

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN
CURSO DE DIREITO**

RAPHAEL RODRIGO CORREIA SANTOS RODRIGUES TRINDADE

**RDC – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – aspectos
gerais e características do objeto da licitação**

Julho, 2011

NATAL - RN

RAPHAEL RODRIGO CORREIA SANTOS RODRIGUES TRINDADE

**RDC – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – aspectos
gerais e características do objeto da licitação**

Projeto apresentado como
requisito para conclusão do
curso de Orientação de Trabalho
de Curso do Centro Universitário
do Rio Grande do Norte (UNI-
RN).

Orientador: OLAVO MAIA
Co-Orientadora: PATRÍCIA CARLA

Julho, 2011
NATAL – RN

RESUMO

O objetivo do presente artigo é apresentar uma análise crítica sobre os aspectos gerais e as características do objeto da licitação da Lei Federal nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, que instituiu o RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas a partir de uma metodologia de análise comparativa, de modo a identificar as semelhanças e explicar diferenças entre a novel regulamentação e a disciplina ordinária da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

A crítica de fundo, em verdade parece residir na adoção de um regime excepcional e temporário para a solução episódica de problemas pontuais em projetos específicos. O debate em torno do RDC, não poderia ter culminado em esforços para o aprimoramento da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993) e das licitações e contratos administrativos de que a Administração em geral utiliza?

Palavras-chave: RDC. Regime Diferenciado De Contratações Públicas. Aspectos gerais. Características do objeto da licitação; Lei 8.666; Lei 12.462.

DRC - DIFFERENTIATED SYSTEM OF CONTRACTING PUBLIC - GENERAL CHARACTERISTICS AND PURPOSE OF BIDDING

ABSTRACT

The aim of this paper is to present an analysis on the general aspects and features of the object of bidding of Federal Law nº. 12.462 of August 5th, 2011, which established the DRC - System Differential on Government Procurement from an analysis methodology comparative, in order to identify the similarities and explain differences between the ordinary novel regulation and discipline of Law nº 8.666.

The critical background, in truth seems to lie in the adoption of an exceptional and temporary scheme for the solution of specific problems in episodic specific projects.

The debate on the DRC, could not have led to recent efforts to improve the Law n° 8.666/93 (BRAZIL, 1993) and the bidding and contract administration of the administration in general use?

Keywords: RDC; Differentiated System Of Public Contracting. Overview. Characteristics of the object of bidding. Law 8.666/93. Law 12.462/11.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
DEFINIÇÃO DO PROBLEMA	8
2. ARTIGOS 5º AO 7º - OBJETO DA LICITAÇÃO	13
3. PANORAMA GERAL DOS REGIMES DE EXECUÇÃO	
PREVISTOS NO RDC	17
4. REMUNERAÇÃO VARIÁVEL À LUZ DO RDC	21
5. CONCLUSÕES	22
6. REFERÊNCIAS	24

INTRODUÇÃO

Há mais de 140 anos, o instituto da licitação foi introduzido no direito público brasileiro, pelo Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862 (BRASIL, 1862), que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas vindo a ser consolidado no âmbito Federal pelo Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922 (BRASIL, 1922), que organizou o Código de Contabilidade da União.

O referido instituto veio evoluindo com o objetivo de dar maior eficiência às contratações públicas, sendo finalmente sistematizado pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1967), que estabeleceu a Reforma Administrativa Federal, estendido com a edição da Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968 (BRASIL, 1968), às Administrações dos Estados e Municípios.

O estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos foi instituído pela primeira vez através do Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986 (BRASIL, 1986), atualizado em 1987 pelos Decretos-Lei 2.348 e 2.360 (BRASIL, 1987), reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

Apesar dos textos constitucionais anteriores terem contemplado dispositivos relacionados ao acesso à função pública e ao regime do funcionalismo estatal, a verdadeira constitucionalização da Administração Pública somente foi levada a efeito pela Carta Magna de 1988, recebendo status de Princípio Constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ao analisar o disposto no Art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), pode-se observar que a obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional, apenas sendo dispensada ou inexistida nos casos expressamente previstos em Lei.

No ano de 1992, o uso de enganosos mecanismos corruptores que, ao resguardo da legislação vigente, tinha assumido um nível insuportável, gerando forte reação das empresas representadas pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC, que juntamente com alguns Congressistas passaram a estudar um Projeto de Lei para impedir os direcionamentos de obras públicas, por meio de camuflados dispositivos, o qual, em 1993, veio a se converter na atual Lei de licitações, 8.666 (BRASIL, 1993).

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993), estabelece que o princípio de licitar destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção 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 lhe são correlatos.

Os princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público são os princípios norteadores da atividade estatal, tendo extrema importância para análise do procedimento licitatório dentro do ordenamento jurídico.

