

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO
ADMINISTRATIVO

THAYANA LICASSALI MELO

ANÁLISE COMPARATIVA DA LEI 8.666/93 E DO RDC

BRASÍLIA
FEVEREIRO 2016

THAYANA LICASSALI MELO

ANÁLISE COMPARATIVA DA LEI 8.666/93 E DO RDC

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público, como exigência para obtenção do Certificado de Conclusão da pós-graduação de Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/ID.

Orientador:

**BRASÍLIA
FEVEREIRO 2016**

THAYANA LICASSALI MELO

ANÁLISE COMPARATIVA DA LEI 8.666/93 E DO RDC

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público, como exigência para obtenção do Certificado de Conclusão da pós-graduação de Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/ID.

Professora Mestra Janete Ricken Lopes de Barros

Professor Doutor Marcus Firmino Santiago

*Dedico aos meus pais pelo apoio na
realização deste trabalho.*

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente aos meus pais e meu irmão por sempre me apoiarem e me ajudarem, e aos meus avós, que tornaram essa conquista possível.

“Pensar é Duvidar.”

Victor Hugo

RESUMO

Trata esta monografia de comparativo entre a Lei 8.666/93 e o RDC, indicando seus conceitos e processos; mostrando as principais diferenças entre eles, usando como base a obra do Estádio Nacional de Brasília Mané Garrincha; demonstrando o histórico legislativo e quais os princípios aplicados às licitações e aos contratos, com o intuito de saber quais as vantagens e desvantagens, para o interesse público, de se usar o RDC. Este trabalho aponta as novidades trazidas pelo RDC, sendo as mais importantes: a ampliação dos objetivos da licitação; a inclusão dos princípios da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável; a possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento; os novos critérios de julgamento; a inversão das fases de habilitação e julgamento; a restrição à publicidade do orçamento estimado; a remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada; a contratação simultânea; e a contratação integrada como um dos regimes de execução do contrato.

Palavras-chave: Lei 8.666/93. RDC. Obra de Estádio.

ABSTRACT

This monograph establishes a comparison between the RDC and the Law 8.666/93, indicating their concepts and processes; showing the main differences between them, using as a basis the building of Mane Garrincha, the National Stadium of Brasilia; demonstrating legislative history, and the principles applied to the bids, in order to know what are the advantages and disadvantages, for the public interest, in using the RDC. This work indicates the novelties brought by the RDC, being the most important: the enlargement of the purposes of the bids; the addition of the principles of economy and national sustainable development; the possibility of demanding a sample for the previous qualification and judgment; the new criteria of judgment; the inversion of the phases of habilitation and judgment; the restriction to the publicity of the estimated budget; the variable remuneration linked to performance of the contractor; the simultaneous contracting; and the integrated contracting as a contract execution regimen.

Key words: Law 8.666/93. RDC. Stadium.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. Artigo

SIGLAS

ADI Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

CF/88 Constituição Federal de 1988

DEM Democratas

PAC Programa de Aceleração ao Crescimento

PPS Partido Popular Socialista

PSDB Partido da Social Democracia Brasileira

RDC Regime Diferenciado de Contratação

SUS Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

SUMÁRIO	10
INTRODUÇÃO	12
1. PRINCÍPIOS	14
1.1. Breve Histórico	14
1.2. Princípios.....	16
1.2.1. Princípio da Legalidade	16
1.2.2. Princípio da Impessoalidade.....	16
1.2.3. Princípio da Moralidade.....	17
1.2.4. Princípio da Publicidade	17
1.2.5. Princípio da Eficiência	18
1.2.6. Princípio da Proibição Administrativa	19
1.2.7. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	19
1.2.8. Princípio do Julgamento Objetivo das Propostas.....	19
1.2.9. Princípio do Procedimento Formal	20
1.2.10. Princípio do Sigilo das Propostas.....	20
1.2.11. Princípio da Adjudicação Compulsória	20
1.2.12. Princípio da Economicidade	21
1.2.13. Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável	21
2. LICITAÇÃO	22
2.1. Contratos Administrativos.....	22
2.1.1. Conceito.....	22
2.1.2. Disciplina Legal.....	22
2.1.3. Características do Contrato Administrativo	23
2.2. Licitação	25
2.2.1. Conceito, Natureza Jurídica e Finalidade.	25

2.2.2. Disciplina Legal.....	26
2.2.3. Sujeitos à Licitação	26
2.2.4. Objeto da Licitação	26
2.2.5. Definições Legais	27
2.2.6. Obrigatoriedade, Dispensa e Inexigibilidade.	28
2.2.7. Modalidades	29
2.2.8. Tipos de Licitação	32
2.2.9. Processo Licitatório.....	32
2.2.9.1. Audiência Pública.....	33
2.2.9.2. Edital	33
2.2.9.3. Documentação e Propostas	35
2.2.9.4. Habilitação.....	36
2.2.9.5. Julgamento das Propostas	37
2.2.9.6. Homologação e Adjudicação.....	38
2.3. Regime Diferenciado de Contratação	38
3. Comparativo entre o RDC e a Lei 8.666/93.....	42
3.1. A Licitação e o Contrato de Obra Pública na Lei 8.666/93	42
3.2. A Licitação e o Contrato de Obra Pública no RDC	45
CONCLUSÃO	53
REFERENCIAL TEÓRICO.....	56

INTRODUÇÃO

A Administração Pública possui a necessidade de realizar obras, serviços, compras e alienações. Em razão dessa necessidade e em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público, tais procedimentos, em regra, quando contratados com a iniciativa privada, são antecidos pelo processo licitatório, no qual a administração busca aplicar o dinheiro público de forma eficiente e tornar transparentes seus gastos.

A Administração Pública tem buscado aprimorar a sua contratação editando novas leis, como a Lei 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação – RDC.

O tema dessa monografia é a análise comparativa do Regime Diferenciado de Contratação em cotejo à Lei 8.666/93, apontando as suas principais diferenças. O trabalho inicia-se com um breve histórico legislativo das licitações no Brasil.

No primeiro capítulo abordamos os princípios relacionados às licitações e aos contratos administrativos, aos quais seguem-se os conceitos gerais envolvidos, que são apresentados no segundo capítulo. Nesses conceitos descrevemos o que é contrato administrativo e licitação, quais são as suas modalidades, critérios de julgamento e procedimentos, e também o que é o Regime Diferenciado de Contratação.

No terceiro capítulo é feito um comparativo entre a Lei 8.666/93, e o RDC, usando como exemplo a obra do Estádio Nacional de Brasília Mané Garrincha e trazendo as principais diferenças desse novo regime em relação ao anterior.

Com este trabalho o leitor terá uma visão das diferenças entre o RDC e a Lei 8.666/93, para se concluir quais são as vantagens e desvantagens do RDC, e se tal regime de contratação é condizente com o princípio do interesse público.

Utilizamos, para tal análise, o método da pesquisa bibliográfica, investigando aspectos doutrinários e jurisprudenciais envolvidos, e objetivando

sempre alcançar a resposta para a problemática imposta de quais as vantagens e desvantagens da utilização do RDC para a Administração Pública.

1. PRINCÍPIOS

1.1. Breve Histórico

Licitação vem do latim *licitatione*, que significa “o ato pelo qual se lança ou se faz o preço, para compra ou aquisição da coisa, em concorrência com outros interessados nesta aquisição”. (PLÁCIDO E SILVA, 2008)

O Decreto 2.926, de 14 de maio de 1862, introduziu a licitação no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentando as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. A partir desse decreto surgiram mais normas que tratam do assunto, porém o tema se consolidou no Código de Contabilidade da União (Decreto 4.536, de 8 de janeiro de 1922), em seus artigos 49 a 53. (FREITAS, 2007)

O Código de Contabilidade foi regulamentado pelo Decreto 15.783, de 8 de dezembro de 1922, e teve vigência por cerca de meio século até ser substituído pelo Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, que implantou a Reforma Administrativa Federal e traduziu-se em uma “Constituição, em matéria administrativa”. (CRETELLA JÚNIOR, 1999)

O Decreto-Lei 200/67 inovou disciplinando as modalidades de licitação e os casos de dispensa, e estabeleceu normas que deviam ser observadas na realização dos contratos administrativos.

