionalidade da Lei, ou, quem sabe declarara-la constitucional, sem se quer promover redução no texto (CARDOSO, 2012, p.80).

#### 4.3 PRAZOS DE PUBLICAÇÃO DO AVISO DE LICITAÇÃO

Em uma simples comparação entre o artigo 15 do RDC e o artigo 21 § 1º, da Lei nº 8.666/93, e como já mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, pode-se notar a clara redução dos prazos para a divulgação dos avisos de licitação. O RDC assim dispõe:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

- a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e
- b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis (BRASIL-E, 2013).

Para relembrar, a Lei Geral de Licitações dispõe os seguintes prazos, previstos no artigo 21:

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para:

a) concurso;

b) concorrência, 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";

II - trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite (BRASIL-B, 2013)

Além da Lei nº 10.520/02, que já trouxe um prazo menor, com a modalidade pregão, que no artigo 4º assim dispõe: "V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis" (BRASIL-D, 2013).

O artigo é expresso ao indicar prazos mínimos para apresentação da proposta, que se contam a partir da publicação do instrumento convocatório. Nos casos em que for necessária a publicação em jornal, e também em sítios eletrônicos, e se elas ocorrerem em dias diferentes, o prazo será contado a partir da última publicação. E ao contrário do que ocorre na Lei nº. 8.666/93, aqui os prazos são contados em dias úteis (PEREIRA, 2012, p. 202).

Neste aspecto, Leonardo Coelho Ribeiro faz uma crítica, um tanto isolada, dizendo não ser proveitosa essa redução dos prazos, alegando que a intenção de priorizar a celeridade pode prejudicar a competitividade e a economicidade:

Isso porque o ganho de tempo com a redução de prazos para a apresentação das propostas é, por si só, muito pequeno. De outro lado, prazos exíguos para a apresentação de propostas podem dificultar que os



licitantes organizem sua documentação necessária à participação no certame em tempo hábil, reduzindo o número de concorrentes à competição e, portanto, aumentando a probabilidade de se celebrar contratações mais caras (2011, p. 41).

Com relação à forma de publicação, prevista ainda no artigo 15 da Lei, assim dispõe o § 1º:

A publicidade a que se refere o caput deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

O que deve ficar claro aqui, é que essa publicação feita em sítios eletrônicos, mesmo que esses sejam certificados, não substitui a publicação no Diário Oficial (PEREIRA, 2012, p. 200).

Vale lembrar, que esse aviso de licitação é de suma importância para o procedimento, pois é daí que vai se conseguir o ato convocatório, que além de dar publicidade ao procedimento, estará estabelecendo as regras sob as quais o certame será regido (LEFÉVFRE, MAIA, 2012, p. 62).

Há que se ressaltar aqui ainda, a questão já mencionada anteriormente neste trabalho, relacionada à reabertura desses prazos em caso de modificação do edital. Assim, assemelhando-se ao que a Lei Geral de Licitações já trazia, o § 4º do RDC prevê que as alterações relevantes no edital devem conduzir a republicação do edital, e a reabertura dos prazos. Dispensa-se essa republicação, caso tal alteração não implique na alteração da forma de apresentação das propostas (BRASIL-E, 2013).

#### 4.4 PUBLICIDADE DOS ORÇAMENTOS

Como já podemos observar no segundo capítulo deste trabalho, um dos temas mais polêmicos sobre o RDC, e que foi questionado das duas ADI's propostas ao STF, é a questão da publicidade do orçamento estimado por parte da Administração, o artigo tão questionado assim dispõe:

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

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno (BRASIL-E, 2013).

Diferentemente da Lei 8.666/93, que traz diversos dispositivos exigindo a prévia divulgação do orçamento. O artigo 6º, IX, alínea “f” estabelece que no projeto básico, necessariamente deverá conter o “orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”. Também na execução de obras e serviços a Lei determina que só poderão ser licitados quando “existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários”. Ademais, a própria lei determina no artigo 40, II, que um dos anexos do edital deverá ser o “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários” (BRASIL-B, 2013).

As alegações sobre tal sigilo são diversas, se não vejamos o que dizem RIBEIRO, PRADO e PINTO JUNIOR:

De um lado, alegou-se haver quebra do princípio da publicidade ou que se poderia ferir também o princípio da isonomia, na medida em que a informação fosse transmitida propositadamente apenas para determinados empresários, com possível contrapartida ilegal para o agente público fornecedor da informação.

De outro, o Governo instituiu que o sigilo temporário é favorável ao interesse público, pois dificulta a prática de conluíus nas licitações (2012, p. 69).

Ademais, como visto, o sigilo do orçamento é temporário, assim, após a adjudicação do objeto ele será tornado público, além do mais, os próprios parágrafos do artigo 6º do RDC tratam de hipóteses em que o orçamento deverá constar no instrumento convocatório.