Muitos classificam a Lei 8.666 (BRASIL, 1993) como complexa, com exigências exageradas, e que incentiva demandas judiciais que protelam o julgamento das licitações. Nada mais falso do que essas afirmações. Os que as fazem, ou são inocentes úteis que desconhecem os detalhes da lei e se empenham por enganosas informações, ou são mal intencionados que a querem desmoralizar, para modificá-la, porque não se conformam que ela busque extinguir o poder de se direcionar uma concorrência para o companheiro preferido, e impossibilitar a contratação de uma obra por preços exorbitantes.

Quase todas as demandas judiciais nas licitações, acontecem quando os seus editais desrespeitam a lei, geralmente com o objetivo de privilegiar alguém, ferindo o princípio da isonomia.

Quem deseja licitações sem protelações por demandas judiciais, com deliberações justas e objetivas, sem possibilidade de contratação por preços exagerados, basta lutar pelo cumprimento dos dispositivos da Lei 8.666 (BRASIL, 1993), entre os quais os que mandam fixar um preço máximo para aceitação das propostas, que deve ser determinado a partir de orçamento detalhado feito sobre um projeto bem definido e tornado público para toda a sociedade, o que já impede qualquer possibilidade de conchavos de licitantes resultarem em prejuízo para o erário.

Há, de fato, duas lacunas relevantes na Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993): uma sobre os critérios das exigências de comprovação de qualificação técnica que surgiu com os vetos do Presidente da República aos dispositivos originais, e que a jurisprudência vai se encarregando de suprir, embora sem uniformidade e não com o conteúdo mais correto, e outra sobre o critério para a recusa de propostas com

preços inexequíveis, cuja relevância e conveniência sempre são difíceis de fazer perceber pelos parlamentares e pela opinião pública.

O RDC, sancionado no final do ano passado pelo Presidente da República, ressuscita dispositivos obscuros do Decreto-Lei 2300/86 (BRASIL, 1986) e legaliza sorrateiros mecanismos de corrupção ainda hoje utilizados, mas apenas quando não se cumpre a lei 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Alguns autores afirmam que o RDC escancara as portas da corrupção quando, contrariando as refletidas vedações da Lei 8.666/193 (BRASIL, 1993), legaliza permissão para tornar sigilosos os orçamentos das obras (Art. 6º), usar critérios subjetivos no julgamento das propostas (Art. 4º, e vários outros), juntar, na mesma licitação, a realização do projeto e da obra (Art. 9º), obrigar a grandes e inúteis despesas dos licitantes com a preparação de propostas e a prévia confecção de projetos, que, à exceção do vencedor, que serão descartadas após a licitação, impedindo, praticamente, a participação de empresas de menor porte, privilegiando os que têm mais dinheiro para desperdiçar ou mais certeza de vitória, pagar valores adicionais ao empreiteiro como prêmio por desempenho, qualidade, prazos, etc. (Art. 10), acrescer o valor do contrato, sem qualquer limite (Art. 39), desrespeitando a barreira dos 25% estabelecida na lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), e apenas por uma decisão da FIFA e de outros organismos não nacionais.

Apesar disso, a Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011 (BRASIL 2011), que regula o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC, com eficácia até 2016; Jogos Olímpicos e Paraolímpicos e Copa do Mundo), regulamentada pelo Decreto 7.581, de 11 de outubro de 2011 (BRASIL, 2011), no artigo 1º, §2º, estabelece regra segundo a qual a opção pelo regime deve constar de forma expressa no instrumento convocatório, e 'resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993), exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei'.

Parece preocupante a exclusão deliberada da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), lei geral de licitações, do sistema do RDC. Pois, haverá situações em que, certamente, deverá aplicar-se norma do estatuto geral, ante a 'omissão da lei' do RDC.

1.1 Definição do problema

Baseado na Legislação Britânica, o Governo elaborou e sancionou a Lei 12.462, chamada de RDC que inclui regras específicas para licitações e contratações relacionadas aos eventos esportivos do próximo ano.

Levando em consideração o nosso histórico, será que estamos preparados para flexibilizar com responsabilidade a Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993)? Com a Lei 12.462/11 (BRASIL, 2011), não estaríamos rasgando o Texto Constitucional, visando regular, frear, estabelecer regras, condutas e, portanto, controlar atos da Administração Pública por causa de “2 eventos esportivos”? Não seria inconstitucional a Lei 12.462/11 (BRASIL, 2011), uma vez que se verificou existência de incompatibilidade de dispositivos da referida norma em relação aos princípios regentes da Administração Pública (Art. 37, *caput*, da CRFB)? E também violação ao que dispõe a Constituição em relação às licitações (Art. 37, XXI)? São perguntas que pairam, mas, nosso foco encontra-se além da muralha das soluções definitivas – Almejamos justamente a formação de questionamento através de uma discussão fundamentada, eis que reside na instigação do estudo das licitações públicas o necessário amadurecimento dos pontos obscuros do RDC.

É claro que em alguns dispositivos do novo regime, como vimos, encontram-se falhas e lacunas que podem e devem ser sanadas. As dificuldades aqui abordadas são relevantes, mas não devem ser postas de modo ameaçar a pretensão do diploma: desburocratizar as licitações públicas por meio de instrumentos que contemplem a economia, a celeridade e a eficiência.