Após o Decreto-Lei 200/67 surgiram várias normas regulamentadoras e modificadoras, sendo a principal delas o Decreto 2.300/86, o qual trouxe normas gerais de licitação de observância obrigatória para toda a administração pública direta e indireta, federal, estadual ou municipal, e normas específicas de observância obrigatória apenas para a administração pública federal.

Em 5 de Outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Federal, que em seu artigo 22, inciso XXVII, traz como competência privativa da União legislar sobre:

XXVII- normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI...

Em 21 de junho de 1993, foi publicada a Lei 8.666, que substituiu o Decreto 2.300/86, seguindo os moldes previstos nos artigos 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, e 175 da Constituição Federal de 1988, sendo esta a norma geral de licitação vigente até os dias de hoje.

Em 4 de agosto de 2011 foi publicada a Lei 12.462, que resultou da conversão da Medida Provisória 527, de 2011, e é regulamentada pelo Decreto 7.581, de 2012. Essa lei trata do Regime Diferenciado de Contratação, que é um procedimento licitatório a ser aplicado em situações específicas, o qual também inovou introduzindo como princípios a economicidade e o desenvolvimento nacional sustentável.

Conforme podemos deduzir desse breve histórico, o processo licitatório foi objeto de trabalho dos poderes legislativo e executivo objetivando à adoção de um procedimento justo, legal, impessoal, moral e eficiente que atenda ao interesse público.

1.2. Princípios

A Administração Pública está vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual restringe a sua liberdade na escolha do contratante, obrigando-a a escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público. Por essa razão surge o processo licitatório. (DI PIETRO, 2012)

A Constituição de 1988, em seu artigo 37, *caput*, elenca os princípios gerais da Administração Pública, quais sejam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

1.2.1. Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade impõe que o administrador não possa fazer prevalecer a sua vontade pessoal, e que sua atuação siga o que a lei determina, com o intuito de proteger os indivíduos de possíveis abusos, ou seja, significa que o administrador está vinculado à lei.

Na licitação o Princípio da Legalidade é de suma importância, conforme dispõe o artigo 4º da Lei 8.666/93:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Sendo assim, todos os licitantes possuem o direito público subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido na lei, ou seja, aquele que se achar lesado pela não observância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento. Além disso, é estabelecido como um direito difuso a possibilidade de qualquer cidadão acompanhar o processo licitatório.

1.2.2. Princípio da Impessoalidade

O Princípio da Impessoalidade possui duas vertentes: por uma delas, os atos da Administração são atribuídos a ela e não ao funcionário que os executou, sendo proibida a promoção pessoal da autoridade ou do servidor público que praticou o ato; a outra está relacionada à finalidade pública, o que significa que a Administração Pública não pode prejudicar ou beneficiar determinada pessoa, uma vez que deve agir sempre com a finalidade de atender ao interesse público.

Na licitação o Princípio da Impessoalidade está ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo:

... todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório. (DI PIETRO, 2013, p. 382)

A impessoalidade, desta forma, traduz-se na despersonalização do licitante, a qual implica que o tratamento a ele dado pela Administração Pública independe de sua identidade, tornando iguais, aos olhos da Administração, todos os participantes do processo.

1.2.3. Princípio da Moralidade

O Princípio da Moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo, e significa que os atos devem ser lícitos e também seguir a moral, os bons costumes, as regras da boa administração e os princípios da justiça e da equidade.

...a Administração Pública deve pautar-se pela obediência aos princípios constitucionais a ela dirigidos expressamente mas também aos demais princípios fundamentais, tem-se que, em sua atuação, deve ser capaz de distinguir o justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, além do legal do ilegal. (MENDES, 2011, p. 862)

Sendo assim, no processo licitatório a Administração deve seguir a lei, sem desviá-la de sua finalidade.

1.2.4. Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade, na licitação, significa que todos os atos nela praticados serão públicos, com exceção do conteúdo das propostas, até a sua respectiva abertura, devido ao sigilo necessário para adequada consecução do procedimento. A divulgação da licitação é utilizada para que os interessados em contratar com a Administração saibam da abertura do processo e possam participar, e para que a população possa fiscalizar a legalidade dos atos praticados no curso do processo licitatório.

1.2.5. Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência está relacionado ao modo de desempenho de um ato, e possui o significado de seguir a boa administração:

... em desenvolver a atividade administrativa do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-las, concebíveis como as mais idôneas para tanto. (DE MELLO, 2012, PÁG. 125)

Tal princípio não pode ultrapassar os limites do Princípio da Legalidade, sendo assim o administrador deve aplicar a lei de forma eficiente. O Princípio da Eficiência deve ser aplicado na licitação, pois a boa administração significa que o administrador saberá não só a hora de licitar, como também a melhor forma de licitar e contratar.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, traz como direito fundamental a igualdade, o qual também deve ser seguido na licitação, conforme dispõem os artigos 37, XXI, da CF/88 e 3º da Lei 8.666/93. Na licitação o princípio da igualdade significa:

... que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 242)

O artigo 3º da Lei 8.666/93 elenca como princípios, além dos previstos na CF/88, o Princípio da Proibição Administrativa, o da Vinculação ao Instrumento Convocatório e o do Julgamento Objetivo.

1.2.6. Princípio da Probidade Administrativa

O Princípio da Probidade Administrativa significa honestidade, boa-fé e moralidade, e aquele que não atende a esse princípio comete um ato de improbidade que poderá importar na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, conforme estabelece o artigo 37 da CF/88.

1.2.7. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório está previsto no artigo 41 da Lei 8.666/93, no qual se explica que o instrumento convocatório é lei entre os licitantes e a Administração Pública, pois:

... o instrumento convocatório assinala os termos e condições que norteiam o certame permitindo, assim, que em seu transcorrer os atos sejam praticados em respeito e em conformidade com o quanto preverá e disciplinará. (PESTANA, 2012, p. 309)

Por essa razão e em benefício da segurança jurídica, o instrumento convocatório converte-se em lei e a sua não vinculação torna nulo o procedimento licitatório, exceto se houver falha no instrumento convocatório, que poderá ser corrigida em tempo oportuno, devendo os licitantes ser informados da alteração para ter a possibilidade de se amoldar a ela. (CARVALHO FILHO, 2012)

1.2.8. Princípio do Julgamento Objetivo das Propostas

O Princípio do Julgamento Objetivo das Propostas está previsto no artigo 45 da Lei 8.666/93:

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.

Sendo assim, a comissão de licitação deve julgar as propostas de acordo com o instrumento convocatório e com a lei, seguindo o modelo de licitação e o critério escolhido.

Além desses princípios expressos no artigo 3º da Lei 8.666/93, existem outros, de igual importância, como o do Procedimento Formal, do Sigilo das Propostas e da Adjudicação da Compulsória. (MEIRELLES, 1999)

1.2.9. Princípio do Procedimento Formal

O Princípio do Procedimento Formal significa que o processo licitatório deve atender a todas as formalidades da lei. O não cumprimento da formalidade pode gerar nulidade do processo, desde que cause prejuízo aos licitantes ou à Administração Pública. (MARINELA, 2012)

1.2.10. Princípio do Sigilo das Propostas

Conforme já falado, o Princípio do Sigilo das Propostas é uma forma de proteger a igualdade entre os licitantes, pois ficariam em posição vantajosa aqueles que já sabem da proposta do outro, por isso todas as propostas ficam em sigilo até a data designada para sua abertura, conforme previsto nos artigos 3º, § 3º e 43, § 1º, da Lei 8.666/93. (MEIRELLES, 1999)

1.2.11. Princípio da Adjudicação Compulsória

Adjudicação Compulsória é a obrigação de a Administração Pública atribuir o objeto da licitação ao vencedor do processo licitatório. A adjudicação compulsória garante ao vencedor que quando a Administração Pública for contratar aquele objeto da licitação o fará com ele, a menos que o processo licitatório tenha motivos para ser anulado ou revogado, ou que ele desista expressamente do contrato ou não o firme no prazo prefixado; nesse caso, a Administração Pública deverá seguir a ordem classificatória do processo

licitatório, não podendo contratar com terceiro estranho à licitação, conforme artigos 50 e 64 da Lei 8.666/93. (MEIRELLES, 1999)

O artigo 3º da Lei 12.462/11 estabelece que as licitações em conformidade com o RDC deverão seguir os princípios que já foram explicados acima, além do Princípio da Economicidade e do Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável.