Porém, há que se fazer uma ressalva aqui, quanto à diferença ente a elaboração do orçamento e sua divulgação. Afinal, são momentos distintos do procedimento licitatório, e a elaboração do orçamento é imprescindível para delimitar o objeto da licitação e os custos que envolverão sua execução, e em um segundo

momento é que ocorre a divulgação do orçamento que foi elaborado, que normalmente vai acontecer juntamente com a divulgação do edital (CARDOSO, 2012, p. 74 75).

Com relação a pratica de conluio nas licitações por conta da divulgação dos orçamentos, Renato Monteiro de Rezende faz uma ressalva que vale ser destacada:

Assim, embora a previsão do orçamento sigiloso seja justificada com o argumento de que ele poderia combater estratégias cartelísticas, é duvidosa a sua eficácia. Em um mercado cartelizado, bastará aos participantes do conluio persistir nas práticas atuais, para obterem resultado semelhante aos verificados atualmente. Se todos oferecerem propostas de preço superiores ao orçamento sigiloso da Administração, esta findará por negociar melhores condições com o autor da melhor proposta, valendo-se do disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei, até que o preço por ele oferecido se equipare ao constante do orçamento (2011, p. 41).

Outra crítica relacionada a publicidade do orçamento é dada por Ivan Barbosa Rigolin:

A idéia não é simpática, lembra os tempos da ditadura, não parece ser técnica e em princípio faz retroceder a institucionalização das licitações no país. Nenhuma justificativa desse segredo convence, e não se vislumbra por que a lei o impõe.

Apenas os órgãos de fiscalização controle terão acesso àqueles dados financeiros, conforme reza o § 3º, que o Executivo precisou incluir no texto originário sob pena de não conseguir sua aprovação no Congresso. Nada bom, e nada que se elogie. Tal seria, aliás, subtrair ao controle do TCU e dos TCEs, assim como aos órgãos de auditoria interna e às controladorias, o conteúdo de propostas em licitações (2011, p. 7,8).

No regime geral das licitações, regidos pela Lei 8.666/93, é obrigatória a ampla divulgação do orçamento, independentemente da modalidade escolhida, porém a lei que instituiu a modalidade Pregão já não trouxe expressamente a obrigatoriedade de o orçamento estimado ser divulgado com o edital (CARDOSO, 2012, p. 77).

Ainda assim, Luis Wagner Mazzaro Almeida Santos e Sérgio Madeiro da Costa, do Tribunal de Contas da União se manifestam contra:

Duas questões já se levantam: uma cultural, no que diz respeito à ainda forte dificuldade em se criar cenários de real moralidade, probidade e boa conduta na Administração Pública Brasileira, o que poderia contaminar esse sigilo ao longo do processo licitatório regido pelo RDC. Outra é referente às próprias dificuldades que a Administração teria ao se deparar com possíveis propostas que ultrapassem, em percentual muito pequeno, o orçamento mantido em sigilo, especialmente diante dos inovadores quesitos de qualidade e desempenho que o RDC traz como pontuáveis e impactantes

no preço. Assim, a própria Administração seria prejudicada pelo sigilo e poderia “preventivamente” diminuir esse sigilo em alguma etapa do processo (2011, p. 2).

Para Fabiano de Figueiredo Araújo, o artigo 6º não tem como objetivo a limitação da participação nos certames, afinal não restringe a competitividade em momento algum. Ademais, a fiscalização das despesas não vai ser prejudicada visto que o valor do orçamento estimado sempre estará disponível para avaliação dos órgãos de controle, e ao fim da licitação o orçamento será divulgado. Então omitir temporariamente o orçamento não desqualifica o princípio da publicidade, pois é um elemento necessário para se atingir a eficiência administrativa (2011, p. 1).

Por fim, em resposta as críticas, o que se alega é que não há direto afrontamento ao princípio da publicidade, pois tal sigilo é temporário, e se justifica para o atendimento de outro princípio, o da eficiência. Afinal, busca-se a contratação mais vantajosa para a Administração, e se por um acaso os preços que os licitantes oferecerem for maior do que o orçamento estimado, o próprio RDC traz a possibilidade de negociação com os participantes (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2012, p. 71).

Contudo, há que se observar também a ponderação dos princípios. Não se falar em suprimir, ou ignorar tal princípio constitucional, mas sim de sua mitigação, devido a própria previsão constitucional para tal, uma vez que informações que possam implicar no risco de frustração dos objetivos ou finalidades que a Administração, podem ter suas publicações mitigadas, porém, jamais suprimidas (CARDOSO, 2012, p. 83).