Neste sentido, talvez a maior inovação trazida pelo RDC seja a reflexão para uma atualização dos mecanismos existentes nas licitações públicas. Neste contexto, de forma audaciosa e, talvez sem um preparo prévio, que nasce um novo e criticado regime ainda aberto a muitos debates e questionamentos.

Nas linhas a seguir, pretende-se analisar a Seção I do primeiro capítulo da referida lei, que delimita o objeto da sua incidência, define a terminologia técnico-jurídica que se lhe emprega e apresenta os objetivos, princípios e diretrizes que fundamentam e norteiam a sua aplicação.

Para tanto, utilizar-se-á uma metodologia de análise comparativa, de modo a identificar as semelhanças e explicar diferenças entre a novel regulamentação e a disciplina ordinária da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Cumpra em primeiro plano, perquirir quais seriam as razões que teriam levado o Poder Executivo a enviar ao Congresso Nacional a proposta de um regime especial de contratações. Em outras palavras, porque excepcionar a Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993)?

O art. 1º da lei dá algumas pistas ao dispor que a aplicabilidade do RDC se restringe exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

- I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016;
- II – da Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014; e
- III – de obras de infra-estrutura e contratação de serviços em aeroportos próximos às cidades que sediarão esses eventos esportivos.

A vinculação exclusiva do RDC a tais finalidades indica a prioridade conferida pelo Estado brasileiro à realização desses eventos. 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.

Com efeito, a expressão “licitações e contratos necessários à realização” (art. 1º, *caput*) dá margem a larga interpretação, pelo que o RDC poderia abranger desde as obras dos estádios, passando por intervenções de mobilidade urbana e, até mesmo, investimentos em saúde, educação profissionalizante e segurança pública. Os incisos do art. 1º igualmente não contribuem para a definição do âmbito de aplicação do RDC.

O inciso I, remete a uma “Carteira de Projetos Olímpicos”, “a ser definida” pela Autoridade Pública Olímpica (APO), portanto sequer se conhece quais seriam esses projetos, cuja definição deverá ser feita consoante o procedimento definido na Lei que criou a APO.

A APO foi constituída como consórcio público pela Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011 (BRASIL, 2011), que ratificou o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e a sua Capital.

Compete à Diretoria Executiva da APO “apresentar ao Conselho Público Olímpico a proposta de Carteira de Projetos Olímpicos”.

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

consequente, poderão se valer do regime diferenciado de contratações, devendo os contratantes das obras ou dos serviços fundamentarem a sua necessidade de utilização.

Por sua vez, o art. 1º, II, da lei alude às licitações e contratos “definidos pelo Grupo Executivo – GECOPA 2014” e, nos casos de obras públicas, restringe a aplicação do RDC àquelas constantes de uma “matriz de responsabilidades” celebrada entre a União e os demais entes da federação.

Essa previsão, contudo, não assegura distinguir quais seriam as contratações sujeitas ao RDC, pois a própria Controladoria Geral da República admite que os valores e projetos apresentados nas matrizes de responsabilidades “serão atualizados na medida em que novas ações forem incluídas”. Demais disso, já foram celebrados sucessivos aditivos e revisões às matrizes de responsabilidade dos Estados e Municípios junto à União.

As obras e serviços referidos no inciso III do art. 1º, por outro lado, são determináveis, porém se trata ao que parece de dispositivo que contém previsão casuística e que impõe discriminação inaceitável em desfavor de algumas capitais que – distantes mais de 350 km das cidades que receberão os eventos esportivos – não poderiam se valer do RDC para obras e serviços nos seus aeroportos.

Outro problema é que nem a Lei nem o seu Decreto regulamentador disciplinaram como se deverá contar essa quilometragem máxima. Em linha reta ou por via rodoviária, as distâncias podem variar a ponto de incluir ou excluir um aeroporto de capital do RDC.

Como última nota em relação ao âmbito de incidência do RDC, note-se que não há expressa previsão legal para a sua utilização em licitações e contratos que envolvam permissões, concessões comuns (de serviço público) e mesmo nas chamadas PPP's, nas modalidades de concessão administrativa e concessão patrocinada.

Por fim, ainda quanto ao âmbito de incidência do RDC, dúvida não há quanto ao seu aspecto temporal, pois, passados os eventos esportivos, não mais haveria fundamento legal para se lançar novas licitações pelo regime diferenciado. Parece, entretanto, cabível a sua utilização para a disciplina de contratos que, celebrados antes, tenha de ser executados no todo ou em parte depois dos eventos.

O §1º do artigo 1º da Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 2011) elenca os objetivos do RDC, e dele podemos extrair a afirmação de que um dos seus principais objetivos é

conferir maior celeridade às licitações e contratações e, assim, contribuir para o cumprimento dos prazos pactuados juntos às entidades internacionais responsáveis pela organização desses eventos.