1.2.12. Princípio da Economicidade

O Princípio da Economicidade, já inserido no artigo 70 da CF/88, se constitui a aplicação do custo-benefício, ou seja, na escolha da proposta mais vantajosa do ponto de vista econômico-financeiro. (DI PIETRO, 2012)

1.2.13. Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável

O Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável está especificado no artigo 4º, § 1º, da Lei 12.462/11:

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

- I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;
- IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
- V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e
- VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Tal princípio inova ao mostrar a preocupação da Administração Pública com o desenvolvimento sustentável, ou seja, a preocupação com o meio ambiente.

Com a exposição desses princípios fica mais claro qual o objeto da licitação.

2. LICITAÇÃO

A Administração Pública possui a necessidade de contratar obras, serviços, compras e alienações. Em razão dessa necessidade e em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público, tais contratos, em regra, são antecedidos pelo processo licitatório. Para saber como ocorre a contratação na administração pública, devemos entender os institutos do contrato, da licitação e do RDC.

2.1. Contratos Administrativos

2.1.1. Conceito

Contrato Administrativo é “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração”. (MEIRELLES, 2006, p. 194)

O contrato administrativo possui características próprias, que o tornam diferente do contrato privado; uma delas é que ele segue o regime do direito público, no qual o interesse público prevalece ao do particular. O que diferencia o contrato administrativo do privado é a Administração Pública, que possui supremacia do poder para fixar as condições iniciais do ajuste. (MEIRELLES, 2006)

2.1.2. Disciplina Legal

As normas gerais das licitações e dos contratos administrativos são de competência legislativa privativa da União, conforme estabelece o artigo 22, inciso XXVII, da CF/88. A União, seguindo as regras e princípios dispostos no artigo 37, inciso XXI, da CF/88, editou a Lei 8.666/93.

A Lei 8.666/93 disciplina, a partir de seu artigo 54, as normas gerais dos contratos. Em 4 de agosto de 2011, a Lei 12.246, a partir de seu artigo 39, trouxe regras específicas para os contratos celebrados no âmbito do RDC.

2.1.3. Características do Contrato Administrativo

A principal característica do contrato administrativo é a participação da Administração Pública como poder público, e por essa razão o contrato deve atender à finalidade pública e obedecer à forma prescrita em lei.

Outra característica do contrato administrativo é que ele possui a natureza de contrato de adesão, pois a Administração Pública, em regra, deve licitar antes de contratar, dessa forma ela produz o instrumento convocatório, ao qual os licitantes adéquam as suas propostas, obedecendo ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Por esta razão não há discussão das cláusulas contratuais, caracterizando-se o contrato administrativo como um contrato de adesão. (DI PIETRO, 2012)

O contrato administrativo possui também as características da consensualidade, pois só contrata com a Administração Pública aquele que quer participar do processo licitatório; e da formalidade, pois o contrato administrativo segue a regra dos atos administrativos, conforme estatuído pelo artigo 62 da Lei 8.666/93:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

O contrato administrativo é também oneroso, porque há remuneração relativa à contraprestação do objeto do contrato; comutativo, pois estabelece compensações e obrigações recíprocas às partes; e *intuitu personae*, pois exige a pessoa do contratado para execução, exceto nos casos de subcontrato previsto no artigo 72 da Lei 8.666/93. Além disso, como já foi dito, o contrato administrativo é, em regra, antecedido por processo licitatório.

A Administração Pública, em razão da supremacia do poder público, pode impor cláusulas exorbitantes, e as principais delas são: exigência de garantia, alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral do contrato, fiscalização, aplicação de penalidade, anulação, retomada do objeto e restrições ao uso da exceção de contrato não cumprido. (DI PIETRO, 2012)

É facultado à Administração Pública exigir garantia no contrato de obras, serviços e compras, nos moldes do artigo 56, § 1º da Lei 8.666/93:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes terem sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

A lei permite que a exigência de garantia possa ser feita na licitação, conforme artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93.

A Administração Pública pode alterar unilateralmente o contrato para possibilitar a melhor adequação à finalidade do poder público, conforme artigo 58, I, da Lei 8.666/93. O artigo 65, I, da mesma lei, estabelece as possibilidades de alteração:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

A rescisão unilateral do contrato está prevista no artigo 58, II, 79, I, e 78, I a XII e XVII, todos da Lei 8.666/93, e é cabível nos casos de inadimplemento com culpa ou sem culpa, fortuitos ou de força maior, e em razão do interesse público. (DI PIETRO, 2012)

A Administração Pública pode aplicar sanções administrativas nos casos de inexecução total ou parcial, conforme estabelece o artigo 58, IV, da Lei 8.666/93.

Poderá também a Administração Pública anular os contratos, tendo em vista a sua prerrogativa de autotutela, ou seja, de poder rever seus atos e anular aqueles que são ilegais, seguindo as regras de possíveis indenizações do artigo 59 da Lei 8.666/93.

A Administração Pública poderá, ainda, retomar o objeto, em aplicação do princípio da continuidade, conforme disposto no artigo 80 da Lei 8.666/93.

Nos contratos administrativos não é cabível a exceção do contrato não cumprido, em desfavor da Administração Pública, em razão do princípio da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público. Entretanto, tal instituto tem exceção, conforme prevê o artigo 78, XV e XVI, da Lei 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;(...)

Nesses casos o contratado poderá suspender a execução do contrato após a ocorrência do fato administrativo que dê causa à exceção.

2.2. Licitação

2.2.1. Conceito, Natureza Jurídica e Finalidade.

O conceito de licitação mais usado, e que melhor define a licitação, é o 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. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. (MEIRELLES, 1999, p. 246)

A licitação tem a natureza jurídica de procedimento administrativo, o qual a administração precisa seguir para contratar. (CARVALHO FILHO, 2012)

A finalidade da licitação é a escolha, pela Administração Pública, da proposta mais vantajosa, obedecendo ao princípio da supremacia do interesse público, conforme artigo 3º da Lei 8.666/93.

2.2.2. Disciplina Legal

Conforme já explicado na disciplina legal dos contratos, a licitação também é de competência legislativa privativa da União para regras gerais, conforme dispõe o artigo 22, XXVII, da CF/88, e deve seguir os moldes estabelecidos no artigo 37 da CF/88. Origina-se aí a Lei 8.666/93.

2.2.3. Sujeitos à Licitação

Conforme disposto no artigo 1º e respectivo § 1º da Lei 8.666/93, são obrigados a licitar os poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

2.2.4. Objeto da Licitação

Conforme estatui o artigo 2º da Lei 8.666/93 são objetos da licitação as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública. Ou seja, para que a Administração contrate qualquer desses objetos deve seguir o processo licitatório, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade.

2.2.5. Definições Legais

A Lei 8.666/93, em seu artigo 6º, traz definições necessárias para o entendimento da lei, quais sejam:

a) Obra é toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação realizada por execução direta ou indireta.

b) Serviço é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação e manutenção, entre outras.

c) Compra é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.

d) Alienação é toda transferência de domínio de bens a terceiros.

e) Obras, serviços e compras de grande vulto são aquelas cujo valor estimado seja superior a vinte e cinco vezes o limite mínimo para que seja obrigatória a licitação na modalidade de concorrência.

f) Seguro-Garantia é o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos.

g) Administração Pública é a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.

h) Administração é o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

i) Imprensa Oficial é o veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis.

j) Contratante é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual.

k) Contratada é a pessoa física ou jurídica signatária do contrato com a Administração Pública.

l) Comissão pode ser permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

2.2.6. Obrigatoriedade, Dispensa e Inexigibilidade.

Em regra, antes de contratar a Administração Pública é obrigada a licitar. Existem, no entanto, as exceções da inexigibilidade e da dispensa.

a) A inexigibilidade ocorre quando houver inviabilidade de competição. A Lei 8.666/93, em seu artigo 25, traz um rol exemplificativo com três hipóteses de inexigibilidade. São elas: os casos de fornecedor exclusivo, vedada a preferência de marca; a contratação de artistas consagrados pela crítica e pelo público; e a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, ou seja, serviços diferenciados, vedada esta para os serviços de publicidade.

b) A dispensa ocorre a despeito da viabilidade de competição. Assim, a lei enumera taxativamente em que hipóteses é possível contratar diretamente, e divide a dispensa nos casos em que a licitação é dispensável e naqueles em que ela é dispensada.

b.1) A dispensável ocorre quando a Administração Pública pode optar por realizar a licitação ou contratar diretamente. A Lei 8.666/93 enumera 31 hipóteses em seu artigo 24. Uma das hipóteses é a licitação deserta, que é aquela em que não aparecem interessados. Nesse caso a Administração pode

contratar diretamente, o que é diferente da licitação fracassada, ou seja, aquela em que aparecem interessados mas nenhum comprova os requisitos. Nesse caso a Administração realiza nova licitação ou concede um novo prazo, de 8 dias úteis, facultada a redução para 3 dias úteis na modalidade convite, para que os licitantes se adequem aos requisitos.

b.2) A dispensada ocorre quando a Administração é obrigada a contratar diretamente. As hipóteses estão relacionadas à alienação de bens entre entidades estatais. A Lei 8.666/93 enumera 17 hipóteses em seu artigo 17.