#### 4.5 PREFERÊNCIA PELO FORMATO ELETRÔNICO

Uma questão importante no procedimento é a preferência de que as licitações sejam efetuadas por meio eletrônico. Essa previsão vem de forma expressa na lei nº 12.462/2011:

Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial.

Parágrafo único. Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a administração pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico. (BRASIL-E, 2013).

Primeiramente, vale lembrar que o pregão, em sua forma eletrônica, é uma modalidade de licitação onde o critério de julgamento será o menor preço e seu objetivo é a contratação de um bem ou serviço comum por meio da proposta mais vantajosa, e tudo isso ocorre com o uso da tecnologia, por meio da internet (JUSTEN FILHO, 2005, p. 220).

E ainda, quanto ao procedimento envolvido neste certame, Marçal Justen Filho explica:

No pregão eletrônico os interessados não comparecem a um certo local portando os envelopes, materialmente existentes. Como é evidente, nem pode haver abertura dos envelopes para exame das propostas. Nem existirá sucessão de lances através da palavra oral dos interessados. Enfim, tudo aquilo que se previu a propósito do pregão será adaptado a um procedimento em que as comunicações se fazem por via eletrônica. Valendo-se dos recursos propiciados pela internet, cada interessado utilizará um terminal de computador, conectando-se aos serviços ofertados pela própria Administração. As manifestações de vontade dos interessados serão transmitidas por via eletrônica, tudo se sujeitando a uma atuação conduzida pela pessoa do pregoeiro. Essa atuação envolve a gestão não apenas do processo licitatório, mas também do próprio sistema eletrônico (2005, p. 220).

Diante da grande quantidade de certames que a Administração Pública realizou, e ainda irá realizar, Leonardo Coelho Ribeiro emite sua opinião sobre a adoção do pregão eletrônico:

Diante do vulto das contratações que se apresentarão necessárias, a adoção do pregão – e demais modalidades – na forma eletrônica poderá significar, ainda, a desconcentração dos recursos públicos empregados para a realização dos megaeventos esportivos, tendo em vista o rompimento das barreiras geográficas e a conseqüente possibilidade de sociedades empresarias situadas em qualquer região do país poderem participar do certame, desde que a distancia não lhes impeça de cumprir adequadamente o objeto licitado (2011, p. 38).

Vale ressaltar, que essa preferência não é absoluta, nas palavras de César A. Guimarães Pereira: “[...] deverá ser afastada sempre que a licitação eletrônica puder acarretar dificuldades ou representar risco para a realização das finalidades próprias da licitação, inclusive no que se refere à segurança” (2012, p. 196).

Essa prioridade ao formato eletrônico se dá, pelo sucesso que já ocorre no âmbito da aplicação do Pregão há mais de dez anos. Além do artigo 13, diversos outros dispositivos citam forma eletrônica, com a finalidade de criar a base legal para

aplicação desse formato no RDC (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 100).

A preferência por esse formato eletrônico se justifica pela questão de ampliar a competitividade, amenizando as barreiras geográficas, assim, licitantes de todo o país não precisam se deslocar para participar do certame, além do aumento da transparência. Assim, vê-se que a forma eletrônica é uma grande tendência, que visa empregar a tecnologia para aperfeiçoar os processos da Administração Pública (RIBEIRO, 2011, p. 26).

No dispositivo legal é citada uma forma simples de transformar as modalidades licitatórias em procedimentos com preferência eletrônica, Cesar A. Guimarães Pereira explica:

Não há nenhuma especificação mais detalhada sobre os procedimentos a serem adotados para essa transformação. Remete-se implicitamente a solução para um ato regulamentar – cuja existência não é referida de modo exposto na regra geral. Por isso, é especialmente importante destacar que a adoção da forma eletrônica não pode significar o desvirtuamento ou a alteração das características de cada procedimento licitatório (2012, p. 195).

Outra questão importante de se ressaltar aqui é a questão da segurança nas licitações eletrônicas, que é sempre um ponto sensível, afinal, a segurança deve ser no mínimo razoável, e caso essa segurança não tenha como ser garantida, a Administração deverá adotar os mecanismos comum, de licitações presenciais, e não a forma eletrônica (PEREIRA, 2012, p. 197).

Ademais, como já verificamos no primeiro capítulo, a previsão do pregão eletrônico serve para agilizar o procedimento, e tal previsão já veio instituída na Lei 10.520/02, e tal regulamentação trás a preferência, não obrigatoriedade:

Prescrever que o pregão eletrônico é *preferencial* significa que em determinadas situações, em que seja viável realizar tanto o pregão eletrônico quanto o presencial, o primeiro deve ser adotado de modo prioritário, mas não que deva sempre ser adotado. A prescrição segundo o qual o pregão eletrônico é *preferencial* pressupõe que, ainda que ele seja viável, é permitido adotar outra modalidade, desde que a opção pelo pregão eletrônico não seja a mais adequada, a mais vantajosa para o interesse público (NIEBUHR, 2012, p. 202).