O princípio da eficiência, apesar de não referido expressamente na Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), já era amplamente aplicável à disciplina das licitações e contratos por força do art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Agora, constou expressamente também do regime diferenciado de contratações (art. 3º).

O art. 2º da Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 2011), estipula as definições a serem observadas no regime diferenciado de contratações. Em comparação com a Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), o novo diploma define menos institutos, como que a refletir o espírito de simplificação que caracteriza o regime introduzido. A comparação entre os estatutos revela que a lei especial omitiu-se quanto à definição de uma série de institutos de grande relevância para o regime introduzido, como obra, aquisição de bens (compras) e serviços, por exemplo.

Registre-se que a nova legislação reprisou as definições de empreitada integral, empreitada por preço global, empreitada por preço unitário e tarefa, estabelecidas pela Lei nº 8.666, art. 6º, VIII (BRASIL, 1992).

A busca pela eficiência que inspira em grande medida a nova regulamentação também se expressa nas diretrizes do RDC.

Com efeito, são as diretrizes da lei que contribuem à eficiência nas licitações e contratos:

1. “A padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas” (art. 4º, I). Com esse propósito, a lei instituiu o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras (art. 33).

2. A padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente (art. 4º, II), que possivelmente visa a conferir maior racionalidade e previsibilidade à ação administrativa.

Ao que parece, contudo, a Administração – ao lançar o instrumento convocatório – deverá sempre atentar para as peculiaridades do objeto contratado, pois sempre poderá haver necessidade de ajustes nos modelos-padrão.

De todo modo, conforme exige a Lei, a padronização desses instrumentos deve ser previamente aprovada pelo órgão jurídico competente para tanto.

3. A “busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental” (art. 4º, III).

A lei aparentemente atribuiu conteúdo expressamente amplo à noção de “vantajosidade”. Segundo esse dispositivo, ao lado dos custos, deve a proposta ser analisada com relação aos seus benefícios diretos – tradicionalmente relacionados à qualidade de resultado – e, agora, também em vista dos seus benefícios econômicos, sociais e ambientais.

Em todo caso, é fundamental que a Administração determine claramente no instrumento convocatório os critérios de avaliação de vantagem que terá em conta quando do seu julgamento.

Sob outro aspecto, a vantajosidade, segundo benefícios econômicos, sociais e ambientais, vai de encontro do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, inserido no art. 3º da Lei nº 8.666/93 (Brasil, 1993) pela Lei nº 12.349 (BRASIL, 2011), e também encontrado no art. 3º da Lei do RDC (BRASIL, 2011).

Por sua vez, o art. 4º, §2º da lei do RDC (BRASIL, 2011) estabelece que “o impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável”.

Apesar de ser bastante vaga a expressão “impacto negativo”, a mesma não poderá significar a destruição, demolição ou mutilação das coisas tombadas, o que “em caso nenhum” poderá ocorrer, conforme dispõe o art. 17 do Decreto Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (BRASIL, 1937), que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Da mesma forma, à parte desses danos expressamente vedados, não há legislação pertinente que disponha sobre a compensação de eventuais impactos negativos sobre o patrimônio tombado. Portanto, esse dispositivo deve merecer atenção do legislador, sem o que a sua eficácia restaria prejudicada.

Outra diretriz do RDC condizente com o princípio da eficiência diz respeito à adoção de “condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho” (art. 4º, IV).

A esse respeito, a remuneração variável, consoante já consignado, foi uma das novidades trazidas pela Lei do RDC no seu art. 10.

Por fim, também condiz com o princípio da eficiência a diretriz que apregoa a “utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local” da execução contratual, “desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação” (art. 4º, V).

Na Lei excepcional, como se percebe, a diretriz é explícita no sentido de se verificar, durante o processo licitatório, o impacto que a utilização de recursos locais teria sobre os custos da proposta. Isto, sobretudo, com o fito de verificar se tais custos se ajustariam ao orçamento estimado pela Administração para o contrato, bem como se acarretariam ineficiências na execução contratual.

Isso, ao que me parece, torna mais factível e menos programática a possibilidade de utilização de recursos locais na execução contratual.

Outro objetivo do RDC é a ampliação da competitividade entre os licitantes (art.1º, §1º, I). Não se trata propriamente de uma novidade, pois a Lei nº 8.666(BRASIL, 1993), em diversas disposições, determina que a Administração preze pela competitividade no procedimento licitatório.

A nova legislação também traz uma diretriz nesse sentido: “parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala” (art. 4º, VI). Mais enxuto que o seu equivalente na Lei nº 8.666/93, art. 23, §1º (Brasil, 1993).

ARTIGOS 5º a 7º - Objeto da licitação

Dedicaremos neste ponto, atenção ao disposto nos artigos 5º a 7º, que dispõem a respeito do objeto da licitação.