2.2.7. Modalidades

A Lei 8.666/93, em seu artigo 22, lista as modalidades de licitação, quais sejam a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão.

a) Concorrência é a modalidade de licitação aberta a qualquer interessado que na fase inicial de habilitação comprove possuir requisitos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto, de acordo com o artigo 22, § 2º, da Lei 8.666/93.

A concorrência é a mais ampla de todas as modalidades, podendo ser usada para obras, serviços e compras de qualquer valor, licitações internacionais, compra e venda de imóveis e concessão do direito real de uso. Em regra, a venda de imóveis se dará por concorrência, salvo a venda de imóveis adquiridos por dação em pagamento ou procedimento judicial, caso em que será feita por concorrência ou leilão.

b) Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados cadastrados ou aqueles que comprovem requisitos para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, de acordo com o artigo 22, § 2º, da Lei 8.666/93.

A tomada de preços só pode ser usada para obras e serviços de engenharia de até um milhão e meio de reais, e para compras e outros serviços

de até seiscentos e cinquenta mil reais. Acima desses valores deve-se usar a modalidade de concorrência, conforme artigo 23, I, “b” e “c”, e II, “b” e “c”, da Lei 8.666/93.

c) A modalidade de convite é aquela em que os interessados, cadastrados ou não, do ramo pertinente ao objeto, são escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, que afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório, que é a carta convite, e estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da data fixada para apresentação das propostas.

O convite só poderá ser usado para obras e serviços de engenharia de até cento e cinquenta mil reais, e para compras e outros serviços de até oitenta mil reais. Desta forma deduz-se que, onde cabe o convite, cabe também a tomada de preços, e em qualquer caso cabe a concorrência, conforme dispõe o artigo 23, I, “a”, II, “a”, e § 4º.

Os valores descritos no artigo 23 serão dobrados quando houver consórcio público de até três entes, e triplicados em consórcio público com mais de três entes, de acordo com o disposto no artigo 23, § 8º, da Lei 8.666/93.

O convite pode ser usado em licitações internacionais, desde que o bem ou serviço não seja produzido ou prestado no país.

Em regra devem ser convidados, bem como participar do convite, o mínimo de três pessoas, entretanto, se houver limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, será possível convidar, bem como participarem do processo, menos de três convidados, conforme prevê o artigo 23, § 7º.

d) Concurso é a modalidade de licitação que serve para a escolha de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos mediante pagamento de prêmio ou remuneração ao vencedor, conforme critérios constantes no edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias. A escolha do vencedor será feita por uma comissão especial formada por profissionais da

área, de reputação ilibada, servidores ou não, de acordo com o previsto no artigo 22, § 4º.

e) Leilão é a modalidade de licitação que serve para a venda de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no artigo 19 da Lei 8.666/93. O tipo de licitação será o de maior lance ou oferta, de acordo com o que dispõe o artigo 22, § 5º, da Lei 8.666/93. O leilão será conduzido por um leiloeiro oficial ou por um servidor designado para tal.

É vedado ao administrador criar novas modalidades de licitação ou combinar as existentes entre si. Tal vedação aplica-se somente aos administrados, pois o legislador pode criar novas modalidades, como ocorreu com a consulta, o pregão e o RDC.

A consulta é aplicada exclusivamente nas agências reguladoras, e será regulamentada no âmbito de cada agência. O regime de consulta diferencia-se do convite pelo número de fornecedores, em um mínimo de cinco, e os julgadores do certame não se denominam comissão e sim júri. (DE MELLO, 2012)

A Lei 10.520/02 instituiu o pregão e prevê a aplicação subsidiária da Lei 8.666/93. O pregão é a modalidade de licitação que se destina à aquisição de bens e serviços comuns, sem limite de valor, em que a disputa é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado. O pregão poderá ser realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, caso em que será denominado pregão eletrônico. (MEDAUAR, 2012)

No pregão há uma inversão nas fases de licitação: primeiro julga-se as propostas, depois habilitam-se os interessados. O tipo de licitação é sempre o de menor preço, e os licitantes podem diminuir o valor por meio de lances verbais. O pregoeiro será o servidor do órgão, que poderá negociar diretamente com o vencedor, a fim de conseguir desconto.

O Regime Diferenciado de Contratação, que será melhor explicado adiante, foi instituído pela Lei 12.462/11, e é uma modalidade de licitação inovadora que altera alguns institutos da Lei 8.666/93.

2.2.8. Tipos de Licitação

São tipos de licitação os critérios usados para o julgamento objetivo da licitação, e são eles: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e menor lance ou oferta, vedada a utilização de outros tipos de licitação que não esses, conforme estabelece o artigo 45, §§ 1º e 5º, da Lei 8.666/93.

a) Menor preço é o tipo de licitação em que será vencedor aquele que apresentar a proposta de acordo com as especificações do instrumento convocatório e ofertar o menor preço.

b) Melhor técnica ou técnica e preço serão utilizados para serviços de natureza predominantemente intelectual, conforme dispõe o artigo 46 da Lei 8.666/93.

c) Maior lance é o tipo de licitação da modalidade leilão em que considera-se vitorioso aquele que ofereceu o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

2.2.9. Processo Licitatório

A licitação inicia-se com a necessidade de a Administração Pública contratar, então:

...determina-se o seu objeto, estabelecem-se as suas condições, estima-se a eventual despesa e decide-se pela modalidade adequada, verifica-se a existência de recursos orçamentários, estima-se o impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor, bem como nos dois subseqüentes, e obtém-se a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Após, obtém-se a autorização de abertura e a aprovação do instrumento convocatório, ou seja, do edital ou da carta-convite. (GASPARINI, 2012, p. 657)

A primeira parte do processo licitatório, também conhecida como fase interna da licitação, é aquela em que o órgão analisa as suas condições de contratar e define o contrato, bem como a forma como vai ocorrer o processo, seguindo os moldes do artigo 38 da Lei 8.666/93.

A segunda parte do processo licitatório destina-se a selecionar a melhor proposta: é a licitação propriamente dita. Na concorrência as fases são: audiência pública, edital, documentação e propostas, habilitação, julgamento das propostas, homologação e adjudicação. (MEIRELLES, 2006)

Em outras modalidades de licitação, uma ou outra fase não existe ou é invertida a ordem. No convite e no leilão não há, em regra, fase de habilitação, e se exigida é muito simples. Na tomada de preços a habilitação é prévia e no pregão é posterior ao julgamento das propostas.

2.2.9.1. Audiência Pública

De acordo com o estabelecido pelo artigo 39 da Lei 8.666/93, sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a cem vezes o limite de um milhão e meio, que é o limite mínimo para obrigatoriedade da concorrência, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública, com antecedência mínima de quinze dias úteis à data prevista para publicação do edital, e deve ser divulgada com antecedência mínima de dez dias úteis à sua realização.