Todos esses dispositivos vem apenas para priorizar a forma eletrônica das licitações, e que em rigor, poderiam ate ser dispensados, pois ocorrem diretamente por conta da busca da redução da burocracia, que está implícita no princípio da eficiência. Porém, a Administração só pode realizar aquilo que está

previsto em lei, fazendo com que seja necessária a previsão legal para tal (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2012, p. 101, 102).

Não há como negar a preferência pela forma eletrônica, ela é expressa. Duas derivações explicam: a primeira é que, se a Administração não optar pelo formato eletrônico deverá justificar, pois não pode simplesmente ignorar o texto legal. Outra é que a Administração deve também tomar todas as medidas necessárias para tornar possível a licitação eletrônica, tanto normativa, quanto prática (PEREIRA, 2012, p. 196, 197).

#### 4.6 JULGAMENTO DAS PROPOSTAS PREVIAMENTE A HABILITAÇÃO

Inicialmente, há que se lembrar da natureza procedimental de uma licitação, onde a Administração segue uma sequência de atos ordenados, onde o início de uma etapa está condicionada ao resultado obtido em etapa anterior. E o procedimento tradicional, regulamentado pela Lei nº 8.666/93 segue uma ordem procedimental onde a análise das propostas dos proponentes está condicionada ao preenchimento dos requisitos de habilitação. O RDC então altera essa sistemática, invertendo essa ordem procedimental (LEFÈVRE, 2012, p. 210).

Mais precisamente, na data e hora marcada pela convocação, os interessados deverão apresentar os envelopes para abertura das propostas, em seguida ocorre a etapa de lances verbais, e após isso, o pregoeiro poderá ainda negociar a proposta buscando maiores vantagens para a administração, e só então, após a verificação de um vencedor é que será feita a análise da documentação de habilitação. E se a empresa que venceu nos lances não preencher os requisitos de habilitação, esta será inabilitada, e chama-se a segunda colocada, e assim sucessivamente até conseguir a vencedora (MARINHO, 2008, p. 35).

Assim, a regra geral aplicável a todas as licitações do RDC, por determinação da ordem estabelecida no artigo 12 da Lei nº 12.462/11, é que haja a inversão de fases entre o julgamento das propostas e a habilitação, ou seja, se o edital não estabelecer diferente haverá primeiro o julgamento das propostas e somente depois serão analisados os documentos relativos à habilitação.

Assim, o artigo permite que se faça a inversão das fases para qualquer aquisição de bens, obras ou serviços que estiverem situados ao alcance do RDC, assim, primeiro se realiza o julgamento das propostas, para depois então passar

para a análise da documentação de acordo com a classificação. O enfoque primário então deixa de ser a documentação, e passa a ser a proposta (RIBEIRO, 2011, p. 20).

Como já vimos anteriormente, o objetivo dessa inversão de fases serve para simplificar o procedimento licitatório, e dar a ele mais celeridade. E a vantagem fundamental dessa inversão é que a Administração, ao invés de ter que analisar toda a documentação, e verificar todas as qualificações exigidas em lei, de todas as proponentes, só precisará analisar daquele licitante que ofereceu o melhor preço (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 102).

A despeito do assunto, Renato Monteiro de Rezende resume:

O julgamento das propostas previamente à habilitação, aplicável atualmente apenas à modalidade pregão, tem produzido excelentes resultados para a Administração. Ele redundava em economia de tempo e de recursos, além de desarticular estratégias protelatórias de licitantes mal intencionados, que se valem de todos os recursos para excluir do certame, ainda na fase de habilitação, concorrentes capazes de apresentar propostas mais vantajosas para a Administração, inclusive pela via judicial (2011, p. 27, 28).

Nesta mesma linha de pensamento, considerando a agilidade e a economicidade para a Administração Pública:

Isso torna o procedimento de licitação muito mais ágil e implica grande econômica para o Poder Público, pois reduz a quantidade de documentos a serem analisados no procedimento licitatório e o trabalho para gerenciar e lidar com a grande quantidade de impugnações administrativas e judiciais que ocorrem quando a habilitação se dá antes das propostas (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 103).

Vale ressaltar que, essa inversão procedimental, não deve ser tratada sempre como inovação, pois, além de já ser conhecida no Pregão, também aparece na Lei 8.987/95, que por meio de uma alteração na lei, em 2005, também passou a prever a inversão das fases:

Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:  
I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital (BRASIL-C, 2013).