O art. 5º trata da definição do objeto; o art. 6º contém prescrições quanto ao orçamento estimado para a contratação; o art. 7º traz as regras pertinentes à aquisição de bens, ou melhor, à indicação de marca ou modelo, exigência de

amostra do bem a ser adquirido, certificação de qualidade e carta de solidariedade emitida pelo fabricante.

Segundo CAMAROSANO (v.1, pág. 29, 2011) licitação pode ser definida como processo administrativo que tem por finalidade direta e imediata a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, para a contratação de seu interesse, mediante competição isonômica entre os eventuais interessados que atendam os requisitos estabelecidos em lei, e minudenciados em instrumento convocatório do certame.

Quem define o que quer é a entidade que promove a licitação, e não os próprios licitantes, sob pena de as propostas serem relativas não a um mesmo objeto, mas cada qual ao objeto concebido pelo seu respectivo autor ou proponente.

Reza o art. 5º da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011) que “o objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias”.

Portanto, definir o objeto da licitação de forma clara e precisa é algo que se impõe por determinação legal, vedando apenas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, também não se pode admitir definição insuficiente do objeto, com ausência de especificações em rigor necessárias para que se possa obter propostas razoavelmente homogêneas.

Por sua vez, o art. 6º, estabelece que “o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação [...]”.

A justificativa apresentada para a instituição do sigilo do orçamento previamente estimado, que só será publicizado imediatamente após o encerramento da licitação, é a necessidade de impedir conluio entre os licitantes, que sabendo de antemão quais os valores orçados pela administração, e por ela assim fixados, poderiam de comum acordo, acertarem-se quanto aos valores a consignarem em suas respectivas propostas, para a consecução dos resultados que almejam, deixando de apresentar os preços realmente factíveis em razão dos seus próprios cálculos e empenho em vencer a licitação.

Um questionamento que fica a respeito desta matéria é: até quando o sigilo do orçamento deve perdurar? Já que a lei diz que é até o encerramento da licitação. Qual o momento que devemos considerar como tal? O exaurimento da fase recursal?

No sistema do RDC, propostas poderão ser desclassificadas por apresentarem preços manifestantes inexeqüíveis ou que, mesmo após negociação, permaneçam acima do orçamento estimado. Mesmo servindo de parâmetro para a referida decisão, permanecerá sigiloso para os licitantes até o esgotamento da fase recursal, pela própria lei definido como o momento em que o procedimento licitatório se tem por encerrado.

Nos termos do art. 7º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”, estabelecem que em se tratando de aquisição de bens, a Administração Pública poderá indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado.

A alínea “a”, do inciso I, contempla a hipótese de padronização do objeto, que a Lei 8.666/93 já prevê como princípio “que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas”. Destarte, desde que adequada e formalmente justificada do ponto de vista técnico, sem desprezar os aspectos de economicidade, a Administração poderá instituir a padronização deste ou daquele tipo de bem, bem como manter a padronização já instituída, ou mesmo alterá-la.

Na alínea “b”, o que enseja a indicação da marca ou modelo será o fator de ser a única ou o único capaz de atender às necessidades da entidade contratante, que deverá estar cabalmente demonstrado, caso contrário, implicará, obviamente, em inexigibilidade do certame.

É sempre bom lembrar que os pressupostos que conduzem à inexigibilidade da licitação não é a exclusividade de produção, mas de fornecimento.

A possibilidade de indicação de marca ou modelo é “quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão ‘ou similar ou de melhor qualidade’”.

No que concerne a possibilidade de indicação de marca ou modelo, no caso de aquisição de bens, embora com redação mais explícita e diferenciada, não vislumbro diferenças substanciais nesta matéria, entre o RDC e a Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), uma vez que no sistema da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), a vedação da indicação de marca ou modelo não tem o caráter absoluto.

O inciso II, do referido artigo, determina que poderão ser exigidas amostras dos bens, o que não supre a necessidade de a Administração conferir, no ato do recebimento deste, que pode ser em grande quantidade, que o que está recebendo corresponde exatamente, nas suas características, à amostra que lhe tenha sido apresentada.

Como todo ato Administrativo, este também terá que ser precedido de justificativa.

Em seu inciso III, quanto à possibilidade de solicitação da certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, também poderá haver polêmica.

Os certificados que se referem o referido artigo, prestam-se a comprovar a excelência do produto ou do processo de fabricação, que podem ser desnecessários em razão mesmo da necessidade menos sofisticada da Administração Pública que podem ser atendidas com bens de boa qualidade, que podem ser adquiridos por preços sensivelmente mais baixos dos que são cobrados por produtos de excelente qualidade, objeto das certificações, mas em rigor desnecessária.

Destarte, as certificações em questão só podem ser solicitadas em casos excepcionais, cumpridamente justificadas, e não para efeito da habilitação dos licitantes, mas apenas para efeito de estabelecimento da ordem de classificação das propostas, e quando o critério de julgamento for o de técnica e preço, ou melhor técnica.

Por sua vez, o último inciso do art. 7º, determina que a Administração Pública também possa, em licitação para aquisição de bens, “solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor”.