2.2.9.2. Edital

O Edital é o instrumento convocatório pelo qual a Administração Pública leva ao conhecimento do público a abertura da concorrência, fixa as condições para sua realização e convoca os interessados para apresentarem suas propostas. A Administração Pública está vinculada pelo edital, o qual é lei

interna da licitação. Na modalidade de licitação convite, o instrumento convocatório é a carta convite.

O edital deverá conter: o objeto da licitação, com descrição sucinta e clara; os prazo e condições para a assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos para execução; as sanções para o caso de inadimplemento; o local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico e/ou o projeto executivo; as condições para participação e a forma de apresentação das propostas; o critério para julgamento das propostas; os locais, datas, horários e códigos de acesso aos meios de comunicação à distância; as condições para o pagamento; as instruções para recurso; e as condições de recebimento do objeto da licitação, conforme estabelece o artigo 40 da Lei 8.666/93.

A divulgação do edital é obrigatória na imprensa oficial, porém é conveniente que o mesmo seja amplamente divulgado para que se aumente o número de concorrentes. A divulgação será feita, pelo menos uma vez, no respectivo diário oficial, com o prazo mínimo para convocação dos licitantes, de acordo com o previsto no artigo 21, § 2º, da Lei 8.666/93.

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

(...)

§ 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.

A impugnação do edital viciado ou defeituoso deve ser feita administrativamente no prazo de até cinco dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes de habilitação, quando interposta por qualquer cidadão, e de até dois dias úteis, quando perpetrada por licitante. Não ocorrendo tal impugnação, entende-se que seu conteúdo e suas exigências foram aceitos

por todos os participantes, restando tão-somente a possibilidade da impugnação judicial através de mandado de segurança ou ação ordinária anulatória dos itens viciados ou de todo o edital. (MEIRELLES, 2006)

2.2.9.3. Documentação e Propostas

A documentação é o conjunto de comprovantes da habilitação jurídica, a qual envolve a comprovação: da qualificação técnica e econômico-financeira; da regularidade fiscal; e do cumprimento da proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre a menores de dezoito anos de idade, bem como de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos, de acordo com o que prevê o artigo 27 da Lei 8.666/93. A documentação da habilitação jurídica pode ser substituída pelo certificado de registro cadastral, conforme dispõe o artigo 32, § 2º, da Lei 8.666/93.

A documentação deve ser apresentada em envelope fechado e rubricado, diferente do das propostas, até o último momento fixado no edital para tal ato. Sua abertura será feita em público no local, hora e data indicados no edital, devendo os licitantes presentes e a comissão rubricar os documentos e os envelopes das propostas.

As propostas “são as ofertas feitas pelos licitantes para execução do objeto da licitação, indicando cada qual seu modo de realização e preço, na forma e condições pedidas ou facultadas no edital ou no convite”. (MEIRELLES, 2006)

O proponente fica vinculado a sua proposta, não podendo alterá-la depois da entrega à Administração Pública, até o término do prazo de 60 dias após sua abertura, de acordo com o disposto no artigo 64, § 3º, da Lei 8.666/93. Poderá, no entanto, retirá-la até a fase de habilitação. Após essa fase a lei autoriza a desistência por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão, conforme estabelecido no artigo 43, § 6º, da Lei 8.666/93.

As propostas devem ser entregues em envelopes ou invólucros, fechados e rubricados pelo representante, e somente serão abertas as dos licitantes habilitados em público e após a rubrica de todas as peças pelo presidente da comissão de julgamento.

2.2.9.4. Habilitação

Após a entrega da documentação e da proposta em envelopes fechados e rubricados, passa-se para a fase de habilitação, onde ocorre a abertura dos envelopes de documentação, para que sejam apreciados, tornando os licitantes habilitados ou não. Tal apreciação leva em conta o seu teor e regularidade, além das impugnações dos interessados presentes ou representados, porém nada impede que a comissão realize uma reunião interna, desde que designe data, local e hora para a leitura da ata de julgamento, ou que se intime pessoalmente os interessados para terem ciência direta do resultado para que, caso queiram, recorram e obtenham a decisão antes da abertura das propostas, conforme disposto no artigo 109, I, "a", da Lei 8.666/93.

A habilitação geralmente é feita pela mesma comissão que irá julgar as propostas, porém também pode ser feita pela comissão de julgamento de registro cadastral.

Essa fase nada mais é que a verificação e o reconhecimento da capacidade jurídica, técnica, econômico-financeira, assim como da regularidade fiscal e trabalhista, podendo a Administração Pública exigir somente os documentos previstos nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93, pois o artigo 37, XXI, da CF/88, permite apenas exigir dos licitantes a documentação indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

Se o licitante estiver habilitado prosseguirá no processo licitatório e sua proposta será aberta e julgada; se estiver inabilitado será excluído do certame, recebendo de volta a documentação e a proposta intacta, sem

apreciação de seu conteúdo, de acordo com o que prevê o artigo 43, II, da Lei 8.666/93.

Os fatores pertinentes à fase de habilitação não podem ser considerados na fase de julgamento das propostas, nem mesmo para desempate, pois são fases distintas com finalidades diversas. (MEIRELLES, 2006)

2.2.9.5. Julgamento das Propostas

O julgamento das propostas é o “ato pelo qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subsequente contrato com a Administração”. (MEIRELLES, 2006)

O julgamento das propostas será objetivo e vinculado ao edital, e constitui a fase em que a Administração Pública leva em conta o interesse público, bem como os fatores relacionados a qualidade, rendimento, preço, condições de pagamentos, prazos e outros pertinentes a licitação, conforme estatuído pelo artigo 45 da Lei 8.666/93.

Após a abertura das propostas, as mesmas são avaliadas para saber se estão em conformidade com o pedido, sendo desclassificadas aquelas que não estão. Tal desclassificação pode ocorrer em relação às exigências formais do edital e em relação ao seu conteúdo, sendo também desclassificada a proposta que seja manifestamente inexequível, de acordo com o previsto no artigo 48, I e II, da Lei 8.666/93.

A classificação, sempre que possível, deve constar de um quadro comparativo das ofertas, para justificar a escolha do vencedor, que deve necessariamente ser a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. (MEIRELLES, 2006)

Em caso de empate será feito sorteio, vedado qualquer outro processo de desempate, salvo em casos de preferência dada aos bens e serviços produzidos no país e produzidos ou prestados por empresas

brasileiras, assim como aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país, conforme previsto nos artigos 45, §§ 2º e 3º, e 3º, § 2º, II, III e IV.

2.2.9.6. Homologação e Adjudicação

Homologação é o “ato de controle pelo qual a autoridade competente, a quem incumbe a deliberação final sobre o julgamento, confirma a classificação das propostas”. (MEIRELLES, 2006)

A Adjudicação, por sua vez, é o “ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, para subsequente efetivação do contrato administrativo”. (MEIRELLES, 2006)

A adjudicação é compulsória e garante ao vencedor, quando da contratação pela Administração Pública, o objeto da licitação. Vinculam-se ainda, no contrato, os encargos estabelecidos no edital e aqueles prometidos em sua proposta.

2.3. Regime Diferenciado de Contratação

O Regime Diferenciado de Contratação - RDC foi instituído pela Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, resultado da conversão da Medida Provisória 527, de 2011, e regulamentado pelo Decreto 7581, de 11 de outubro de 2011.

A referida Medida Provisória inicialmente iria apenas alterar a organização da Presidência da República e dos Ministérios, bem como a legislação referente à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). No entanto, durante a sua tramitação na Câmara dos Deputados, o relator, Deputado José Guimarães, apresentou o projeto de lei de conversão acrescentando as normas que regulamentam o RDC. (DI PIETRO, 2013)

Como se pode ver, tal emenda à Medida Provisória é uma falha de técnica legislativa, visto que as matérias não possuem qualquer conexão, conforme determina o artigo 7º, II, da Lei Complementar Federal nº 95, de 1998, nos termos da citação de Maurício Zockun:

A insurgência goza de relevância jurídica, pois o art. 7º, II, da Lei Complementar Federal nº 95 assinala, para além de qualquer espécie de dúvida ou entredúvida, que "a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a esta não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão". Desta feita, como a Medida Provisória nº 527 versava apenas sobre organização administrativa federal, emenda aglutinativa ou supressiva apresentada no curso do processo legislativo de conversão também deveria versar sobre esse tema. (ZOCKUN, 2012, p. 21)

Apesar de ser uma falha de técnica legislativa a falta de pertinência temática entre os assuntos tratados na lei, a Lei Complementar nº 95 não prevê sanção ao descumprimento de suas disposições, sendo assim não há o que se fazer com relação a tal omissão.