Nas licitações em que a fase de habilitação vai preceder a fase do julgamento das propostas, todos os proponentes têm certo interesse de afastar da



disputa os seus concorrentes através de impugnações dos documentos de habilitação. Assim, há grande probabilidade de se instaurar uma guerra de todos contra todos, aumentando o número de recursos contra a habilitação de cada licitante. Com a inversão das fases, esse quadro se modifica significativamente, afinal, se conhecido o autor da melhor proposta, os recursos serão dirigidos apenas contra este (REZENDE, 2011, p. 28).

Ademais, o RDC determina expressamente que o julgamento das propostas preceda a habilitação. Isso nada mais é do que a consagração da proposta legislativa que a muito tempo é difundida pela doutrina. Essa alteração é portando positiva, e só será diferente, caso esteja expressamente previsto no edital. Assim, depois do julgamento das propostas apresentadas, se todos os requisitos de habilitação forem preenchidos, o particular será declarado vencedor. E se a documentação apresentada é insuficiente, procederá a análise do segundo colocado, e assim sucessivamente (LEFÈVRE, 2012, p. 211).

Renato Monteiro de Rezende nos traz muitos elogios a tal inversão, acreditando no bom resultado que ela pode causar:

Mesmo na hipótese de parte dos licitantes atuar em conluio, a inversão de fases apresenta vantagens, pois, em licitações sem inversão de fases, ainda que os integrantes do cartel não interponham recursos contra a habilitação uns dos outros, fazem-no em relação aos concorrentes que não participam do conluio, para não correrem o risco de ver sua estratégia falhar, no julgamento das propostas. Ademais, como o intuito do cartel é forçar a celebração de contratos com menos vantagens para a Administração ou mesmo com valores acima dos de mercado, o cotejo das propostas de preço de todos os licitantes, que caracteriza as licitações com inversão de fases, possibilita desvelar esse tipo de prática cartelística (2011, p. 28).

Em suma, a lei permite a inversão das fases, isso quer dizer que primeiro serão julgadas as propostas para depois passar a análise da habilitação. Não se trata bem de uma inovação, pois como visto, essa técnica já ocorre com as concessões e na modalidade pregão. O que é válido, é que tal medida propicia efeitos positivos, como a economia procedimental, reforça a eficiência e a celeridade procedimental, mitiga a questão dos litígios quanto à habilitação, além de dificultar a prática de cartelização (RIBEIRO, 2011, p. 21).

#### 4.7 POSSÍVEL INFLUÊNCIA DO RDC SOBRE O MARCO GERAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Em uma visão geral, algumas alterações introduzidas pelo RDC parecem ser positivas, e podem contribuir para a celeridade na realização das licitações. Como visto certas alterações aqui mencionadas já existiam no nosso ordenamento, porém sua aplicação era restrita (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 118).

Analisando de forma geral, o RDC oferece importantes dispositivos objetivando a eficiência e celeridade do processo, e introduz relevantes inovações relacionadas a contratação e execução visando o melhor custo-benefício para a Administração e interesse da sociedade. E com relação a algumas críticas, pode-se entender que o RDC pode ter sido um pequeno esforço para o possível aprimoramento da Lei Geral de Licitações que é hoje utilizada pela Administração Pública (ANDRADE, VELOSO, 2012, p. 42)

Destarte, para alguns autores o RDC promoveu duas inovações no ordenamento, que podem ser um tanto influentes para o procedimento geral das licitações, uma seria a “possibilidade expressa de negociação com os licitantes, visando não só a redução do preço, mas também a obtenção de outros tipos de vantagens para a Administração” e a também o “sigilo do valor de referência da obra ou serviço a ser contratado” (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 119).

Considerando a grande discussão sobre o sigilo do orçamento, a questão da possibilidade de negociação com os licitantes passou um tanto despercebida, mas de certa forma, é uma fase que inaugura uma nova forma de pensar da Administração Pública (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 119).

E neste sentido, assim como o princípio da publicidade, o deferimento dessa posterior publicação do orçamento constitui um pressuposto da licitação, afinal, ela busca a obtenção de propostas mais vantajosas. Dessa forma, pode-se considerar que esse dispositivo é válido e compatível com a Constituição Federal (CARDOSO, 2012, p. 99).

O que se pode verificar é que, em alguns anos após o surgimento da 8.666/93, surge a Lei do Pregão, a de nº 10.520/02 que também trouxe diversas alterações se comparada a primeira, e trouxe efeitos bastante positivos para Administração. E a mais recente mudança é a Lei nº 12.462/11 que instituiu o RDC, que não é uma reforma completa, pois sua aplicabilidade ainda é limitada, mas esse

procedimento somado a outras iniciativas buscam a melhoria do sistema atual (SUNDFELD, p. 10, 2012).

Vale dizer que o regramento trazido pelo RDC, suprime algumas formalidades além de certas exigências burocráticas, além das inovações que agilizam o processo licitatório, e a respeito de todas as críticas, esse procedimento de certa forma está apenas consagrando orientações que já vinham descritas no ordenamento (LEFÈVRE, 2012, p. 218).