Esse dispositivo demonstra a preocupação da Administração Pública com os inadimplementos que ocorrem com certa frequência por culpa dos contratados no curso da licitação.

Mas fica uma dúvida, como exigir do fabricante do bem, que não participa da licitação, que assegure a execução de um contrato, como se contratado tivesse sido, na hipótese de não cumprimento das obrigações pelo contratado? Se o fabricante não participou do certame, não terá demonstrado habilitação nem oferecido proposta, como estão obrigados os que almejam ser contratados pela Administração Pública.

Admitir que quem não tenha participado da licitação possa vir a executar contrato com outrem firmado, parece implicar ofensa a direitos dos demais licitantes remanescentes de observada ordem de classificação de suas respectivas propostas, serem convidados para fazê-lo.

Panorama geral dos regimes de execução previstos no RDC

Em 05/08/2011, foi publicada no D.O.U. a Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), que, entre outras providências, estabeleceu um regime diferenciado de contratações públicas aplicáveis às licitações e contratos relacionados com os eventos esportivos que serão realizados no país nos anos 2013, 2014 e 2016, bem como as obras de infra-estrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I, II do art. 1º da referida lei.

Para a execução das obras e serviços pode se dar uma forma direta ou indireta. Será direta quando a própria Administração Pública for a responsável pela execução ou, nos termos do art. 6º, VII, da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), quando a execução se der “pelos órgãos e entidades da Administração Pública, pelos próprios meios”.

Já na execução indireta, “a responsabilidade pelo cumprimento das prestações é assumida por um terceiro, que é juridicamente o realizador da obra ou prestador do serviço” e se faz pela modalidade básica de empreitada.

Segundo DAL POZZO (v.1, p.44, 2011), para que se tenha um breve panorama acerca dos regimes de execução a serem utilizados nas obras e serviços de engenharia (contidos no artigo 8º do RDC), deve-se salientar que, em relação à empreitada por preço unitário (inciso I), à empreitada por preço global (inciso II), à contratação por tarefa (inciso III) e à empreitada integral (inciso IV), o artigo 2º do RDC nada mais fez do que repetir as definições referentes a essas modalidades contidas no artigo 6º da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), a Lei Geral de Licitações Públicas.

A empreitada por preço unitário ocorre quando se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo e unidades determinadas. Já a empreitada por preço global se dá nos casos em que a contratação for feita por preço certo e total e cujo objeto da contratação seja indivisível.

A opção entre a empreitada por preço unitário ou empreitada por preço global não representa uma escolha discricionária da Administração Pública, mas deriva das características do objeto a ser contratado.

A empreitada por preço unitário é cabível, portanto, nos casos em que o objeto puder ser realizado por etapas, ficando o contratado responsável exclusivamente pela etapa assumida.

Há casos, porém, em que é absolutamente impossível o fracionamento do objeto licitado. Isso ocorre principalmente em obras de engenharia executáveis de forma indivisível (exemplos: pontes, rodovias e a contratação de um parecer de um jurista). Trata-se de casos em que os interesses da coletividade, que justificam a contratação, apenas serão satisfeitos mediante a execução integral do objeto. Nessas hipóteses, o regime adequado será o da empreitada por preço global.

A contratação por tarefa é aquela em que se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por certo preço, com ou sem fornecimento de materiais. A tarefa é normalmente utilizada para trabalhos em que o pequeno valor da contratação dispensa a licitação e o termo de um contrato. A forma normalmente usada é a “ordem de execução de serviço”.

Nos termos do inciso I do artigo 2º da Lei nº 12.462 (BRASIL, 2011), a empreitada integral é a contratação de 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”.

Preleciona ainda DAL POZZO (v.1, p.44, 2011), que, a doutrina e a jurisprudência, pelas características da empreitada integral, costumam chamá-la de *EPC turn-key*, cujas iniciais tem o seguinte sentido: *engineering* (engenharia), *procurement* (procura e compra) e *construction* (construção civil e montagem). O designativo *turnkey* é concebido, justamente, para demonstrar, de forma ilustrativa, que o contratante to empreendimento deve apenas “virar a chave” para que o empreendimento opere de imediato, pronto, acabado e em plenas condições de funcionamento. Portanto não basta que a empresa contratada finalize a obra ou o serviço. O contratado só terá dado integral cumprimento à sua obrigação após a

entrega da obra e da comprovação de que esteja ela em condições de funcionamento.

Por fim, o regime de contratação integrada, muito embora represente uma novidade em relação à Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), não se trata de nenhuma inovação em nosso ordenamento jurídico. Tal regime já havia recebido tratamento no Decreto nº 2.745 (BRASIL, 1998), que aprova o Regulamento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A.

Este regime é similar ao da empreitada integral, com diferença essencial de que, na contratação integrada, a elaboração do projeto básico é atribuída ao contratado como parte do escopo estrutural, ou seja, tanto na empreitada como na contratação integral, o particular terá a obrigação de executar e entregar o empreendimento pronto e em plenas condições de funcionamento. Tanto que, após a execução, o contratado será responsável também pela realização de testes, pela pré-operação e por todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Contudo, na contratação integrada o projeto básico ficará a cargo do particular.