O RDC foi inicialmente criado para as licitações e contratos necessários à realização: dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013; da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor; e 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 eventos acima citados, conforme artigo 1º, I, II, III, da Lei 12.462/11.

Não obstante o alcance inicial da Lei 12.462/11, foram acrescidos ao seu artigo 1º novos incisos e um parágrafo: a Lei 12.688/12 incluiu as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) como inciso IV; a Lei 12.745/12 incluiu como inciso V as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; e a Lei 12.722/12 incluiu como § 3º a possibilidade de utilização do RDC para a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

Em 2015, a Lei 13.190/15, acrescentou ao Art. 1º da Lei 12.722/12, a possibilidade do RDC ser utilizado nas contratações referentes às: obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; ações no âmbito da segurança pública; obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; dos contratos “*buit to suit*”¹. Já a Lei 13.243/16 inseriu as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

O RDC possui como objetivos: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica; e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, de acordo com o artigo 1º, §1º, da Lei 12.462/11.

Algumas outras razões levaram à edição de tal norma, quais sejam o rigor e a morosidade da Lei 8.666/93, razão pela qual não seria possível preparar o país para os eventos esportivos.

O RDC deve buscar, na medida do possível: 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 garantia oferecidas; a padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratação, previamente aprovadas pelo órgão jurídico competente; a maior vantagem para a Administração Pública, considerando os custos e benefícios, com condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com o setor privado; a utilização, sempre que possível, das

¹ Contratos “*buit to suit*” são os contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si ou por terceiros, do bem especificado pela administração, ou seja, são contratos de locação a longo prazo no qual o imóvel é construído para atender os interesses do locatário, já pré-determinado (construir para servir).

planilhas de custas constantes das propostas oferecidas pelos licitantes; e o parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, conforme artigo 4º, e seus incisos, da Lei 12.462/11.

Sendo assim, as principais inovações do RDC são: a ampliação dos objetivos da licitação, a inclusão dos princípios da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, as restrições à publicidade do orçamento estimado, a inversão cronológica das fases de habilitação e julgamento, os novos critérios de julgamento, a previsão de procedimentos auxiliares das licitações, a previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e o julgamento, a possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, a previsão da contratação simultânea ou a possibilidade de mais de uma empresa realizar o mesmo serviço, e a previsão da contratação integrada entre os regimes de execução do contrato. (DI PIETRO, 2013)

3. Comparativo entre o RDC e a Lei 8.666/93

Para fazer o comparativo entre o RDC e a Lei 8.666/93, será utilizada como exemplo a obra do Estádio Nacional de Brasília Mané Garrincha, que foi demolido para a construção de um novo estádio, mais amplo e moderno, para a Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de 2014.

A obra para construção do referido estádio tem o valor estimado de R\$ 671.073.542,92, de acordo com informação disponível no site do governo Copa Transparente, e por esta razão é uma obra pública de grande vulto, ou seja, é uma obra cujo valor é superior a R\$ 37.500.000,00. Assim sendo, a contratação deve ser precedida de processo licitatório, na modalidade de concorrência, bem como de audiência pública, de acordo com o disposto no artigo 6º, V, c/c o artigo 23, I, "c", e com o artigo 39, todos da Lei 8.666/93.

O contrato de obra pública do Estádio Nacional de Brasília é um contrato administrativo que possui as seguintes características: participação da Administração Pública, dever de atender a finalidade pública e obedecer à forma prescrita em lei e ao procedimento legal, e tem natureza de contrato de adesão. Além disso, o contrato resultante é *intuitu personae*, e há a possibilidade de a Administração Pública impor cláusulas exorbitantes e de mutabilidade.

3.1. A Licitação e o Contrato de Obra Pública na Lei 8.666/93

Na Lei 8.666/93, o contrato de obra pública de grande vulto deve sempre ser precedido de licitação, na qual será obedecida a sequência de projeto básico, projeto executivo e execução, sendo cada etapa obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores. O projeto executivo poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras, conforme dispõe o artigo 7º, I, II, III, e § 1º, da Lei 8.666/93.

As obras e serviços de engenharia só poderão ser licitados se: houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para o exame dos interessados em participar do processo; existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários; houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes das obras a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no plano plurianual previsto no artigo 165 da CF/88, quando for o caso, nos termos do artigo 7º, § 2º, da Lei 8.666/93.

O projeto básico é a definição prévia da obra a ser contratada, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e para possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo da execução, devendo conter os elementos necessários previstos nas alíneas “a” a “f” do inciso IX do artigo 7º da Lei 8.666/93.

Desta forma, o projeto básico define o objeto da licitação e a viabilidade da execução desse objeto, e serve para que os interessados em participar do processo licitatório possam ter noção do que será a obra, para saberem se possuem capacidade técnica para executá-la, podendo assim definir sua proposta.

A Lei 8.666/93 exige o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, para que se tenha uma estimativa do gasto e se há previsão orçamentária que assegure o pagamento das obrigações decorrentes das obras e serviços de engenharia a serem executados no exercício financeiro em curso, para que essas despesas não sejam consideradas não autorizadas, irregulares ou lesivas ao patrimônio público, de acordo com o que estabelece a Lei de Responsabilidade Fiscal em seus artigos 15, 16 e 17.

Essas exigências da lei, para que possa ocorrer a licitação, buscam evitar problemas tais como o não cumprimento do contrato, por falta de planejamento, ou até mesmo por falta de clareza na especificação do objeto.

O projeto executivo é o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, conforme dispõe o artigo 6º, X, da Lei 8.666/93. É o instrumento que indica os elementos necessários à completa execução da obra. (CARVALHO FILHO, 2013)

Nos projetos básico e executivo devem ser considerados os requisitos: da segurança; da funcionalidade e adequação ao interesse público; da economia na execução, conservação e operação; da possibilidade de emprego de mão-de-obra, matérias, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação, e operação; da facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou serviço; da adoção das normas técnicas de saúde e de segurança do trabalho adequadas; e do impacto ambiental, de acordo com o artigo 12 da Lei 8666/93.

Existe a possibilidade de se fazer o projeto-padrão, que é elaborado para realização de obras e serviços destinados aos mesmos fins, porém não é aplicado aos estádios em razão das condições peculiares do local e das exigências específicas de cada empreendimento, conforme prevê o artigo 11 da Lei 8.666/93.

As obras e serviços poderão ser executados nas formas direta e indireta. A direta ocorre quando é realizada pelos próprios órgãos administrativos, e a indireta é aquela que resulta da contratação de terceiros.

A execução indireta poderá seguir os regimes de empreitada por preço global, preço unitário ou integral e por tarefa:

a) A empreitada por preço global é aquela em que se contrata a execução por preço certo e total (artigo 6º, VII, “a”, da Lei 8.666/93);

b) Empreitada por preço unitário é aquela em que se contrata a execução por preço certo de unidades determinadas (artigo 6º, VII, “b”, da Lei 8.666/93);

c) Empreitada integral é “quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada” (artigo 6º, VII, “e”, da Lei 8.666/93);

d) Tarefa é quando se contrata mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (artigo 6º, VII, “d”, da Lei 8.666/93).

Para a construção do Estádio Nacional de Brasília Mané Garrincha a empresa foi contratada para os serviços de projeto executivo dos sistemas especiais de tecnologia, radiodifusão, obras civis de recuperação estrutural da atual estrutura da arquibancada, obras civis para adaptação e ampliação das novas arquibancadas, rebaixamento do nível do gramado, construção de ambientes contidos no projeto executivo de engenharia, execução das instalações e sistemas elétricos, hidráulicos, de ar condicionado e de segurança, tendo sido realizada sob a forma de execução indireta por empreitada por preço unitário, conforme Contrato de Empreitada Obra Engª D.E. ASJUR/PRES Nº 523/2010.