É claro que nenhuma reforma é facilmente aceita, ainda mais tratando-se de um procedimento diretamente relacionado a Administração Pública. O RDC tem a tarefa de resistir a tantos ataques, como já visto anteriormente neste trabalho, e ainda ser a base para boas praticas administrativas, que sejam sérias criativas e eficientes (SUNDFELD, p. 11, 2012).

Diante das diversas mudanças no procedimento, Mônica Bandeira de Mello Lefèvre assim destaca:

De outra parte, não se pode admitir que quaisquer inovações resultem no sacrifício dos interesses cuja promoção é a busca pela Administração Pública. Ressalte-se, pois, que a adoção do RDC em nada atenua o dever do Estado de buscar a contratação mais vantajosa, bem como de assegurar os direitos dos administrados e agir em conformidade com os princípios jurídico-constitucionais norteadores da atuação administrativa (2012, p. 218).

O fato é que todas essas alterações trazem uma nova forma de pensar o processo licitatório, e até o momento não se tem muita informação sobre o que a doutrina e a jurisprudência limitam sobre o assunto, e pelo que foi visto até agora não se tem uma exata posição tomada doutrinariamente falando, que provavelmente aguarda o Superior Tribunal se manifestar para depois tirar as conclusões (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 119).

Em face de todas essas mudanças, Sérgio Ciquera Rossi e Sérgio de Castro Jr, num artigo publicado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo assim se manifestam:

Ante tais inovações, a impressão que fica é a de que, embora o RDC tenha sido implementado para suprir necessidade temporária específica, eis que voltado à viabilização de eventos esportivos a serem realizados em datas previamente ajustadas com organismos internacionais, e que, portanto, deveria se exaurir com a conclusão de tais compromissos, a partir de agora, com as alterações sofridas, passará a se perpetuar no ordenamento jurídico pátrio, convivendo com a Lei Federal nº 8.666/93, ou, quiçá, no futuro, vindo a substituí-la (2011, p. 28).

Nesta mesma linha de inovação, ou até substituição da Lei Geral de Licitações, também se destaca Ivan Barbosa Rigolin:

O que se espera com convicção é que algumas das idéias ventiladas na nova lei sirvam como patamar inicial para a mudança da lei de licitações, esta sim emperrada e arcaica, e que há muito desserve a Administração, o direito, a lógica jurídica e operacional, as mais primitivas, das licitações, e o senso comum das pessoas. Se para isso servir, e apenas para isso, já terá vindo em boa hora (2011 p. 15).

De forma um tanto diferente, pensa Renato Monteiro Rezende:

Destarte, se era objetivo do Governo, com a aprovação do RDC, acelerar os procedimentos de contratação de obras e serviços para a Copa do Mundo e as Olimpíadas, a forma precipitada como se deu a instituição do novo regime, afastando-se o processo legislativo ordinário e descurando-se das normas constitucionais de distribuição de competências, pode, ao contrário do inicialmente previsto, operar em desfavor da celeridade pretendida, dando ensejo a disputas judiciais quanto à própria validade da nova Lei. (2011, p. 57)

Por fim, como não podia ser diferente no nosso país, toda essa questão inovadora relacionada ao Direito Administrativo foi parar nas mãos do STF, e só nos resta aguardar o julgamento das questões alegadas, visto que o primeiro evento desportivo (Copa das Confederações) encerrou-se, e teve suas licitações por esse procedimento regidas, e os demais eventos já se aproximam (RIBEIRO, PRADO, PINTO JUNIOR, 2011, p. 121).

## 5 CONCLUSÃO

Por meio da Administração Pública, o Estado, busca atender os interesses coletivos. Justamente por isso, tem certos privilégios que a fazem ficar em posição superior a terceiros, mas também por isso, se submete a rigores que não incidem sobre os particulares.

Prova disso, são as licitações, que nada mais é do que o procedimento necessário para que a Administração possa contratar obras, serviços, compras ou alienações. De forma mais concreta, a licitação é uma série de procedimentos que vai determinar os critérios necessários para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. E tem como objetivo a realização do negócio mais vantajoso para a Administração, bem como a isonomia entre os participantes.

Esse procedimento não deriva da vontade do Administrador, uma vez que deriva da indisponibilidade do interesse público, mas vem da determinação legal, inicialmente com a Constituição Federal, e depois com a criação da Lei nº 8.666/93. E vence aquele que atender todos os critérios e apresentar a proposta mais vantajosa. Vale lembrar que todo esse procedimento está sujeito aos princípios que regem o procedimento licitatório, quais sejam da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, desenvolvimento nacional sustentável, igualdade, publicidade, probidade administrativa e vinculação ao instrumento convocatório.