O art. 8º, §5º, da Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 2011) indica expressamente que não será exigido projeto básico na licitação sob o regime de contratação integrada. A obrigação de elaborar e desenvolver o projeto básico e executivo, na contratação integrada, será do próprio particular contratado.

O projeto básico, que deverá estar presente em todos os instrumentos convocatórios (exceto no caso de contratação sob o regime de contratação integrada – em que ficará a cargo do particular), visa, principalmente, possibilitar a avaliação do custo da obra e do serviço, bem como definir os métodos e o prazo de execução do objeto contratado.

No caso de contratação integrada, diante da ausência de projeto básico para delimitar minimamente o objeto licitado, a Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 2011) exige que no instrumento convocatório conste, pelo menos, o anteprojeto de engenharia que, de certo modo, substitui o projeto básico nestes casos, estabelecendo um mínimo de elementos para a definição do objeto da contratação.

No entanto, qualquer que seja o regime de execução, é vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, que é o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes.

Esse, portanto, é o panorama geral dos regimes admitidos pela Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 2011) para a execução indireta de obras e serviços de engenharia. Contudo, a referida Lei fez questão de deixar clara a sua preferência pela adoção de determinados regimes.

Nos termos do §1º do artigo 8º da Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 2011), nas licitações para obras e serviços de engenharia devem ser adotadas, preferencialmente, a empreitada por preço global, empreitada integral ou contratação integrada. Apenas na inviabilidade da aplicação dessa regra é que poderá ser adotado outro regime previsto no *caput* do art. 8º, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

Assim, a empreitada por preço unitário e a contratação por tarefa representam exceções e a escolha de uma delas deve ser devidamente fundamentada no edital da licitação.

A experiência mostra que a falta de projetos adequados causa inúmeros transtornos para a Administração durante a execução contratual, seja porque se encontra limitada a estabelecer quantitativos de valor, seja porque se pagará um preço muito alto para algo que poderia ser menos oneroso ao erário. Além disso, em muitos casos, a ineficiência do projeto pode, inclusive, obstar toda a contratação, pois, a necessidade de alteração técnica é de tal monta que desnatura, *in totum*, o objeto a ser contratado.

O regime de execução contratual ora previsto pelo RDC pode vir a ensejar a celebração de um negócio jurídico com condições absolutamente desconhecidas pelas partes, desconectadas das reais implicações técnicas e econômicas que serão levadas a efeito durante o ajuste.

Um dos pontos que mais chamam atenção neste novo regime é a vedação genérica presente no artigo 9º, §4º, por parte do legislador, acerca da celebração de termos aditivos aos contratos firmados em que for adotada a contratação integrada, estabelecendo, no entanto, duas situações excepcionais em que está autorizada.

No inciso I, verifica-se que a hipótese excepcional autorizada pelo legislador concerne a alterações contratuais com a finalidade de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em duas situações: caso fortuito ou força maior.

No caso do inciso II do art. 9º do RDC, a hipótese prevista é de alteração unilateral do contrato pela Administração, por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação,

vinculada aos limites previstos no §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Uma consideração se mostra importante: se, na contratação integrada, não é a Administração que desenvolverá o projeto básico e, muito menos, o projeto executivo, como ela trará *expertise* de verificar a pertinência em se promover alguma alteração técnica para melhor cumprir com o objetivo da contratação?

Se todos os documentos técnicos foram delegados a elaboração pelo particular, certamente será ele que oferecerá as informações necessárias para que o administrador tome a decisão de alteração contratual, retirando sua imparcialidade, que lhe seria natural nos demais regimes de execução, em que a Administração efetivamente (ou supostamente) controla todas as informações técnicas.

Realmente, a imparcialidade dessa decisão pode ser prejudicada justamente por não estarem à disposição da Administração todos os elementos técnicos para promover sua decisão de maneira fundamentada. Terá de valer-se unicamente da opinião técnica promovida pelos particulares, que, eventualmente, poderão prestigiar seus interesses econômicos – esse comportamento, inclusive, seria natural em face de seus objetivos estatutários: obtenção de lucro para a sociedade empresária.

O receio, aqui, é ocorrer à captura do administrador, que não terá informações suficientes para demonstrar sua contrariedade em face daquele que elaborou todos os projetos técnicos e se encontra promovendo a execução do contrato administrativo.

Remuneração variável à luz do RDC

Segundo SCHWIND (v.1, p.169, 2012), além de agilizar a realização das licitações, um dos objetivos centrais do RDC consiste na ampliação da eficiência nas contratações, de modo que elas propiciem maiores vantagens à Administração Pública.

Dentro dessa idéia, foram previstos dois mecanismos de remuneração do contratado que são bastante interessantes: remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e, os contratos de eficiência em que a remuneração do contratado será proporcional à economia gerada para a Administração Pública.