A licitação e a contratação da obra de construção do Estádio Nacional de Brasília Mané Garrincha foram regidas pela Lei 8.666/93, sendo licitada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço total, tendo como órgão responsável a Novacap, e como consórcio vencedor o Consórcio Brasília 2014 (Construtora Andrade Gutierrez e Via Engenharia S/A).

3.2. A Licitação e o Contrato de Obra Pública no RDC

Se a contratação do Estádio Nacional de Brasília Mané Garrincha fosse regida pelo RDC, também seria na modalidade de concorrência, porém com algumas diferenças.

O artigo 8º da Lei 12.462/11 traz os mesmos regimes de contratação indireta da Lei 8.666/93, quais sejam a empreitada por preço unitário, global ou integral, e tarefa, porém acrescenta a contratação integrada. O § 1º do mesmo

artigo prevê que nas licitações e contratações para obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e a contratação integrada.

Na contratação integrada não há anexo ao instrumento convocatório do projeto básico aprovado pela autoridade competente, pois a contratação já abrange a elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, conforme estabelece o artigo 9º, § 1º, da Lei 12.462/11. Nesse caso, ao invés de projeto básico, o instrumento convocatório conterá o anteprojeto de engenharia, não havendo nesse regime a vedação estatuída no artigo 9º, I, da Lei 8.666/93.

O anteprojeto de engenharia deverá contemplar os documentos técnicos destinados à caracterização da obra ou serviço, de acordo com o previsto no artigo 9º, § 2º, I, da Lei 12.462/11:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

(...)

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no *caput* e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e

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

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

Na contratação integrada o critério de julgamento adotado é o de técnica e preço, previsto no artigo 9º, § 2º, III, da Lei 12.462/11, e o valor estimado da contratação será calculado com base naqueles praticados no mercado ou pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares,

ou na avaliação do custo global da obra, aferido mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

A falta de projeto básico para a elaboração do instrumento convocatório pode causar transtornos, conforme aduz Augusto Neves Dal Pozzo:

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... (DAL POZZO, 2012, p. 71)

Por essa razão o regime de contratação integrada tem sido criticado pela doutrina, e é um dos aspectos da ADI 4.655, movida pelo Procurador Geral da República, sob a alegação de que nesse regime não se definiria previamente o objeto das obras e serviços.

O RDC diferencia-se da Lei 8.666/93 com relação à possibilidade da remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega, todos definidos no instrumento convocatório e no contrato, como previsto no artigo 10 da Lei 12.462/11.

O artigo 55, III, da Lei 8.666/93, disciplina que são cláusulas obrigatórias do contrato o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Já no RDC, o artigo 70 do Decreto 7.581/11 regulamenta a questão da remuneração variável:

Art. 70. Nas licitações de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, parâmetros de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos pela administração pública no instrumento convocatório, observado o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência.

§ 1º A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação e será motivada quanto:

I - aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;

II - ao valor a ser pago; e

III - ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 2º Eventuais ganhos provenientes de ações da administração pública não serão considerados no cômputo do desempenho do contratado.

§ 3º O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 4º Nos casos de contratação integrada, deverá ser observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros para aferir o desempenho do contratado.

Os critérios da remuneração variável devem ser bem definidos para que não se transformem em instrumento de burla na apresentação das propostas e na fase de julgamento. (DI PIETRO, 2013)

O RDC prevê a possibilidade de, mediante justificativa expressa, a Administração Pública contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala. Essa possibilidade ocorre quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado, ou quando a múltipla execução for conveniente para atender à Administração Pública, de acordo com o artigo 11, I e II, da Lei 12.462/11.

Não obstante, o Decreto 7.581/11, que regulamenta o RDC em âmbito federal, no parágrafo único de seu artigo 71, veda esse tipo de contratação para obras e serviços de engenharia. Diversamente, porém, no caso da obra do Estádio Nacional de Brasília Mané Garrincha, tal procedimento é cabível por ser tratar de obra distrital, tendo em vista que o Distrito Federal não regulamentou tal lei de forma a estabelecer semelhante vedação, estando permitida, desta maneira, a contratação simultânea, pois a Lei Federal 12.462/11, que impõe as normas gerais aplicáveis, não veda a utilização desse tipo de contratação para as obras.

Tal instituto está previsto na Lei 8.666/93, como parcelamento, nos seus artigos 15, IV, e 23, §§ 1º e 2º:

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

(...)

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

(...)

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:

(...)

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

Outra diferença é a questão da restrição à publicidade do orçamento estimado. A Lei 8.666/93, em seu artigo 40, § 2º, II, prevê que o orçamento, estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, seja anexado ao edital.

Já o artigo 6º da Lei 12.462/11 prevê que o orçamento estimado se tornará 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.

Essa medida pode ser útil, pois a divulgação do orçamento influencia os licitantes na apresentação de suas propostas, podendo resultar em danos para a escolha da melhor proposta. (DI PIETRO, 2013)

A Lei 12.462/11 prevê, ainda, em seu artigo 13, que as licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob forma eletrônica, admitida a presencial.

No procedimento licitatório do RDC a fase de julgamento ocorre antes da habilitação, porém, mediante ato motivado, essa ordem poderá ser invertida, ficando assim a licitação com procedimento em ordem idêntica àquela estabelecida para a concorrência na Lei 8.666/93. A inversão de fases, que já era prevista também para a modalidade de pregão, torna mais ágil e menos burocrático o processo licitatório. (MEDAUAR, 2012)

A Lei 12.462/11, em seu artigo 17, combinado com os artigos 15 a 24 do Decreto 7.581/11, cita três modos de disputa na fase de apresentação das propostas:

a) Disputa aberta, modo pelo qual os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado. (DI PIETRO, 2013)

b) Disputa fechada é o modo em que as propostas serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas, sendo semelhante, portanto, ao sistema da Lei 8.666/93. (DI PIETRO, 2013)

c) Combinação dos dois modos é o caso em que o instrumento convocatório deverá prever que a disputa seja realizada em duas etapas, sendo a primeira eliminatória, conforme disposto no artigo 23 do Decreto 7.581/11. (DI PIETRO, 2013)

O RDC também possui diferentes tipos de critérios de julgamento. A Lei 8.666/93 prevê menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta. No RDC são eles menor preço ou maior desconto, técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, maior oferta de preço e maior retorno econômico, conforme prevê o artigo 19 da Lei 12.462/93.

O Decreto 7.581/11, que regulamentou o RDC, estabeleceu os critérios para julgamento das propostas nos seguintes termos:

a) Menor preço ou maior desconto é o critério no qual se considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório (artigo 26).

b) Técnica e preço é o critério em que deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, segundo fatores objetivos previstos no instrumento convocatório (artigo 29).

c) Melhor técnica ou conteúdo artístico poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica, ou artística, incluindo os projetos arquitetônicos e excluídos os projetos de engenharia. Serão consideradas exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes segundo parâmetros objetivos inseridos no instrumento convocatório (artigos 30 e 31).

d) Maior oferta de preço será o critério utilizado em contratos que resultem em receita para a Administração Pública (artigo 33).

e) Maior retorno econômico é o critério em que será selecionada a proposta que proporcionar a maior economia, para a Administração Pública, decorrente da execução do contrato (artigos 36 e 37).

O RDC, assim como a Lei 8.666/93, prevê procedimentos auxiliares à licitação. A Lei 8.666/93 prevê a pré-qualificação, o cadastramento e o registro de preços. Já o RDC, além desses três, prevê também o catálogo eletrônico.

A pré-qualificação é realizada antes da licitação com o objetivo de identificar fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviços ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidas, e bens que atendam às exigências técnicas de qualidade da Administração Pública. (DI PIETRO, 2013)

De acordo com o artigo 114 da Lei nº 8.666/93, a pré-qualificação é realizada com vistas ao exame apenas da qualificação técnica, com vistas a uma licitação específica, para selecionar apenas possíveis licitantes, e o procedimento deverá observar as exigências relativas à convocação dos interessados, do procedimento e da análise da documentação. (DI PIETRO, 2013)

Já no RDC, a pré-qualificação é realizada com vistas à habilitação em geral, é permanente, abrange tanto a identificação de licitantes habilitados como de bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração Pública, e o procedimento abrangerá a convocação e a habilitação.