Como a licitação é uma seqüência de atos ordenados, que tem como fim o julgamento de propostas, é necessário a escolha de como vai ocorrer o julgamento destas. Assim, a Lei 8.666/93 traz as modalidades de licitação, bem como seus critérios de julgamento. Que nada mais são do que a forma que a Administração escolhe para julgar as propostas dos interessados. Além dessa lei, também existe a Lei nº 10.520/00, que regula a modalidade Pregão, que foi instituída posteriormente para contratação de obras e serviços comuns.

No ano de 2011 surge a Lei nº 12.462, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), com o objetivo de regular as licitações que se destinam para Copa das Confederações, que ocorreu em 2013, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Posteriormente, foi incluída a utilização deste procedimento para ações do PAC, obras e serviços de engenharia para o SUS e sistema público de ensino.

O RDC nada mais é então, do que um procedimento criado exclusivamente para esses fins, e que tem regras próprias, trazendo uma série de inovações visando agilizar os processos licitatórios nesses casos específicos. Assim, o que se fez foi instituir uma nova modalidade de licitação utilizando componentes já existentes em outras modalidades de licitação, mas com inovações.

Este procedimento ter como objetivo ampliar a eficiência nas contratações públicas, incentivar a inovação tecnológica e ainda assegurar o tratamento isonômico entre os participantes. Uma das motivações para sua criação foi o ganho de tempo nos procedimentos tendo em vista as diversas reduções de prazo que ocorrem no RDC.

Esse regime traz a aplicação dos mesmos princípios da Lei geral de licitações, porém, pode-se destacar a expressa previsão do princípio da eficiência, o que ante só se tinha implicitamente, o mesmo ocorre com o da economicidade.

Quanto ao procedimento, ele é um tanto diferenciado. Primeiramente, nos prazos para publicação dos avisos dos editais, onde se compararmos com a lei geral, há uma grande redução. Outra questão é a publicação do orçamento estimado da licitação, onde pela lei geral ela é obrigatória, porém, no RDC ela foi mitigada, podendo ser apresentada somente após o termino dos procedimentos, buscando evitar o conluio das proponentes.

Outra questão que inova e faz com que o procedimento seja mais ágil, é a questão da unicidade na fase recursal. Onde os prazos para recursos são em momento único, evitando assim a perda de tempo para julgamento de recursos em cada fase que ocorrer durante o procedimento, pois isso demanda tempo. E a afinal, um dos objetivos do RDC é a celeridade da licitação.

Em face de tantas mudanças, e algumas que vão de encontro com a Lei geral de licitações, a Lei nº 12.462/11 foi parar no STF, para que tenha sua Constitucionalidade julgada. Duas ADI foram propostas questionando desde a Medida Provisória que gerou a Lei, quando seus próprios dispositivos. Até a presente data o Supremo não se manifestou sobre o caso, e por isso tal assunto ainda não é tema de tantos doutrinadores.

O que se pode afirmar é que este procedimento trouxe de fato algumas alterações quando ao procedimento, que antes até poderiam ser interpretadas dessa forma, porém não havia nada exposto, talvez por isso o questionamento sobre os dispositivos.

As principais inovações, ou alterações, ficaram a cargo da remuneração variável, contratação integrada, o parcelamento do objetivo, a pré-qualificação, bem como alguns a preferência pela realização do pregão eletrônico face ao presencial, o julgamento das propostas previamente a habilitação e também a fase recursal única.

Um item muito questionado, e que gerou polêmica foi a questão do sigilo no orçamento da Administração, e com isso estar-se-ia violando princípio da publicidade. Porém, não há direto afrontamento ao princípio da publicidade, pois tal sigilo é temporário, e se justifica para o atendimento de outro princípio, o da eficiência. Afinal, o que se busca é a contratação mais vantajosa para a Administração.

Neste sentido, é necessária a ponderação dos princípios. Pois não há a supressão, ou então ignorar tal princípio constitucional, mas sim de sua mitigação, devido à própria previsão constitucional para isso, uma vez que informações que possam implicar no risco de frustração dos objetivos ou finalidades que a Administração, pode ter suas publicações mitigadas, porém, jamais suprimidas, e a Lei não tem o objetivo de suprimir, e sim mitigar.

Pode-se concluir que, de modo geral, esse novo procedimento parece ter trazido alterações positivas, até que se julgue o contrário. Afinal, pode-se entender que o RDC tenha sido um pequeno esforço para o possível aprimoramento da Lei Geral de Licitações que é utilizada hoje. O que a maioria dos autores conclui, é neste sentido, talvez o RDC tenha vindo para promover a reforma, ou até a revogação da Lei 8.666/93, só que para isso acontecer, claro que será necessário algum ajuste, o que se pode aproveitar, é a intenção da modificação do procedimento que vem sofrendo críticas nos últimos anos.