Em linhas gerais, a remuneração variável e os contratos de eficiência constituem mecanismos pelos quais se pretende subordinar a remuneração do particular à obtenção de um resultado futuro predeterminado acerca do qual não se tem certeza sobre sua concorrência. Adota-se uma sistemática de contratos de risco, em que o contratado assume o risco de ter ao menos parte de sua remuneração diretamente vinculada à obtenção de certos resultados. A vantagem para a Administração Pública, por outro lado é evidente, uma vez que o dever de remunerar o contratado surgirá, pelo menos em parte, apenas se for obtido o resultado esperado que gere benefícios ao contratante.

O art. 11 da Lei do RDC estabelece as hipóteses em que o parcelamento de serviços é cabível.

Em primeiro lugar, tal dispositivo dispõe que o parcelamento será aplicado apenas em relação a serviços, excluídos os serviços de engenharia (art. 1, §2º). Ou seja, o art. 11 parece excluir da sua hipótese de incidência as compras.

Além disso, prescreve a Lei do RDC que o parcelamento dos serviços ocorrerá quando: o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea; e a múltipla execução for conveniente para atender à Administração Pública.

Em suma, para que o parcelamento dos serviços seja válido, o objeto deverá ser divisível e tal medida deverá se mostrar mais vantajosa para a Administração Pública, o que deverá ser devidamente justificado, portanto, percebe-se, que o art. 11 da Lei nº 12.462 do RDC (BRASIL, 2011), não representa uma inovação ao regime geral das licitações e contratos. Basicamente, o parcelamento de serviços nada mais é do que uma licitação por itens, tendo os mesmos pressupostos de aplicação. Assim será cabível quando o objeto for divisível e quando isso se mostrar vantajoso para a Administração Pública.

CONCLUSÕES

Em geral, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas oferece importantes instrumentos que concorrem para a eficiência e celeridade dos processos licitatórios sob sua aplicação. De igual modo, introduz relevantes inovações no que se refere à contratação e execução dos contratos públicos, com

vistas à obtenção da melhor relação custo benefício para a Administração e para os interesses da sociedade.

Assim, a despeito de algumas inconsistências e incompletudes do texto legal – possivelmente creditáveis à urgência pela aplicação do regime excepcional – o RDC deverá cumprir o papel a que propõe no bojo do seu restrito âmbito de incidência. Deverá, portanto, contribuir para viabilizar tempestivamente os projetos necessários à organização dos eventos esportivos programados para o período 2013-2016.

A utilização desses mecanismos no âmbito do RDC será um importante teste para a identificação das suas potencialidades. Caso bem concebidos, os contratos de eficiência e as avenças que contemplam remuneração variável poderão proporcionar economias relevantes aos cofres públicos. Por isso, não faz sentido que o seu âmbito de aplicação seja restrito ao RDC.

A crítica de fundo, em verdade parece residir na adoção de um regime excepcional e temporário para a solução episódica de problemas pontuais em projetos específicos. Entende-se que o debate em torno do RDC poderia ter culminado em esforços para o aprimoramento da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993) e das licitações e contratos administrativos de que a Administração em geral utiliza.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo. Malheiros, 2007. V.1.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio jurídico da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11) – Aspectos Fundamentais**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU 22/06/1993; REP. 06/07/1994; e ret. 02/07/2003.

BRASIL. **Lei nº 12.462 de 5 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. DOU, 05/08/2011, edição extra; ret. 10/08/2011.

Decreto que regulamenta o RDC não pode diferir da Lei –

<http://www.conjur.com.br/2012-fev-17/decreto-regulamenta-rdc-nao-diferir-lei-licitacao-contratacao> - Acessado em 12 de abril de 2011.

Contratação Pública Diferenciada: RDC –

<http://jus.com.br/revista/texto/21370/contratacao-publica-diferenciada-rdc> - Acessado em 12 de abril de 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Nota técnica, nº 8 de 2011- <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/orcamentouniao/estudos/2011/nt08.pdf> - Acessado em 11 de abril de 2011.

Os dispositivos inconstitucionais da Lei 12.462 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), e a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.655 - <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35251> - Acessado em 11 de abril de 2011.

Pregão: uma nova forma de licitar, um estudo de caso – Disponível em: <http://pt.scribd.com/marciapisani/d/77672658-PRE-PROJETO-MONOGRAFIA> - Acessado em 10 de abril de 2011.

RDC, um escárnio aos princípios éticos da lei 8666 - <http://www.cbic.org.br/artigo/rdc-um-escarnio-aos-principios-eticos-da-lei-8666> - Acessado em 11 de abril de 2011.

Regime Diferenciado de Contratações: uma atualização da lei - Newton Estéfano de Oliveira - <http://www.administradores.com.br/mobile/noticias/administracao-e-negocios/regime-diferenciado-de-contratacoes-uma-atualizacao-da-lei/46273/> - Acessado em 10 de abril de 2011.