Outro procedimento auxiliar das licitações é o cadastramento, previsto na Lei 8.666/93 e no RDC. No RDC ele está previsto no artigo 31 da Lei 12.462/11, segundo o qual os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimento licitatórios, e serão válidos por um ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo.

O sistema de registro de preços, também utilizado para as compras da Administração Pública, está previsto no artigo 15 da Lei 8.666/93 e regulamentado no Decreto 3.931/01. O artigo 32 da Lei 12.462/11, de forma

semelhante, prevê o registro de preços, porém destinado especificamente às licitações do RDC, podendo aderir a esse sistema qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas, sendo abrangidos, nesse caso, os bens e serviços.

O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, previsto no RDC, consiste em um sistema informatizado e gerencialmente centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública, o qual ficará disponível para a realização da licitação. Tal procedimento poderá ser usado em licitação cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto, conforme prevê o artigo 33, e seu parágrafo único, da Lei 12.462/11.

O RDC também inova com relação aos pedidos de esclarecimento, impugnação e recurso, ao exigir que os licitantes manifestem imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão, e garante expressamente o direito de apresentação de contrarrazões.

Com relação às sanções, o RDC e a Lei 8.666/93 preveem o impedimento de contratar. Na lei 8.666/93 ele está contido no artigo 87, III, o qual estabelece impedimento para contratar com a Administração pelo período de 2 anos; já o RDC traz o instituto no artigo 47 da Lei 12.462/11, impedindo de contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios pelo período de até 5 anos.

Em suma, o RDC foi criado para dar mais rapidez às contratações da Administração Pública que tem necessidade de aceleração das obras, para que fiquem prontas em tempo para a realização dos eventos esportivos no Brasil. Em razão dessa mesma celeridade, foram incluídas as contratações do PAC, do SUS e do sistema público de ensino.

CONCLUSÃO

O Brasil, no exercício de sua soberania, se comprometeu a realizar os eventos esportivos mundiais, que serão benéficos à economia e cultura do país. Entretanto, em razão dessa iniciativa governamental, o Estado tem o dever de realizar esses eventos de acordo com o princípio da boa administração. Desta forma, realizar tais eventos constitui um ônus com o qual a Administração voluntariamente se comprometeu.

Para realizar tais eventos, a Administração Pública terá que executar várias obras para melhorar a infraestrutura do país. Porém, por achar que a Lei 8.666/93 é rigorosa e morosa, e que seguindo seu regime não seria possível concluir tais obras a tempo de realizar os eventos, a Administração Pública criou a Lei 12.462/11, que instituiu o RDC.

A justificativa para a criação de um novo regime de licitação não é condizente, pois o Rio de Janeiro, há pouco tempo, foi sede dos jogos pan-americanos, tendo suas obras sido licitadas pelo regime estabelecido na Lei 8.666/93, ficando todas elas concluídas a tempo. A Administração não pode, portanto, culpar a legislação por sua falta de planejamento.

O Estado, ao aprovar às pressas o RDC, cometeu uma falha relacionada à técnica legislativa, criando uma lei que trata de vários assuntos sem pertinência temática, o que resultou na interposição de duas ADIs arguindo sua inconstitucionalidade, as quais tramitam na Suprema Corte, pendentes de decisão definitiva.

A ADI 4655 foi interposta pelo Procurador Geral da República e a ADI 4645 pelos partidos políticos PSDB, DEM e PPS. Ambas questionam a constitucionalidade da Lei 12.462/11, em razão da inclusão de matéria estranha e da inobservância dos requisitos de relevância e urgência, bem como a delegação, ao Poder Executivo, da escolha do regime de contratação a ser utilizado, além da violação aos princípios da eficiência e da moralidade, no caso da contratação integrada e da remuneração variável, e da possível inconstitucionalidade dos artigos 6º, § 3º, e 15, § 2º, especificamente.

As ADIs estão tramitando em conjunto, e seu último andamento foi a conclusão ao relator, o Ministro Luiz Fux, aguardando, no momento, o

entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei.

A Lei 12.462/11 apresenta falhas ao definir os seus objetos, pois deixa a cargo do executivo definir o regime a ser usado e quais são as obras e serviços referentes aos eventos, concedendo assim excessivo poder discricionário à Administração Pública, o que pode vir a ferir o princípio do interesse público.

O RDC traz, como inovação, o sigilo do orçamento estimado até o encerramento da licitação, o que é uma vantagem do RDC sobre a Lei 8.666/93, pois o sigilo do orçamento estimado serve para que a Administração Pública possa avaliar quais propostas vão ser realmente executadas, tendo em vista que os licitantes não manipularão suas propostas de acordo com o orçamento estimado e sim de acordo com sua capacidade de execução.

Prevê ainda o RDC, como um dos regimes de execução, a contratação integrada, que é aquela em que o licitante é contratado para fazer o projeto básico e o projeto executivo, sendo então anexado anteprojeto ao instrumento convocatório.

A Lei 8.666/93 permite que a Administração Pública licite o projeto básico, mas a empresa que fez o projeto básico não poderá fazer o projeto executivo e executar a obra, o que é permitido no caso da contratação integrada.

A contratação integrada é uma desvantagem do RDC, pois a falta de projetos adequados gera prejuízos ao erário, e a possibilidade de a mesma empresa fazer os dois projetos pode favorecer a manipulação do projeto básico para a obtenção de vantagens no projeto executivo, o que fere o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

A Lei 12.462/11 prevê a remuneração variável, que consiste em uma premiação ao bom desempenho da empresa, o que pode vir a ser uma vantagem, pois estimula as empresas a executarem as obras com excelência. A Administração Pública, no entanto, não possui pessoas capacitadas para avaliar os critérios que levarão a esta variação da remuneração.

Assim, percebe-se que a iniciativa da Administração Pública de editar uma nova lei para tentar aprimorar o processo licitatório é digna, porém o

maior problema com relação à licitação não é uma possível decrepitude da Lei 8.666/93, e sim a inoperância da Administração, que não os bonifica por fazer um bom trabalho. Outro problema da Administração Pública é a falta de fiscalização de seus atos, por ela mesma e pela população, que apesar de reclamar da corrupção no país, não procura atuar de forma efetiva na fiscalização.

Quais seriam, portanto, as vantagens e desvantagens, para a Administração Pública, da utilização do RDC?

Podemos apontar sucintamente, como vantagens, a celeridade do processo licitatório, decorrente da inversão das fases de habilitação e julgamento; o sigilo do orçamento estimado, que favorece a apresentação de propostas mais favoráveis à adequada execução e economicamente mais vantajosas; e a remuneração variável, que depende da possibilidade de a Administração contar com pessoal suficiente e qualificado para operacionalizá-la.

Como desvantagens podemos mencionar a contratação integrada, que pode dar margem à manipulação dos projetos básico e executivo, pela contratada, para obter vantagens na execução da obra ou serviço; e a demasiada discricionariedade concedida à Administração para definição do objeto da licitação, excessivamente abrangente por não especificar, de forma clara, as obras e serviços que poderão ser alcançados por seus dispositivos.

REFERENCIAL TEÓRICO

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mai. 2013.

BRASIL. **Copa Transparente**. Senado Federal e Câmara dos Deputados. Contrato de Empreitada Obra Eng^a D.E. ASJUR/PRES Nº 523/2010. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.copatransparente.gov.br/acoes/estadio-nacional-de-brasilia-obras-civis>>. Acesso em: 17 mai. 2013.

BRASIL. **Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011**. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 17 mai. 2013.

BRASIL. **Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12429.htm>. Acesso em: 17 mai. 2013.

BRASIL. **Lei n. 8.666, 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. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 17 mai. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26^a Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 16ª Edição. Rio de Janeiro. Revista Forense. 1999.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas á Luz da Constituição da República**. In CAMMROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11 e Decreto nº 7581/11): aspectos fundamentais**. 2ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª Edição. Editora Malheiros. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

LICITAÇÃO. In Silva, De Plácido e. **Vocabulo Jurídico**. 27ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2008.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª edição. Rio de Janeiro. Editora Impetus. 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 10ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Campus. 2012.

ZOCKUN, Maurício. **Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas á Luz da Constituição da República**. In

CAMMROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11 e Decreto nº 7581/11): aspectos fundamentais**. 2ª Edição. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012.