Só que no Brasil, como aconteceria com qualquer outro dispositivo que tente alterar outro mais antigo, a questão foi para do STF sob alegações de inconstitucionalidade, assim, ficamos na torcida para que o Egrégio Tribunal dê seu veredicto o quando antes, visto que a Copa das Confederações já aconteceram, e as obras para os demais eventos estão a todo vapor.

Enfim, as diversas inovações procedimentais ainda renderão muitas discussões, tanto acadêmicas quanto doutrinárias, enquanto o STF não se manifestar, e principalmente depois de sua decisão.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barreto de. VELOSO, Vitor Lanza. **Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes.** In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAUJO, Fabiano de Figueirêdo. **A verdade acerca do (constitucional) sigilo de orçamento no RDC para a Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2920, 30 jun.2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19444>. Acesso em: 02/10/2013.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo.** 5 ed. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 2006.

BRASIL-A. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07/03/2013.

BRASIL-B. Lei n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 07/03/2013.

BRASIL-C. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 7/10/2013.

BRASIL-D. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2012. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm). Acesso em: 07/03/2013.

BRASIL-E. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm). Acesso em: 05/10/2012.



BRASIL-F. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4645: Dispositivo Legal Questionado: Lei n° 12462, de 05 de agosto de 2011** (que resultou da conversão da Medida Provisória n° 527, de 18 de março de 2011). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4645&processo=4645>. Acesso em 25/04/2013.

BRASIL-G. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4655: Dispositivo Legal Questionado: Lei n° 12462, de 05 de agosto de 2011** (que resultou da conversão da Medida Provisória n° 527, de 18 de março de 2011). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4655&processo=4655>. Acesso em 25/04/2013.

BRASIL-H. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4 ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>. Acesso em: 07/09/2012.

CARDOSO, André Guskow. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão do orçamento estimado**. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVAHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAXIETA, José Manoel. **Os Princípios Administrativos Aplicáveis às Licitações Públicas: A Doutrina Dominante e a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2004**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054742.PDF>. Acesso em: 02/10/2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA FILHO, Antonio. **Manual de licitações e contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários a lei de licitações e contratos da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 4 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KLEIN, Aline Lícia. **A desclassificação das propostas e o encerramento do procedimento licitatório no RDC: a possibilidade de correção de vícios sanáveis**. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **O procedimento licitatório e a fase de habilitação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho. LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A fase interna e o instrumento convocatório no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARINHO, Leonardo Campos. **O pregão: a necessidade de inversão parcial das fases**. São Paulo, Scortecci, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NESTER, Alexandre Wagner. **Os critérios de julgamento previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas.** In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Procedimento licitatório da lei nº 12.462: licitações em forma eletrônica e os métodos de disputa aberto e fechado.** In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA, Vanusa Batista. **O Princípio da Economicidade no Âmbito das Licitações Públicas.** Disponível em:  
[http://www.contabilidadeamazonia.com.br/artigos/artigo\\_22economicidade.pdf](http://www.contabilidadeamazonia.com.br/artigos/artigo_22economicidade.pdf).  
Acesso em 02/10/2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navaro. PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas.** São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O regime Diferenciado de Licitações e Contratos Administrativos para a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016.** *Revista Síntese Direito Administrativo*. Ano VI - nº 69 – setembro, 2011. São Paulo.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas.** Disponível em:  
<http://www.acopesp.org.br/artigos/Dr.%20Ivan%20Barbosa%20Rigolin/artigo%20139.pdf>. Acesso em 28/10/2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações: lei 8.666/93.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011.** Disponível em:  
<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>. Acesso em 03/09/2012.

ROMERO, William. **O sistema recursal previsto pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSSI, Sérgio Ciquera; CASTRO JUNIOR, Sérgio de. **Regime diferenciado de contratações públicas (RDC): Regras não mais exclusivas para licitações e contratos relacionados à Copa do Mundo e Jogos Olímpicos**. Disponível em: [http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/20130712\\_-\\_artigo\\_\\_regimediferenciadocontratacao.pdf](http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/20130712_-_artigo__regimediferenciadocontratacao.pdf). Acesso em 10/05/2012.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida; COSTA, Luiz Sérgio Madeiro da. **O RDC e outras mudanças recentes em licitações, contratos e convênios Impactos na auditoria de obras públicas**. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/XIVSinaop/docs/LuizWagner.pdf>. Acesso em 05/09/2012.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas**. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. In RIBEIRO, Mauricio Portugal. PRADO, Lucas Navaro. PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime diferenciado de contratação: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.

TROIB, Alan Garcia. **A indicação das marcas ou modelos para aquisição de bens**. In JUSTEN FILHO, Marçal. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2012.